C-511-94

Sentencia No. C-511/94

SERVICIO MILITAR-Obligación

La propia Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de "respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituídas para mantener la independencia y la integridad nacionales" o para "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica"; .... y de "propender al logro y mantenimiento de la paz". Deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública; de suerte que no están desprovistos los asociados del cumplimiento de obligaciones expresas que les son impuestas por el orden superior.

MUJER-Trato legal diferente

Ha sostenido esta Corte, sin perjuicio de la igualdad mujer-hombre en tanto persona titular de derechos, especiales consideraciones, por encima de la sexualidad de orden material, que permiten establecer un trato legal diferente para los hombres y las mujeres, sin que ello resulte contrario a las previsiones del artículo 13 de la Carta Política.

OBJECION DE CONCIENCIA/LIBERTAD DE CONCIENCIA

Tampoco resulta violatoria la normativa acusada por omisión a la libertad de conciencia consagrada en el artículo 18 de la Carta. Esta Corporación ha tenido oportunidad de indicar, que no existe en nuestro régimen relacionado con el servicio militar la figura de la "objeción de conciencia", por cuanto no resulta del fuero propio de las exigencias del servicio militar el autorizar a los ciudadanos para no atender este deber esencial, cuyos basamentos se encuentran no sólo en lo dispuesto en la ley sino justamente en la conciencia del propio compromiso social.

Un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad. Los correspondientes deberes

constitucionales se orientan en el sentido de proteger los principios de legalidad, el apoyo de las autoridades, el reconocimiento del derecho ajeno y no abuso del propio, la solidaridad social, la convivencia pacífica, la protección de los recursos ecológicos y del ambiente o la financiación del gasto público, que no pueden entenderse como discriminatorios o limitantes de la libertad, sino que resultan materialmente propiciatorios de la misma, al promover las condiciones necesarias para obtener su eficacia real. Son frecuentes en el ordenamiento jurídico, las normas que buscan sancionar a quienes evadan un deber constitucional, y constituyen un instrumento que asegura el cumplimiento del deber; de donde se desprende que, de manera general, no se puede excusar el cumplimiento de un deber para asegurar un derecho.

SOLDADO URBANO/SOLDADO RURAL

Distintos elementos integran las categorías creadas por la norma, según patrones geográficos que permiten la subclasificación entre ciudadanos urbanos y rurales, en consideración a la situación sociocultural, económica e histórica propia de cada enclave, y según patrones intelectuales, que distinguen en la población colombiana entre quienes hayan finalizado o no su educación media o de bachillerato. Ambos criterios permiten la definición de desigualdades materiales, de un carácter amplio, entre los ciudadanos colombianos. No significan tales distinciones un desconocimiento del principio y derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Es simplemente el trato diferencial propio de las distintas situaciones objeto de regulación por la ley. No existe en la norma examinada ánimo discriminatorio, de favorecer un estamento de la sociedad en beneficio del otro, ni en su propio beneficio.

SOLDADO BACHILLER/SOLDADO NO BACHILLER

A nadie escapa el sentido de la distinción entre bachiller y no bachiller, pues, condiciones materiales bien marcadas distinguen por el grado de capacitación intelectual a los unos frente a los otros; grado que, es el resultado de un esfuerzo, en países como el nuestro, por mejorar los niveles de desempeño de las personas en los distintos campos de la cultura. Entonces, a juicio del legislador, imponer un plazo mayor de 12 meses a los bachilleres llamados a desempeñar labores y tareas en la vida social, en este conjunto normativo de la economía, no debe confundirse, con un trato privilegiado.

REF: Expediente No. D-599 y D-610

(Acumulados).

Acciones de inconstitucionalidad contra los artículos 4o. (parcial), 9 (parcial), 10, 11, 13 (parcial), 14, 36, 37, 41 (parcial), 42, 49 (parcial), 55 (parcial) y 57 de la Ley 48 de 1993, "por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización".

Actores:

CARLOS ALMANZA Y GONGORA

FERNANDO MARTINEZ ROJAS

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciseis (16) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos CARLOS ALMANZA Y GONGORA y FERNANDO MARTINEZ ROJAS, separadamente, presentaron demandas de inconstitucionalidad ante esta Corte, de los artículos 4o. (parcial), 9o. (parcial), 10, 11, 13 (parcial), 14, 41 (parcial), 42, 49 (parcial), 55 (parcial), 57 y 36, 37, 41 (todos parcialmente), de la Ley 48 de 1993, respectivamente.

De acuerdo con el informe secretarial, la Sala Plena en sesión llevada a cabo el día veintitrés (23) de mayo del año en curso, resolvió acumular los expedientes No. D-599 y D-610.

Cumplidos los trámites que ordena la Constitución Política y la ley para este tipo de acciones, y finalmente oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, la Corporación procede a dictar sentencia.

II. LAS NORMAS ACUSADAS

"LEY 48 DE 1993

“(marzo 3)

“Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización.

“El Congreso de la República de Colombia,

“DECRETA:

“.....

“Artículo 4o. Finalidad. Corresponde al servicio de Reclutamiento y Movilización, planear, organizar, dirigir y controlar la definición de la situación militar de los colombianos e integrar a la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional, así como ejecutar los planes de movilización del potencial humano, que emita el Gobierno Nacional.”

“.....

“Artículo 9o. Funciones del servicio de reclutamiento y movilización. Son funciones del servicio de reclutamiento y movilización:

“a) Definir la situación militar de los colombianos;

“b) Dirigir y organizar el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares;

“c) Efectuar la movilización del personal con fines de defensa nacional;

“d) Inspeccionar el territorio nacional en tiempo de guerra, a fin de determinar las necesidades que en materia de reclutamiento y movilización tenga el país;

e) Las demás que le fije el Gobierno Nacional”

“Artículo 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller.

“La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad”.

“Artículo 11. Duración servicio militar obligatorio. El servicio militar obligatorio bajo banderas tendrá una duración de doce (12) a veinticuatro (24) meses, según determine el Gobierno”.

“…….

“Artículo 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

“Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

“a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;

“b) Como soldado bachiller, durante 12 meses;

“c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;

“d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.”

“Artículo 14. Inscripción. Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlos sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente ley.

“Parágrafo 1o. Los alumnos de último año de estudios secundarios, sin importar la edad, deberán inscribirse durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército”

“Las fuerzas Militares y la Policía Nacional solicitarán las cuotas de bachilleres para su incorporación a la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército, único organismo con facultad para cumplir tal actividad.”

“Parágrafo 2o. La Inscripción militar prescribe al término de un (1) año, vencido este plazo,

surge la obligación de inscribirse nuevamente".

".....

"Artículo 36. Presentación tarjeta de reservista o provisional militar. Los colombianos hasta los 50 años de edad, están obligados a presentar la tarjeta de reservista o tarjeta provisional militar, para los siguientes efectos:

"a) Otorgar instrumentos públicos y privados ante notario;

"b) Servir de perito o de fiador en asuntos judiciales o civiles;

"c) Registrar títulos profesionales y ejercer la profesión;

"d) Celebrar contratos con cualquier entidad pública;

"e) Cobrar deudas del Tesoro Público;

"f) Ingresar a la carrera administrativa;

"g) Obtener la expedición de pasaporte;

"h) Tomar posesión de cargos públicos o privados;

"i. Obtener o refrendar el pase o licencia de conducción de vehículos automotores, aeronaves y motonaves fluviales y marítimas;

"j) Matricularse por primera vez en cualquier centro docente de educación superior.

"k) Obtener salvoconducto para el porte de armas de fuego."

"Artículo 37. Prohibición vinculación laboral. Ninguna empresa nacional o extranjera, oficial o particular, establecida o que e n lo sucesivo se establezca en Colombia, puede disponer vinculación laboral con personas mayores de edad que no hayan definido su situación militar".

"La infracción a esta disposición se sancionará en la forma que más adelante se determina."

“Artículo 41. Infractores. Son infractores los siguientes:

“……

“h) Las entidades públicas, mixtas, privadas, particulares, centros o institutos docentes de enseñanza superior o técnica que vinculen o reciban personas sin haber definido su situación militar, o que no reintegren en sus cargos, previa solicitud a quienes terminen el servicio militar, dentro de los seis (6) meses siguientes a su licenciamiento.”

“a) El infractor de que trata el literal a), será sancionado con multa del 20% de un salario mínimo mensual vigente, por cada año o fracción que dejara de inscribirse reglamentariamente, sin que sobrepase el valor correspondiente a dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes.

“……

“Artículo 49. Definición. Son reservistas de las Fuerzas Militares los colombianos desde el momento en que definan su situación militar hasta los 50 años de edad, con excepción de los comprendidos en el artículo 27 de la presente ley.

“……

“Artículo 55. Llamamiento especial de las reservas. El Gobierno Nacional en tiempo de paz y cuando lo considere necesario, podrá convocar temporalmente a las reservas de la Fuerza Pública con fines de instrucción, entrenamiento, revisión, situación de orden público, en desarrollo de los planes de movilización.”

“……

“Artículo 57. La Registraduría Nacional y el DANE facilitarán a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército previa solicitud, un registro anual y global sobre los colombianos varones que alcancen la mayoría de edad; para fines de inscripción y definición de la situación militar.”

III. LAS DEMANDAS

1. El accionante ALMANZA y GONGORA considera que los preceptos señalados en su

demanda violan los artículos 1o., 2o., 13, 15, 18, 22, 45, 95, 216, 217 y 218 de la Constitución Política, por las razones siguientes:

– Que las violaciones son por interpretación errónea y por omisión.

– Que de la interpretación de los artículos 216, 217 y 218 de la Carta, debe concluirse que todos los varones colombianos no son parte de la fuerza pública, ya que no todos integran las fuerzas militares ni la Policía Nacional. Reitera que las normas mencionadas atribuyen con exclusividad la calificación de fuerza pública a los integrantes de estas dos instituciones.

– Que la normatividad "general" en la materia indica que sólo pertenecen a la fuerza pública quienes se vinculen al Ejército, a la Armada, a la Fuerza Aérea o a la policiva, cumpliendo estas instituciones las funciones que la Cartas les señala, de servicios a la Nación y a la sociedad.

– Que "excepcionalmente" el artículo 216 superior impone a todos los colombianos tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones.

"Pero téngase en cuenta que son ocasiones de excepción y de necesidad apremiante, no es la regla general, pues la norma general dispone que la soberanía, el territorio, el orden público, el ejercicio de los derechos sean controlados y garantizados por la fuerza pública, a la que sólo pertenecen con carácter exclusivo quienes de manera permanente se han vinculado a las mismas".

– Que esa obligación tiene que ver con los estados de excepción previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Nacional. "Son estos los únicos momentos, en que por la gravedad de la situación, ya sea por guerra o por subversión interna puede el Gobierno convocar a todos los nacionales a la defensa de la patria."

– Que la Constitución Política no impone la obligación de definir la situación militar, ni de inscribirse, ni de pertenecer a la fuerza pública. Sólo por excepción, insiste, todos debemos acudir en defensa de la patria, pero no es lo habitual, no es lo general, no es lo permanente. Luego no podía el legislador (Ley 48/93), imponer de manera permanente la obligación a los

ciudadanos de pertenecer a la fuerza pública, de definir la situación militar, cuando la misma Constitución dispone la existencia de fuerzas permanentes para ello.

– Que los preceptos contenidos en los artículos 4o. y 9o. literal a), 10, 11 y 14 de la Ley 48, violan por errónea interpretación el artículo 216 de la C.N., "porque los ciudadanos no tenemos ninguna situación militar para definir, simplemente en el evento de una emergencia nacional debemos asumir la defensa de la Patria, de resto las funciones de la fuerza pública deben cumplirlas con características de exclusividad y permanencia quienes pertenezcan a ella.

– Que el artículo 13 acusado, diferencia entre bachilleres y campesinos, infringiendo "por omisión" el precepto que consagra la igualdad de los ciudadanos.

– Que el artículo 41 acusado define los infractores por no inscribirse. "Si no es obligatorio inscribirse ni definir ninguna situación militar, mal se puede ser infractor". Lo mismo predica del artículo 42 acusado.

– Que es inconstitucional el artículo 49 de la ley pues si no es obligatorio definir la situación militar no hay ningún momento para iniciar la condición de reserva de las fuerzas militares.

– Que la convocatoria de las reservas previstas en el artículo 55 es inconstitucional para tiempos de paz.

– Que el artículo 57 demandado es contrario a la Constitución, al suponer la obligación de prestar el servicio militar.

– Que la ley omitió los mandatos superiores sobre la prevalencia del interés general (artículo 1o. C.N.), la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos (2o. C.N.), el principio de la igualdad (art. 13 C.N.), el principio de la intimidad (art. 15 C.N.), la libertad de conciencia (art. 18 C.N.), el derecho a la paz (art. 22 C.N.), la protección y formación integral del adolescente (art. 45 C.N.).

– Que el artículo 95 de la Carta al disponer en su numeral 3o. sobre deberes ciudadanos, estos se "circunscriben a apoyar", o sea a respaldar, a estar al lado, a prestarles colaboración. De este texto se concluye que la obligación primaria reposa en cabeza de las

autoridades.

2. El accionante MARTINEZ ROJAS, estima violados por las normas demandadas, los artículos 2o., 4o., 5o., 13, 15, 16, 24, 25, 26, 27, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 58, 60, 64, 67, 68, 69, 70, 73 de la Constitución Política, según los razonamientos siguientes:

– Que la prestación de servicio militar no puede prevalecer sobre los derechos constitucionales de los Colombianos (art. 5o. C.N.).

– Que los artículos 36, 37 y 41 de la ley, violan la Constitución porque sancionan a quien no defina su situación militar, "con muerte civil, inconcebible en nuestro ordenamiento jurídico".

– Que "el artículo 2o. de la Constitución fue violado porque la Ley 48/93 rompe con los fines esenciales del Estado ya que niega a quien no defina su situación militar, la efectividad de sus principios y derechos constitucionales y le impide a las autoridades cumplir con el deber de protección de los derechos de los ciudadanos, pues cuando éstos reclamen, por ejemplo, el derecho a la libre movilización dentro del país, conduciendo vehículos automotores o para viajar fuera de el, se les negará la licencia de conducción o el pasaporte, con el argumento de que la norma legal aquí atacada, impide la expedición de tales documentos.

En igual sentido se pronunciarán las entidades de educación de carácter oficial".

"Que de acuerdo con la preceptiva acusada no se puede constituir una familia, "institución básica de la sociedad", sin libreta de reservista.

– Que el artículo 13 de la Carta, fue violado al no permitirse la igualdad en el ejercicio de los derechos, libertades y oportunidades, para quienes no definan su situación militar.

– Que "fueron violados por las normas aquí atacadas, los artículos Nos. 15, 16, 24, 25, 26, 27, 38, 39, 41, 42, 43, 45, 46, 58, 60, 64, 67, 69, 70 y 71, porque pusieron como requisito para el ejercicio de los derechos constitucionales consagrados en estas normas, la presentación de la libreta militar plurimencionada".

IV. INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA

El Ministerio de Defensa interviene en el proceso exponiendo las razones justificativas de la constitucionalidad de las normas acusadas, que se resumen a continuación:

– Que la obligación de los colombianos de tomar las armas cuando la necesidad lo exija es real y efectiva y no tiene un carácter excepcional.

– Que si esa obligación fuera sólo durante los períodos de excepción, sólo duraría tres períodos de noventa días, como máximo (art. 213 C.N.).

– Que para determinar las excepciones se requiere la inscripción, la evaluación de la capacidad sicofísica con el fin de conseguir que las Fuerzas Militares se conviertan en permanentes, como lo establece el artículo 217 de la Carta.

– Que no se viola el derecho a la igualdad al dar un trato desigual a distintas capas o sectores de la sociedad.

– Que el artículo 216 de la Carta defirió a la ley la facultad de eximirlos de la prelación del servicio militar y sus prerrogativas.

– Que la razón para convocar reservas en tiempo de paz es la forma de verificar el estado mismo de la reserva, de su instrucción y alistamiento y evitar que sea nugatoria la disposición constitucional de que son todos los colombianos los que estamos obligados a tomar las armas cuando las necesidades lo exijan.

– Que el artículo 113 de la Carta autoriza la colaboración ordenada al DANE en la ley, a fin de determinar la población disponible para la prestación del servicio militar; lo cual no puede tenerse por violatorio del derecho a la intimidad.

– Que los oficiales también toman riesgo en las confrontaciones armadas y que se han desempeñado en las labores a cargo de los jóvenes soldados. Acota que ningún soldado regular va sólo a realizar operaciones, pues son los oficiales y suboficiales los que comandan y enfrentan las acciones tendientes a combatir los grupos alzados en armas.

– Que los efectos previstos en la ley, en caso de la no prestación del servicio militar, no son sanciones sino límites al pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución, por no cumplimiento de una obligación fundamental y esencial.

– Que la obligación de prestar el servicio militar no es moral ni espontánea, sino de origen soberano a través de la Constitución.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador General de la Nación mediante oficio No. 461 del 14 de julio de 1994, de conformidad con lo establecido en los artículos 242-2 y 278-5 de la Carta Política y dentro de la oportunidad establecida en el artículo 7o. del Decreto 2067 de 1991, rindió concepto sobre el negocio referenciado, solicitando: "1. Declarar EXEQUIBLES los artículos 4o. (parcial), 9o. (parcial), 10, 11, 14, 41 (parcial), 42, 49 (parcial), 55 (parcial), 57.

"2o. Declarar la INEXEQUIBILIDAD del artículo 13.

"3o. Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 36, salvo sus literales a), c) y j), que son inexequibles.

"4o. Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 37 y 31 (sic) todos parcialmente", previas las consideraciones que se resumen a continuación:

– Que conforme al artículo 216 de la Constitución Política resulta claro que la impugnación que se hace de la constitucionalidad del servicio militar obligatorio, en cuanto permanente, carece de todo sustento en nuestra ley fundamental, en la medida en que tiene su arraigo en una lectura "ostensiblemente equivocada" de la norma y de la Constitución en general.

– Que en el artículo 13 de la Ley 48 de 1993, dispone la obligación ciudadana de prestar el servicio militar y registra tratamientos diferenciales según el origen y la condición social de quienes deben cumplirla, resultando por ello contrario al artículo 13 de la Constitución Política.

– Que no es posible admitir el trato desigual antes indicado, por razones del costo social de los riesgos según el estatus de las personas, o en la mayor o menor capacidad de aprendizaje de los ciudadanos.

– Que la "escuela" de formación en que se hace consistir el sistema militar obligatorio, no es parte del concepto de "educación obligatoria de que habla el artículo 67 superior".

Este servicio no tiene su fundamento constitucional, ni en el derecho ni en el deber de educarse, sino en la necesidad de defender la soberanía nacional y las instituciones, y en lo que atañe a esta función elemental del Estado, todos los nacionales ciudadanos colombianos son iguales.

– Que el servicio militar es un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado.

– Que el servicio militar "obliga en principio a todos por dos razones básicas: en el plano de los deberes constitucionales de los gobernados, por la imperiosa y constante necesidad que de él se tiene para la efectiva defensa de la patria, y, en el terreno de los derechos, por elemental aplicación del principio de igualdad ante la ley".

– Que el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución Política implica responsabilidades (art. 95), que se traducen en la vinculación de la conducta de los particulares a la realización de prestaciones, relacionadas con los fines del Estado (2o. C.N.), resultando estos límites de aquellos. (Sentencia T No. 277/93, No. 326/93 Corte Constitucional).

"No se trata de tiránica imposición sino de la natural y equitativa consecuencia del principio general de prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros para hacerla posible". (Corte Constitucional Sentencia No. 491/93, No. 090/94).

– Que los artículos 36, 37, 41 num. 4 y 42 literal f), contienen un conjunto de medidas sancionatorias, severas en algunos casos por su continuo enfrentamiento con derechos fundamentales individuales, pero que tienen su origen en la reticencia de muchos ciudadanos para cumplir con esta obligación.

– Que la proporcionalidad es un elemento definidor de las medidas de coerción y sancionatorias, considerando que en algunas hipótesis legales se presenta una cierta desproporción, "como quiera que el costo que debe pagarse es más alto que el fin perseguido por dichas normas", llegando incluso a vulnerar derechos de terceros, tal el caso del niño que no puede ser registrado ante notario porque su padre aún no ha definido su situación militar.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a) La Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 de la Carta, por pertenecer las normas acusadas a una ley de la República.

b) La Materia

Los cargos que se formulan a la normatividad acusada, tienden a definir los alcances constitucionales en relación con la prestación obligatoria del servicio militar, en relación con la igualdad de los colombianos en la prestación del mismo, y las limitaciones que pueden ocurrir en esa ocasión, a manera de sanción por su no prestación.

1. El Servicio Militar Obligatorio

La Carta Política dispone la integración de un pie de fuerza, compuesto por dos aparatos institucionales: las fuerzas militares y la Policía Nacional. Las primeras encargadas de la defensa nacional, se encuentran a su vez integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, teniendo como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Por su parte, la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y el aseguramiento del orden colectivo, para que los colombianos vivan en paz.

La propia Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de "respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituídas para mantener la independencia y la integridad nacionales" o para "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica"; .... y de "propender al logro y mantenimiento de la paz" (art. 95 C.N.). Deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública; de suerte que no están desprovistos los asociados del cumplimiento de obligaciones expresas que les son impuestas por el orden

superior.

Lo que responde, sin lugar a dudas, a una concepción del Estado moderno y contemporáneo, que al tiempo que rodea de garantías al hombre para su realización en los distintos ámbitos de su existencia, le encarga, en la dimensión de los deberes autoconstructivos, de las cargas de autobeneficio, del cumplimiento de un conjunto de deberes, la mayoría de los cuales con alcances solidarios, cuando nó de conservación de los principios de sociabilidad, que permitan realizar una civilización mejor o hacer más humanos los efectos del crecimiento económico, y de los desarrollos políticos y sociales.

Al mismo tiempo, la Constitución Política, establece en el marco regulador de la fuerza pública, de manera específica, la obligación a los colombianos de tomar las armas cuando la necesidad pública lo exija, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

Partiendo el mismo Estatuto Superior de la necesidad "de la prestación de un servicio militar" defiere a la ley su regulación en cuanto a las condiciones y prerrogativas para la prestación del mismo. Y lo que interesa de manera especial en este proceso, le encarga también la definición de las condiciones que eximen de su prestación. Luego, no sólo previó la Carta Política la posibilidad de que la ley estableciera, con un carácter obligatorio, la prestación del servicio militar, como se desprende de la habilitación expresa que otorga al legislador para la determinación de las condiciones que en todo tiempo eximen del mismo, sino que facultó al legislador para establecer diferencias entre quienes presten o no el servicio militar. Esto último según se desprende de las competencias para determinar "las prerrogativas por la prestación del mismo", que no sólo permiten que la ley establezca beneficios para quien preste el servicio militar, sino que la habilitan para imponer sanciones a quienes no lo hagan, conforme a sus propias prescripciones.

El cargo se orienta a concluir la proscripción constitucional de la obligación para prestar el servicio militar mediante una lectura del orden superior francamente equivocada, puesto que es la ley la encargada de definir los contenidos relacionados con el tantas veces citado servicio. Resultando incluso posible, que el legislador con el advenimiento de mejores condiciones de orden público, aminore los alcances de la obligación ciudadana, mediante medidas, por ejemplo, que tengan que ver con la disminución del tope de edad para

exoneración definitiva de las obligaciones militares (hoy 50 años), o, disminuya el rigor para la prestación del mismo a ciertas capas sociales que pueden desarrollar mejor su aporte a la colectividad en el desempeño de sus profesiones, oficios o situación particular, pudiendo la ley exonerar de la prestación del servicio militar a las personas que hayan obtenido cierto grado de formación académica o cumplan determinadas labores sociales durante un período. Más aún, podría ensayarse la conformación de fuerzas del orden totalmente profesionalizadas, abandonando el carácter parcialmente profesional que hoy existe, en la medida en que de suboficiales en adelante, es decir, salvo el contingente básico de las instituciones militares, todos sus demás integrantes, el personal militar, ha escogido la carrera de las armas de manera profesional.

De manera que la pretendida interpretación errónea, de los artículos 216, 217 y 218 de la Carta Política que hace la ley 48, en especial en su normatividad acusada, es inconsistente, no resultando cierto el cargo hecho al artículo 4o., pues la ley, facultada para ello, impone la obligación de definir la situación militar. Lo mismo ocurre con el cargo que fuese formulado al artículo 9o. literal a), pues sí hay una situación militar por definir; y por el formulado al artículo 11, en cuanto que podía igualmente definir el término de duración del servicio militar. Lo mismo debe predicarse del artículo 13 acusado.

Es igualmente infundado el cargo al artículo 14, pues, se reitera, no hace parte de las prohibiciones constitucionales la existencia del servicio militar obligatorio; de otra parte, en lo relacionado con la acusación que se hace al parágrafo primero de la norma, en el sentido de que se incorpora a la prestación del servicio militar a personas menores de dieciocho años.

Ha tenido oportunidad esta Corte, en sentencia de unificación de criterios sobre fallos de tutela, de expresar su concepto al respecto:

“De las pruebas incorporadas al expediente no se puede concluir que la situación del hijo de la petente se encuentre subsumida en alguna de las causales de exención legal; por ello a pesar de no haber llegado a la mayoría de edad, era viable exigirle la prestación del servicio militar, con arreglo a las normas que rige la prestación de dicho servicio para los bachilleres.

“El hecho de que el hijo de la petente haya logrado su selección para iniciar estudios

superiores en la Universidad Nacional, no crea a su favor derecho o excepción que lo libere del deber de prestar el servicio militar que le impone la Carta Política, puesto que esta circunstancia no ha sido establecida como causa de dispensa legal de dicho deber constitucional.

"El derecho a la educación del hijo de la solicitante, que constituye el meollo del cuestionamiento formulado, no se desconoce aunque se suspenda transitoriamente en el tiempo, si se admite el hecho de que el conscripto pueda iniciar sus estudios una vez cumpla con la obligación militar. No se puede olvidar que el servicio militar, por razón de sus objetivos y los intereses particularmente importantes que defiende, constituye un deber legítimo de arraigo constitucional que, si bien limita los derechos del adolescente, no los desconoce.

"El artículo 45 de la Carta, señalado por la accionante como presuntamente infringido, consagra el derecho del adolescente a la protección y a la formación integral. La norma apunta a obtener del Estado la creación de unos mecanismos de protección y asistencia que defiendan a este colombiano, todavía inexperto y un tanto inerme por su propia edad, contra los riesgos que amenazan su integridad física y su formación intelectual y moral, como la violencia, la corrupción o la explotación económica y sexual. Un mecanismo idóneo para superar las condiciones de crisis que vive nuestra sociedad, violenta e insolidaria, sería ofreciéndole a la juventud mejoras y reales oportunidades para la realización de sus aspiraciones, mediante el diseño y ejecución de planes y programas destinados a lograr de modo integral su formación intelectual, moral y física, según los valores y principios reconocidos en la Carta Política, que le permitan su realización como persona.

"No podría afirmarse, que la incorporación de un joven al ejército constituya el desconocimiento de su derecho a la educación o a su formación integral, cuando, por el contrario, esa circunstancia contribuye al descubrimiento de valores socialmente enriquecedores que aquilatan y fortalecen su personalidad, como el sentimiento de solidaridad con las instituciones y con la comunidad en la medida en que se convierte en un protagonista de la defensa de la sociedad y de la paz.

"Otro tanto puede decirse en relación con los demás derechos que se estimen violados por la peticionaria, pues es fácil advertir que el servicio militar, como un deber

constitucionalmente amparado, no supone la desprotección del conscripto ni un obstáculo para su desarrollo humano, si, como lo enseña el artículo 16 de la Constitución Política, tal derecho no se entiende vulnerado cuando media una limitación impuesta por "el orden jurídico". De manera que existe estricta concordancia entre la obligación del servicio militar (art. 216) y el derecho que consagra el artículo 16 de la Carta, en la medida en que el orden jurídico no es un límite abusivo del desarrollo de la personalidad.

"Finalmente, es necesario anotar, que si la Constitución atribuyó a la ley, como se ha visto, la facultad de regular todo lo relacionado con la prestación del servicio militar y de establecer los casos generales de exención a tal deber, no resulta, en principio, contrario a la Constitución, que la ley ordene a los bachilleres definir su situación militar una vez concluyan sus estudios, pues ninguna norma de jerarquía constitucional, ha dispuesto que antes de la mayoría de edad no se puede cumplir con dicha obligación." (Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia No. SU-277/93. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Es preciso señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, del 20 de noviembre de 1989, adoptada en la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia (Ley 12/91), expresa una tendencia concordante con lo expuesto: "art. 38. Los Estados partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

"Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades".

"Los Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los quince años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido quince años, pero que sean menores de dieciocho años, los Estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad".

Igualmente el artículo 77 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (PROTOCOLO I), revisado en su constitucionalidad por esta Corte mediante sentencias C-574/92 y C-88/93, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón, habiendo sido declarado

EXEQUIBLE el Protocolo, sin perjuicio de la INEXEQUIBILIDAD de la Ley 11 de 1992, preceptúa el citado artículo lo siguiente:

“Artículo 77. Protección de los niños.

“1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten por su edad o por cualquier otra razón.

“2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de 15 años pero menores de 18 años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

“3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del parágrafo 2o., participaran directamente en las hostitilidades niños menores de 15 años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

“4. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75.”

Estas normas de convenios internacionales, ratificados por Colombia, vinculan al Estado conforme lo consagra la C.P. e integran el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a la especial protección que se le otorga a los menores, y especialmente en relación con quienes tienen más de quince (15) años pero son menores de dieciocho (18) años para que, en la prestación del servicio militar y en cuanto a sus riesgos se les reconozca esta especial protección.

El artículo 14, debe interpretarse en concordancia con el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, que preceptúa la obligación de los colombianos mayores de dieciocho años de definir su situación militar, haciendo igualmente referencia a la excepción que se formula para los estudiantes de bachillerato, la cual tiene su origen en la necesidad prevista por el legislador,

de que dichos estudiantes no se vean obligados a truncar sus estudios cuando habiendo cumplido dieciocho años no los hubiesen terminado, casos en los cuales se les prorrogará su período hasta cuando ello ocurra.

Aun cuando el parágrafo del artículo 10 no ha sido objeto de la demanda, se detiene la Corte para fijar el alcance de la expresión "varón" del inciso 1o. del precepto bajo examen y sus connotaciones con el fundamental derecho a la igualdad (artículo 13 de la C.P.). Se dispone allí que la mujer prestará el servicio militar "voluntario", lo que le abre en condiciones ordinarias, a la libre participación en la actividad implícita en ese servicio, lo que no quiere decir, que se le libere, en la lógica del precepto, del cumplimiento "obligatorio" del mismo en determinadas condiciones, cuando "las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que atribuyan a la modernización y al desarrollo del país "….no importando la modalidad en que se preste el servicio, de acuerdo con el artículo 13 de la ley. Esta distinción esencial hombre mujer, tiene relación adicional con cierta tradición de los oficios, que al presente, tiene por mejor habilitados a los varones para el desempeño de las labores de la guerra, y, consulta elementos culturales relacionados con la educación, especialmente física, de la mujer en nuestro medio, no resultando esta distinción violatoria de los deberes dispuestos de manera amplia en la Carta para la "persona" y "el ciudadano" (art. 95), si no, más bien un desarrollo legislativo que facilita su cumplimiento en las determinadas áreas objeto de la ley. Por las mismas razones no puede resultar contraria la norma examinada a la igualdad de "derechos" y "oportunidades" a que se refiere el orden superior (artículo 43) por cuanto de los primeros no se ocupa directamente, y a las segundas las deja incólumes (inciso final art. 40 ibidem).

Ha sostenido esta Corte, sin perjuicio de la igualdad mujer-hombre en tanto persona titular de derechos, especiales consideraciones, por encima de la sexualidad de orden material, que permiten establecer un trato legal diferente para los hombres y las mujeres, sin que ello resulte contrario a las previsiones del artículo 13 de la Carta Política. Sobre el tema, aun cuando sobre un asunto distinto, sostuvo la Corte:

"Así pues, la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la

escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.

"El argumento que el demandante plantea parte del supuesto de que mujeres y hombres se encuentran situados en una posición idéntica en relación con el tema debatido y que por tanto, cualquier diferencia de trato se coloca en abierta contradicción con la igualdad, así las cosas, entiende que tan perjudicial resulta la discriminación de las mujeres como la de los hombres, a punto tal que las medidas de protección tomadas en favor del sexo femenino son asimiladas a privilegios inmerecidos constitutivos de discriminación contra el sexo masculino, sin detenerse a analizar si esas medidas favorables otorgan importancia a los caracteres biológicos diversos o a la menguada posición social de la mujer. Erróneamente el actor rechaza cualquier relevancia jurídica de las diferencias sexuales considerando, de paso, que en el ámbito laboral el sujeto trabajador es uno solo y que no hay lugar a hacer énfasis en situaciones distintas, de las cuales, en efecto, hace abstracción.

"La visión, absolutamente igualitarista, que el accionante expone, entraña una falsa semejanza y se revela inapropiada para la construcción de un orden justo que exige identificar y neutralizar circunstancias sociales desiguales que surgen como obstáculos a la igualdad sustancial; el tratamiento jurídico de la discriminación sexual no puede ignorar una realidad social que, según los datos contenidos en esta providencia, se muestra claramente distante de la igualdad, y que, por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y a compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad, que no es introducida por normas como las acusadas sino que preexiste, en cuanto anterior a las mismas. La previsión de una edad diferente, menor en

la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.

En el artículo 41 demandado, se indican como infractores, a los que habiéndose inscrito no concurran a los exámenes, o al sorteo, o no se hayan inscrito, o no hayan cancelado la cuota de compensación militar, los declarados remisos, las entidades públicas mixtas o privadas, centros o institutos docentes, que vinculen o reciban personas sin haber definido su situación militar. Este precepto es una natural consecuencia del carácter obligatorio definido por la ley, del servicio militar. Se determina allí quiénes se consideran infractores de dicha obligación, luego no siendo válida la premisa de que parte el demandante, según la cual la Constitución prohibe el servicio militar de manera permanente, esta previsión tampoco lo es. El mismo razonamiento hace la Corte para desvirtuar el cargo contra el artículo 42, que impone sanciones al infractor.

Con el mismo fundamento se acusa al artículo 49 de la ley que define quiénes son reservistas de las fuerzas militares, indicando que son los colombianos, desde el momento en que definan su situación militar hasta los 50 años de edad, salvo los exentos en todo tiempo y que no pagan cuota de compensación militar, relacionados en el artículo 27 de la Ley:

a) Los limitados físicos y sensoriales permanentes.

b) Los Indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.

Pues bien, la superficialidad con que se demanda la inconstitucionalidad de este artículo, igualmente hace que la Corte lo tenga por constitucional, toda vez que no es cierto que esté prohibido el servicio militar obligatorio, y en consecuencia la denominación de “reservistas”, que allí se realiza es una consecuencia normal de la prestación de ese servicio.

La parte acusada del artículo 55 de la ley, no es inconstitucional, pues permite habilitar a los reservistas para el cumplimiento de sus deberes constitucionales, en lo que tiene que ver con

su instrucción, entrenamiento, o para directamente cumplirlos, atendiendo requerimientos de orden público, en desarrollo de planes de movilización (arts. 56, 57, 58, 59, 60 y 61 de la Ley 48 de 1993).

Los cargos de violación de la normatividad acusada por omisión son infundados, pues parten de la base falsa sentada por el demandante de la inconstitucionalidad del carácter obligatorio de la prestación del servicio militar conforme a la ley. Así, no resultan las disposiciones contrarias al estado de derecho (art. 1o. C.N.), ni a los fines propios de la República (art. 2o. C.N.), ni al derecho a la igualdad (art. 13 C.N.), ni al derecho a la intimidad, fundamental prerrogativa ésta que no se ve amenazada por el levantamiento de estadísticas que registren la existencia, sexo y edad de la persona, informaciones que legítimamente puede otorgar la Registraduría Nacional y el DANE, a fin de facilitar a la oficina de reclutamiento y control, las labores de definición e inscripción de la situación militar (art. 15 C.N.).

Tampoco resulta violatoria la normativa acusada por omisión a la libertad de conciencia consagrada en el artículo 18 de la Carta. Esta Corporación ha tenido oportunidad de indicar, que no existe en nuestro régimen relacionado con el servicio militar la figura de la "objeción de conciencia", por cuanto no resulta del fuero propio de las exigencias del servicio militar el autorizar a los ciudadanos para no atender este deber esencial, cuyos basamentos se encuentran no sólo en lo dispuesto en la ley sino justamente en la conciencia del propio compromiso social. En efecto, en oportunidad reciente se ha afirmado:

"La garantía de la libertad de conciencia no necesariamente incluye la consagración positiva de la objeción de conciencia para prestar el servicio militar. Esta figura, que en otros sistemas permite al individuo negarse a cumplir una obligación como la mencionada cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas, no ha sido aceptada por la Constitución colombiana como recurso exonerativo de la indicada obligación.

"La objeción de conciencia, es definida por Venditti como 'la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito'.1

"El objetor de conciencia, en los estados que consagran esa posibilidad, no incurre en violación de las prescripciones constitucionales y legales sobre servicio militar por el hecho

de adoptar una posición negativa frente a la obligación que se le impone, sino que, dadas las condiciones que el respectivo régimen jurídico establezca, hace uso de un verdadero derecho, que debe ser reconocido por las autoridades. Estas, en un buen número de casos, canjean con el objetor las prestaciones que normalmente le corresponderían por otras de similares condiciones que no impliquen transgresión a los principios que alega derivados de su conciencia. Allí no puede hablarse de desobediencia civil o de remisión a prestar el servicio.

"Si, como ya se ha dicho, la obligación de prestar el servicio militar es desarrollo del postulado según el cual los intereses colectivos prevalecen sobre los individuales y si, además, el Estado al exigirlo no puede desconocer la igualdad de las personas ante la ley, cuyos dictados deben ser objetivos e imparciales, es evidente que la objeción de conciencia para que pueda invocarse, requiere de su expresa institucionalización dentro del respectivo ordenamiento jurídico. Es decir, las autoridades no pueden admitirla sin estar contemplada su posibilidad ni fijadas en norma vigente las condiciones dentro de las cuales ha de reconocerse; hacerlo sin ese fundamento en casos específicos representaría desbordamiento de sus atribuciones y franca violación del principio de igualdad, aparte de la incertidumbre que se generaría en el interior de la comunidad.

"De allí que deba afirmarse la impracticabilidad de tal figura en cualquiera de sus modalidades en aquellos sistemas constitucionales que no la han consagrado, como acontece en el caso colombiano. Una propuesta en el sentido de introducirla expresamente en el texto de la Carta de 1991, presentada por el constituyente Fernando Carrillo fue negada por la Asamblea Nacional Constituyente, sin que pueda afirmarse que de los textos aprobados se deduzca siquiera un principio de objeción. De allí que no sea procedente, a la luz del ordenamiento en vigor, acceder a las pretensiones del demandante relacionadas con la sustitución o exclusión de los deberes propios del servicio militar, a favor de sus representados." (Sentencia T-409 de junio 8 de 1992. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Si se tiene en cuenta que el servicio militar tiene por finalidad constitucional, la participación ciudadana en el logro y mantenimiento de la paz, se observa lo infundado del cargo en el sentido que la Ley 48 sea contraria al mandato del artículo 22 de la Carta Política.

En relación con las violaciones referidas a los artículos 36 (parcial), 37 (parcial) de la ley 48 debe estarse a lo resuelto en la sentencia No. C-406 de septiembre 15 de 1994. (M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

La parte acusada del artículo 41, contenida en su literal h), que dice: "...privadas, particulares, centros o institutos docentes de enseñanza superior o técnica...", en cuanto esta norma pueda dar prevalencia a la prestación del servicio militar, respecto de los derechos constitucionales colombianos, es equivocada a juicio de esta Corporación, toda vez que los deberes constitucionales son los primeros y más legítimos límites al ejercicio de los derechos de la persona humana

Un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad. Los correspondientes deberes constitucionales se orientan en el sentido de proteger los principios de legalidad, el apoyo de las autoridades, el reconocimiento del derecho ajeno y no abuso del propio, la solidaridad social, la convivencia pacífica, la protección de los recursos ecológicos y del ambiente o la financiación del gasto público, que no pueden entenderse como discriminatorios o limitantes de la libertad, sino que resultan materialmente propiciatorios de la misma, al promover las condiciones necesarias para obtener su eficacia real.

Son frecuentes en el ordenamiento jurídico, las normas que buscan sancionar a quienes evadan un deber constitucional, y constituyen un instrumento que asegura el cumplimiento del deber; de donde se desprende que, de manera general, no se puede excusar el cumplimiento de un deber para asegurar un derecho. Resulta mucho más claro dentro de la ética social del sistema político-jurídico, asumir desde la edad definida en la ley, los deberes ciudadanos que iniciar de inmediato un ejercicio ciudadano, aspirando a los legítimos logros de la cultura y de la civilización.

El ejercicio social de la persona humana, se ve alimentado con el cumplimiento de deberes y con el goce de derechos. Unos y otros no pueden entenderse como antagónicos sino más bien del orden concurrente. Cuando un deber se ve limitado por un derecho, como en el caso de las exenciones en tiempo de paz, contenidas en el artículo 28 de la ley (no demandado), no puede afirmarse que los derechos estén impidiendo el cumplimiento de los deberes ciudadanos y de la persona humana, sino que justamente limitaciones legales,

propias de la racionalidad legítima y provenientes de derechos, pueden llegar a restringir o disminuir el alcance de los deberes ciudadanos.

De la misma manera cuando se ve limitado el ejercicio de los derechos al cumplimiento de determinados deberes sociales, no puede decirse que se esté dando primacía a éstos sobre aquellos, sino que se están apropiando los elementos tan necesarios a la libertad contenidos en el "orden", sin el cual, aquella no existe y la civilidad se perturba de manera aguda. De suerte que la conciliación entre deberes y derechos hace parte de los correlativos apoyos de la libertad y el orden.

El artículo 13 de la Ley 48 de 1993, autoriza al Gobierno para establecer diferentes modalidades, para atender la obligación de prestar el servicio militar, distinguiendo cuatro modalidades o categorías:

a. Como soldado regular de 18 a 24 meses;

b. Como soldado bachiller durante 12 meses;

c. Como Auxiliar de Policía Bachiller durante 12 meses;

d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses

Distintos elementos integran las categorías creadas por la norma, según patrones geográficos que permiten la subclasificación entre ciudadanos urbanos y rurales, en consideración a la situación sociocultural, económica e histórica propia de cada enclave, y según patrones intelectuales, que distinguen en la población colombiana entre quienes hayan finalizado o no su educación media o de bachillerato. Ambos criterios permiten la definición de desigualdades materiales, de un carácter amplio, entre los ciudadanos colombianos. No significan tales distinciones un desconocimiento del principio y derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Es simplemente el trato diferencial propio de las distintas situaciones objeto de regulación por la ley. No existe en la norma examinada ánimo discriminatorio, de favorecer un estamento de la sociedad en beneficio del otro, ni en su propio beneficio.

Ha sostenido con relación al derecho a la igualdad esta Corporación, de manera reiterada, que no puede entenderse, desconociendo la realidad, como la obligación pública y particular

de dar un tratamiento homogéneo a los distintos estratos sociales.

Las razones de la diferenciación según los parágrafos primero y segundo de la norma, tienen que ver con intereses públicos orientados al bienestar social, la preservación del ambiente y la conservación ecológica.

Las diferentes modalidades establecidas para atender la obligación de prestar el servicio militar distinguen entre soldado regular (18 a 24 meses), soldado bachiller (12 meses), auxiliar de policía bachiller (12 meses) y soldado campesino (12 a 18 meses), de manera que el tratamiento se desarrolla en el término de duración de la prestación a partir de dos referencias materiales consideradas por la ley. La una, la condición de tener estudios concluídos de bachillerato, lo que determina una duración del período en 12 meses, se trate de la modalidad soldado bachiller o auxiliar de policía bachiller; la otra referencia, tiene que ver con la condición de nó bachiller, que se bifurca entre el llamado "soldado regular" residente urbano y el "soldado campesino", de suerte que los primeros prestan su servicio en 24 meses mientras que los segundos en 18 meses. A nadie escapa el sentido de la distinción entre bachiller y no bachiller, pues, condiciones materiales bien marcadas distinguen por el grado de capacitación intelectual a los unos frente a los otros; grado que, es el resultado de un esfuerzo, en países como el nuestro, por mejorar los niveles de desempeño de las personas en los distintos campos de la cultura. Entonces, a juicio del legislador, imponer un plazo mayor de 12 meses a los bachilleres llamados a desempeñar labores y tareas en la vida social, en este conjunto normativo de la economía, no debe confundirse, con un trato privilegiado. Tal solución no obedece al capricho ni a la injusticia, sino, también a la protección de otras manifestaciones de servicio, consideradas como deber en la Carta Política (artículo 95), a que están llamados quienes superando niveles de injusticia en el acceso a la educación, no pueden, según criterio del legislador, resultar exentos de la prestación del primordial servicio militar. Esta es la razón para que, en los 12 meses, los soldados, "en especial los bachilleres" vean aumentadas sus responsabilidades en la prestación del servicio militar, además de las específicas de formación militar, con la asimilación de instrucción y la dedicación a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica (parágrafo 1o. artículo 13 de la ley).

Igualmente el tratamiento dado a la población campesina, según el cual prestarán su servicio

militar obligatorio en la zona geográfica donde residen, busca evitar el desarraigo de la juventud campesina de su medio habitual y controlar procesos migratorios, de graves consecuencias casi siempre, tanto para dicha población como para el medio urbano al que se desplazan. También tiene que ver con el interés de la vida social, orientado al crecimiento de la economía agrícola y al reconocimiento de un particular sentimiento de arraigo regional de quienes, desde temprana edad, han vivido vinculados al trabajo de la tierra y a las labores del campo en general, cuyo abandono y efectos de conducta por la vía del servicio militar, implican costos humanos de tipo individual, pues deben someterse a unos hábitos y disciplinas que no han hecho parte de su educación ni de su experiencia vital. Estos son más fácilmente asimilables por el avisado "soldado regular", nacido y desarrollado en la ciudad, directamente conectado con las experiencias de las conductas características del medio urbano, que habilita a convivir en medio de la ciudad. El bachiller llega con camino recorrido, llega con más experiencias que el campesino.

Las anteriores razones nos llevan a concluir lo infundado del cargo contra el artículo 13 acusado.

Previas las anteriores consideraciones la Corte Constitucional por intermedio de su Sala Plena administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

Primero. Declarar exequibles los artículos 4o. (parcial), 9o., 10, 11 (parcial), 13, 14, 42 literal a), 49 (parcial), 55 (parcial) y 57 de la Ley 48 de 1993.

Segundo.- Estése a lo resuelto en la sentencia No. C-406 de septiembre 15 de 1994, sobre los artículos 36 y 37, 41 literal h) de la Ley 48 de 1993.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE ARANGO MEJÍA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-511/94

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA/SOBERANIA/DEBER DE OBEDIENCIA AL ORDEN JURIDICO (Salvamento de voto)

En un Estado democrático, social y de derecho, como el colombiano, los ciudadanos y los habitantes están obligados a cumplir ciertos deberes constitucionales y legales. Así, prima

facie, las personas que habitan en Colombia deben acatar el ordenamiento jurídico y respetar y obedecer a las autoridades. Esto es lo que explica que en una democracia participativa, como la nuestra, la soberanía resida en el pueblo, pero a su vez, los miembros del pueblo, esto es los particulares, deban acatar el ordenamiento positivo. Al lado de ese deber genérico de obediencia al orden jurídico, la Constitución también establece para los particulares otros deberes constitucionales específicos, los cuales se consideran elementos necesarios para la viabilidad del Estado social de derecho, como por ejemplo, respetar los derechos ajenos, colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia o contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (CP art. 95).

DESOBEDIENCIA CIVIL/RESISTENCIA A LA OPRESION (Salvamento de voto)

Conforme a la filosofía de los derechos humanos, incorporada por diversas vías a nuestro ordenamiento positivo, el poder del Estado sólo puede reclamar legítimamente obediencia cuando respeta los derechos de las personas y opera dentro de los marcos democráticos y jurídicos. Por ello, en casos extremos de regímenes opresivos, se considera legítima la desobediencia civil y la resistencia a la opresión.

SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION/DERECHOS HUMANOS-Reconocimiento/PODERES NEGATIVOS DE LAS PERSONAS (Salvamento de voto)

Un ordenamiento jurídico fundado en la supremacía de la Constitución y el reconocimiento de los derechos humanos no sólo puede admitir formas sectoriales de desobediencia civil sino que ellas son consustanciales a tales ordenamientos. Eso es lo que algunos autores italianos han llamado, con gran acierto, los “poderes negativos” de las personas, que son inmanentes a los regímenes constitucionales, ya que se trata de mecanismos que son susceptibles de suspender sectorialmente la eficacia del derecho positivo cuando éste atenta contra los derechos humanos, desconoce la Constitución o no da cumplimiento a la voluntad popular. Ejemplos clásicos de estos poderes negativos son las acciones públicas y ciudadanas para impedir la aplicación de disposiciones contrarias a las garantías fundamentales. La Constitución colombiana prevé numerosas formas de “poder negativo”: así, los ciudadanos pueden interponer acciones de inconstitucionalidad o de nulidad contra actos jurídicos;

reclamar la protección de sus derechos fundamentales por medio de la tutela; impulsar referendos negativos; revocar el mandato de los elegidos, etc. Pero, incluso, en determinadas circunstancias, la Constitución no sólo consagra estos "poderes negativos" sino que ordena a los funcionarios del Estado la desobediencia puntual de normas jurídicas o de órdenes de funcionarios competentes. Así, el artículo 4, como obvia consecuencia de la supremacía de la Constitución, consagra la excepción de inconstitucionalidad; igualmente, el artículo 93 señala que "en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta".

CONSTITUCION POLITICA-Interpretación histórica/CONSTITUCION POLITICA-Interpretación sistemática y finalística (Salvamento de voto)

A nivel de la interpretación constitucional, el argumento histórico es de alcance limitado, por cuanto no es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un determinado artículo fue incorporado a la Constitución. Por ello debe predominar, en general, una interpretación sistemática y finalista del texto constitucional, tal y como éste fue aprobado, y no recurrir a hipotéticas intenciones de la Asamblea Constituyente.

CONSTITUCION POLITICA-Interpretación histórica (salvamento de voto)

Con lo anterior no queremos, en manera alguna, desestimar los elementos históricos como argumentos interpretativos; ellos son importantes, en determinadas circunstancias, como criterios auxiliares para determinar el alcance de un texto normativo discutible. Pero no son suficientes. En particular, cuando un análisis del tenor literal y una interpretación sistemática y finalista del texto aprobado de una disposición permiten inferir un sentido determinado, consideramos que no es hermenéuticamente correcto modificar tal sentido con base en hipotéticas intenciones históricas de los miembros de la Asamblea Constituyente. Lo que importa no es la intención subjetiva del Constituyente sino su intención objetivada en el texto constitucional, puesto que la labor del intérprete es ante todo actualizar el sentido normativo de la Constitución como un todo.

LIBERTAD DE CONCIENCIA-Alcance (Salvamento de voto)

La Corte redujo el alcance de contenidos normativos explícitos con base en una hipotética voluntad del Constituyente. En efecto, el artículo 18 de la Carta no sólo establece que se garantiza la libertad de conciencia sino que explícitamente consagra que "nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia (subrayado nuestro)". Este artículo consagra entonces una triple protección de la libertad de conciencia, tal y como esta Corporación ya lo había establecido: de un lado, la prohibición de molestar a una persona por razón de sus convicciones o creencias; en segundo término, la prohibición de obligar a que revele tales convicciones y, finalmente, la prohibición de obligar a alguien a actuar contra su conciencia.

OBJECION DE CONCIENCIA/LIBERTAD DE CONCIENCIA/SERVICIO MILITAR (Salvamento de voto)

En esta sentencia la Corte asume que este artículo 18 de la Carta no incluye la objeción de conciencia. Esta tesis es, por decir lo menos, discutible. En efecto, si una persona considera que su conciencia le impide incorporarse a una organización armada y actuar militarmente, es cuando menos poco lógico sostener que la Constitución le protege el derecho a actuar conforme a su conciencia, pero al mismo tiempo autoriza al Estado a sancionarlo jurídicamente si la persona, debido a sus convicciones internas, se niega a prestar el servicio militar. Consideramos entonces que la interpretación no podía partir del supuesto de que la libertad de conciencia está limitada por el deber de prestar el servicio militar – como lo hace la sentencia – por cuanto ése era precisamente el asunto por resolver. No puede el intérprete dar por sentado cuál es la solución de un problema normativo como punto de partida, para luego entrar a resolver el problema. Esa es una típica petición de principio.

DERECHO A LA OBJECION DE CONCIENCIA/LIBERTAD DE CONCIENCIA-Aplicación inmediata/SERVICIO MILITAR-Obligación constitucional relativa (Salvamento de voto)

El ejercicio del derecho que no tiene restricciones expresas (la libertad de conciencia), en aquellas circunstancias en que entra en colisión con el cumplimiento del deber que admite expresamente eximentes (servicio militar), debe ser considerado una excepción a tal obligación, ya que de esa manera se armonizan los dos contenidos normativos y se respeta su estructura formal y su enunciado literal. En efecto, la tensión normativa desaparece y respeta el tenor literal de las normas si se considera que el legislador está obligado a

reconocer como eximente al deber de prestar el servicio militar la objeción de conciencia.

SERVICIO MILITAR-Obligación constitucional relativa (Salvamento de voto)

Se trata de una obligación constitucional relativa, no sólo por cuanto admite eximentes, sino también por otros factores. En efecto, según la doctrina jurídica nacional e internacional, la relatividad de este deber deriva también de los siguientes tres aspectos: De un lado, en que no es un deber cuyo cumplimiento sea exigido en correlación con los derechos primarios de la persona humana (vida, libertad, seguridad, etc.). De otro lado, porque la negativa a cumplirlo no vulnera directamente bienes fundamentales del hombre. En tercer término, porque siendo un deber de prestación social, resulta física y moralmente posible sustituirlo haciendo otra cosa que esté ordenada a la solidaridad nacional. Finalmente, en total contravía con la tesis de esta sentencia, la doctrina jurídica y la jurisprudencia internacionales tiende a reconocer, de manera bastante general, que, por el dramatismo y la profundidad de la tensión valorativa que hemos descrito, la objeción de conciencia al servicio militar es una consecuencia lógica de la libertad de conciencia, la libertad religiosa y la libertad de pensamiento en un régimen democrático.

DERECHO A LA OBJECION DE CONCIENCIA-Rango constitucional (Salvamento de voto)

En los casos en los cuáles existen convicciones sinceras en una persona que lo llevan a rehusar la prestación del servicio militar, la Constitución colombiana hace predominar la libertad de conciencia sobre el deber de prestar el servicio militar, por lo cual la objeción de conciencia es un derecho de rango constitucional que hace parte del contenido esencial de la libertad de conciencia. Admitir otra interpretación lleva no sólo a vaciar de contenido la libertad de conciencia, sino también a desconocer la dignidad humana de quienes consideran contrario a sus convicciones más íntimas la prestación del servicio militar.

OBJECION DE CONCIENCIA/SERVICIO MILITAR-Exenciones (Salvamento de voto)

La Corte reconoce que la Constitución no consagra en el artículo 216 una obligación o deber constitucional absoluto, según el cual todos los colombianos deben prestar el servicio militar obligatorio, por cuanto la Carta señala que “la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar.” Por consiguiente, las consideraciones de la sentencia permiten concluir que es perfectamente constitucional una ley que consagre explícitamente

la posibilidad de la objeción de conciencia al servicio militar. En efecto, un desarrollo legal de esa naturaleza tiene un doble fundamento constitucional. De un lado, el propio artículo 216, que defiere a la ley la regulación de las excepciones al servicio; y, del otro, el artículo 18 que garantiza la libertad de conciencia, por lo cual se ajusta a la Constitución que la ley reconozca como eximente del servicio militar que una persona invoque un dictamen de su conciencia que le impide realizar labores relacionadas con las armas. Nuestra diferencia con la decisión de la Corte es que ella considera que el Legislador tiene la discrecionalidad de incorporar o no la objeción de conciencia, mientras que nosotros, por las razones anteriormente señaladas, consideramos que era un deber del Legislador haberlo hecho.

SERVICIO MILITAR-Minoría de edad/DERECHO A LA FAMILIA-Vulneración (Salvamento de voto)

La incorporación a filas de un menor de edad interrumpe la interacción de éste con sus padres, la cual sirve de base al proceso de socialización en buena parte confiado a la familia y que, como ya se analizó, es esencial para el desarrollo de su personalidad. El interés del menor, salvo que éste y sus padres decidan lo contrario, no es compatible con la interrupción de la socialización familiar en esta fase crítica de la formación personal en su esfera espiritual y afectiva. Adicionalmente, se quebranta la unidad de la familia que es considerada núcleo fundamental de la sociedad y, durante el tiempo del servicio, se pone término al poder-deber de los padres de sostener y educar a los menores que la Constitución les asigna "mientras sean menores".

DERECHO A LA IGUALDAD-Trato diferenciADO/SERVICIO MILITAR-Trato diferencial (Salvamento de voto)

Una norma que establece un trato diferente entre dos personas obtiene aprobación constitucional siempre y cuando supere un test de igualdad que comprende la demostración de los siguientes puntos: 1) que se trata de casos iguales 2) que el trato diferenciado se encuentra justificado por una norma que establece un fin admisible constitucionalmente, 3) que el medio empleado sea conducente para lograr dicho fin y 4) que la relación entre medio y fin supere un juicio de razonabilidad. La sentencia parte de la desigualdad de las personas en lugar de demostrar que dicha desigualdad es un elemento que justifica un trato diferente. La desigualdad fáctica y el trato desigual son factores esenciales al momento de aplicar el

principio de igualdad. Sin embargo, esta posibilidad no justifica que la Corte pueda desatender la prueba de la relevancia constitucional de la diferencia fáctica aducida. No hay que olvidar que la regla general es la de la igualdad entre todas las personas. Toda circunstancia que pretenda ser considerada como relevante para un trato diferenciado debe ser demostrada. De no existir esta carga probatoria, el concepto de relevancia quedaría eliminado y cualquier autoridad podría justificar la discriminación con base en una diferencia fáctica casi siempre disponible en la comparación entre personas.

SOLDADO BACHILLER-Tiempo de servicio/SOLDADO BACHILLER-Utilidad social (Salvamento de voto)

La norma fue establecida con el objeto de evitar que los bachilleres interrumpieran por demasiado tiempo el desarrollo de sus estudios y pudieran pasar pronto a la universidad. Se trata de un típico argumento utilitarista, inaceptable para una visión defensora de los derechos de la persona por encima de los intereses institucionales, tal como la contemplada en el texto constitucional. La norma fundamenta la disminución del período de servicio de los bachilleres en el beneficio social que se deriva de aceleración del proceso de profesionalización de los estudiantes. Este tipo de razones fundadas en la utilidad social son la base de una sociedad de privilegios en la cual mientras mayor sea la incidencia o la importancia del desempeño de una persona, mayores serán su beneficios y más seguras sus prerrogativas. La ley no puede otorgar privilegios a una persona con el fin allanarle un camino considerado como promisorio. El principio de la igualdad de oportunidades entraña un compromiso de las instituciones por establecer condiciones similares en el desarrollo profesional y vital de cada persona. El legislador no puede proporcionar estímulos que sólo alcanzan a los jóvenes llamados a obtener un cartón universitario.

El beneficio otorgado a los campesinos se explica por la necesidad de proteger unas condiciones socio-económicas que se agravarían en el evento de la migración a las ciudades. Sin embargo, las razones de tipo social que justifican una protección especial de los campesinos se pueden predicar con igual énfasis del grupo de población al cual suelen pertenecer los soldados regulares, esto es, a la población urbana pobre o indigente. Un análisis del fin normativo que justifique la diferencia de trato tendría que demostrar que la Constitución establece una protección preferencial del campesino en relación con el ciudadano pobre. Sin embargo esto no es posible. Ambas situaciones tienen en común un

cierto grado de marginalidad económica, social, política, cultural, etc., que la Constitución se empeña en resolver sin distinciones relativas al origen social. El Estado no puede beneficiar a un grupo social, cuando con ello deja en situación menos favorable a otro grupo que podría ser igualmente merecedor del beneficio.

Noviembre 16 de 1994

Ref: Expediente No. D-599 y D-610 (Acumulados)

Magistrado ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, disentimos de la decisión de la Corporación que declaró exequibles varios artículos de la Ley 48 de 1993, "por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización". Según nuestro criterio, varias de esas normas son inconstitucionales por no reconocer la objeción de conciencia como eximente del servicio militar obligatorio (I), por ordenar la incorporación a filas de menores de 18 años (II) y por violar el principio de igualdad (III), tal y como lo mostraremos a continuación.

I- Servicio militar obligatorio y objeción de conciencia

En primer término, consideramos que la ley encargada de regular el servicio de reclutamiento y movilización no podía dejar de incorporar la figura de la objeción de conciencia, por cuanto, según nuestro criterio, ella se desprende directamente de la Constitución. Según la sentencia, la objeción de conciencia "no ha sido aceptada por la Constitución colombiana como recurso exonerativo de la indicada obligación" de prestar el servicio militar. Por el contrario, creemos que ella es un derecho constitucional que no podía ser desconocido por el legislador. Para sustentar nuestra afirmación, comenzaremos por hacer una reflexión genérica sobre la relación entre la obediencia y la desobediencia en un régimen político como el colombiano, para luego analizar más específicamente el tema de la objeción de conciencia al servicio militar en la Constitución.

a) Obediencia y desobediencia en una democracia constitucional.

En un Estado democrático, social y de derecho, como el colombiano (CP art. 1), los ciudadanos y los habitantes están obligados a cumplir ciertos deberes constitucionales y legales. Así, prima facie, las personas que habitan en Colombia deben acatar el ordenamiento jurídico y respetar y obedecer a las autoridades (CP arts. 4 y 95).

Este deber genérico de obediencia al orden jurídico, que consagra la Constitución, es consustancial a la idea misma de derecho, puesto que es contradictorio y autofrustrante un ordenamiento normativo que establece prescripciones, pero que autoriza a los destinatarios de las mismas a obedecerlas o no obedecerlas. Además, en una democracia, esa obediencia encuentra sólidos fundamentos filosóficos, puesto que las normas jurídicas se forman con la contribución de todos los ciudadanos, de manera directa o indirecta. La aspiración de la democracia es entonces la de ser un régimen en donde los destinatarios de las normas son también los productores de las mismas, lo cual justifica la obediencia al derecho positivo, ya que todos están en igualdad de condiciones para participar en la formación de la voluntad que crea el derecho.

Esto es lo que explica que en una democracia participativa, como la nuestra, la soberanía resida en el pueblo (CP art. 3), pero a su vez, los miembros del pueblo, esto es los particulares, deban acatar el ordenamiento positivo (CP art. 4).

Al lado de ese deber genérico de obediencia al orden jurídico, la Constitución también establece para los particulares otros deberes constitucionales específicos, los cuales se consideran elementos necesarios para la viabilidad del Estado social de derecho, como por ejemplo, respetar los derechos ajenos, colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia o contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (CP art. 95).

Sin embargo, lo anterior no significa que cualquier orden dada por una autoridad, o cualquier mandato incorporado en una norma jurídica positiva, tenga que ser obedecido por los particulares. En efecto, Colombia es un Estado fundado en la supremacía de la Constitución (CP art. 4), en la dignidad humana (CP art. 1) y en el reconocimiento, sin discriminación alguna, de los derechos inalienables de las personas (CP art. 5), lo cual tiene importantes consecuencias, políticas, filosóficas y jurídicas sobre el deber de obediencia de los

particulares.

Así, conforme a la filosofía de los derechos humanos, incorporada por diversas vías a nuestro ordenamiento positivo (CP arts. 1, 5, 93 y 94), el poder del Estado sólo puede reclamar legítimamente obediencia cuando respeta los derechos de las personas y opera dentro de los marcos democráticos y jurídicos. Por ello, en casos extremos de regímenes opresivos, se considera legítima la desobediencia civil y la resistencia a la opresión. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1948, establece que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" y que, por consiguiente, es "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión".

Estas formas extremas de resistencia a la opresión o desobediencia civil general no son, en sentido estricto, figuras jurídicas e institucionalizables, puesto que ellas operan como recursos de hecho frente a situaciones manifiestas de injusticia general de un ordenamiento positivo o de una determinada institución. No son, en sentido estricto, derechos ya que quien ejerce estos recursos fácticos sabe que está violando el orden jurídico y que se le puede imponer una sanción; pero por razones morales o políticas asume los costos de tal conducta, con el fin de transformar el derecho positivo o llamar la atención sobre una norma que considera injusta.

En cambio, un ordenamiento jurídico fundado en la supremacía de la Constitución y el reconocimiento de los derechos humanos no sólo puede admitir formas sectoriales de desobediencia civil sino que ellas son consustanciales a tales ordenamientos. Eso es lo que algunos autores italianos han llamado, con gran acierto, los "poderes negativos"2 de las personas, que son inmanentes a los regímenes constitucionales, ya que se trata de mecanismos que son susceptibles de suspender sectorialmente la eficacia del derecho positivo cuando éste atenta contra los derechos humanos, desconoce la Constitución o no da cumplimiento a la voluntad popular. Ejemplos clásicos de estos poderes negativos son las acciones públicas y ciudadanas para impedir la aplicación de disposiciones contrarias a las garantías fundamentales. Así, los poderes negativos, sin confundirse con la desobediencia civil individual y la resistencia popular, aparecen entonces como mecanismos de "resistencia

legal" que dan forma al aspecto "negativo" de la soberanía popular. En efecto, es necesario "distinguir entre poder 'positivo' (de creación y aplicación del derecho) y poder 'negativo' (de impedir la una y la otra)"3.

Esta institucionalización parcial de la resistencia es uno de los elementos distintivos de la democracia constitucional, ya que no tiene precedentes en los regímenes políticos anteriores4. Así, la democracia constitucional pretende incorporar en su seno a los disidentes, en vez de excluirlos de la comunidad política como delincuentes o enemigos. Esto, a su vez, es una de las mayores fortalezas de la democracia constitucional, ya que al poner a disposición de las personas formas de "poder negativo" o de "disidencia parcial institucionalizada", las razones de la desobediencia general al derecho disminuyen, y se potencia así la adhesión y obediencia al orden jurídico.

La Constitución colombiana prevé numerosas formas de "poder negativo": así, los ciudadanos pueden interponer acciones de inconstitucionalidad o de nulidad contra actos jurídicos; reclamar la protección de sus derechos fundamentales por medio de la tutela; impulsar referendos negativos; revocar el mandato de los elegidos, etc. Pero, incluso, en determinadas circunstancias, la Constitución no sólo consagra estos "poderes negativos" sino que ordena a los funcionarios del Estado la desobediencia puntual de normas jurídicas o de órdenes de funcionarios competentes. Así, el artículo 4, como obvia consecuencia de la supremacía de la Constitución, consagra la excepción de inconstitucionalidad; igualmente, el artículo 93 señala que "en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta".

Además, en el fondo, la mayoría de los derechos y libertades son en sí mismos formas de "desobediencia institucionalizada" o "poder negativo" de los ciudadanos y de las personas. Así, todos los colombianos tienen derecho a disentir de las políticas oficiales y pueden, incluso, constituir partidos, movimientos y agrupaciones para difundir ideas contrarias a las del gobierno (CP arts. 20 y 40).

El anterior marco conceptual nos permite entonces entrar al examen del problema constitucional específico: ¿está la objeción de conciencia al servicio militar incorporada a

nuestro orden constitucional como un derecho directamente constitucional? ¿O, es ella una forma de desobediencia civil, de contenido moral y político, que puede ser respetable pero está sujeta a sanciones jurídicas, mientras que la ley no reconozca explícitamente la objeción como una excepción específica al servicio militar?

No se trata entonces de discutir si determinados colombianos se comportan éticamente bien al negarse a prestar el servicio militar por razones de conciencia, puesto que esa discusión, si bien es importante ética y políticamente, no tiene, en sí misma, relevancia constitucional. El problema es determinar si los objetores de conciencia tienen un derecho constitucional, en el sentido fuerte de la palabra, a negarse a prestar el servicio. En efecto, si ellos tienen tal derecho, entonces el Estado y las otras personas no pueden interferir en la conducta de una persona que ejerce tal objeción, incluso si no están éticamente de acuerdo con las razones invocadas por quien objeta. La persona tiene una inmunidad en este campo. En cambio, si no reconocemos jurídicamente la existencia de tal derecho, entonces el Estado tiene no sólo el derecho sino el deber de castigar a los objetores de conciencia, incluso si muchas personas consideran justa y éticamente correcta la conducta de estos últimos. Lo que es una contradicción es reconocer que las personas tienen derecho a hacer lo que su conciencia les diga, pero justificar que el Estado los disuada de hacerlo. En efecto, no es lógico ni justo enjuiciar a un hombre por hacer lo que le exige su conciencia, al mismo tiempo que se le reconoce el derecho a hacer lo que le dice su conciencia5.

b) La objeción de conciencia al servicio militar en la Constitución.

Según la sentencia, la Constitución no consagra la objeción de conciencia al servicio militar como derecho constitucional. Para ello la Corte se basa esencialmente en los siguientes argumentos. De un lado, considera que es constitucional que la ley establezca el carácter obligatorio del servicio militar, como lo hace la ley acusada. De otro lado, según la Corte, la libertad de conciencia no incluye necesariamente la objeción de conciencia al servicio militar, la cual debe entonces tener consagración positiva para poder ser considerada un derecho. Finalmente, la Corte invoca un argumento histórico. La propuesta de introducir expresamente la objeción de conciencia en el texto de la Carta de 1991, presentada por el constituyente Fernando Carrillo, fue negada por la Asamblea Nacional Constituyente. Por consiguiente, se concluye que fue voluntad de la Constituyente no darle rango constitucional a la objeción de conciencia, no siendo entonces inconstitucional que la ley no la prevea como

una de las causas exonerativas del servicio militar.

En síntesis, si se busca reconstruir la lógica de la interpretación de la Corte, se concluye que ella se basa en la primacía del argumento histórico. En efecto, la Corte parte de un hecho cierto: la Asamblea Constituyente no sólo no aprobó expresamente sino que negó la incorporación de la objeción de conciencia al servicio militar en el texto constitucional. De allí la Corte deduce una voluntad del Constituyente: que la Asamblea no quiso establecer la objeción de conciencia al servicio militar como derecho constitucional y que, por consiguiente, no se puede entender que la libertad de conciencia del artículo 18 incluye la objeción de conciencia al servicio militar.

La anterior interpretación se basa en consideraciones en apariencia plausibles. Sin embargo, nos parece que la argumentación que la sustenta es hermenéuticamente muy discutible y conduce a resultados que no son conformes con los valores, principios y derechos de la Constitución.

En anteriores decisiones, la Corte ha señalado que, a nivel de la interpretación constitucional, el argumento histórico es de alcance limitado, por cuanto no es fácil determinar con claridad cuáles fueron las razones por las cuales un determinado artículo fue incorporado a la Constitución. Por ello debe predominar, en general, una interpretación sistemática y finalista del texto constitucional, tal y como éste fue aprobado, y no recurrir a hipotéticas intenciones de la Asamblea Constituyente. Así, en reciente decisión dijo esta Corporación:

"Finalmente, vale la pena anotar que el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente haya desechado una propuesta del gobierno que ponía en manos de los jueces la adopción de las medidas de aseguramiento, no respalda una interpretación dirigida a negar toda intervención de los jueces de la República en la fase investigativa; más que la intención del autor de la Carta, cuenta en este caso la que se extrae del propio texto constitucional, que se encauza en sentido contrario al que favorecen las consecuencias que, sin mayor rigor, se quiere derivar de la voluntad del constituyente6."

Y esto es válido no sólo frente a las normas aprobadas sino también frente a los silencios constitucionales, ya que es muy difícil establecer cual fue la razón de la negación de una

determinada propuesta, en una asamblea de contenido heterogéneo y pluralista, en la cual los diversos artículos no fueron aprobados en bloque sino de manera individual. Así, es plausible considerar que la negativa de la Asamblea Constituyente de consagrar explícitamente en el texto la objeción de conciencia no derivó de una clara voluntad de excluirla de la Constitución sino de otras consideraciones. Es muy posible que muchos delegatarios consideraran que el tema ya estaba regulado a nivel general, por lo cual era innecesario y antitécnico incorporar una disposición específica al respecto. Esa es, por ejemplo, la autorizada opinión del entonces Consejero Presidencial para el desarrollo de la Constitución, Manuel José Cepeda. Según este autor:

Esto muestra entonces que no se puede derivar, en forma autónoma, un contenido normativo específico del rechazo por la Asamblea Constituyente a incorporar en la Constitución la objeción de conciencia.

Con lo anterior no queremos, en manera alguna, desestimar los elementos históricos como argumentos interpretativos; ellos son importantes, en determinadas circunstancias, como criterios auxiliares para determinar el alcance de un texto normativo discutible. Pero no son suficientes. En particular, cuando un análisis del tenor literal y una interpretación sistemática y finalista del texto aprobado de una disposición permiten inferir un sentido determinado, consideramos que no es hermenéuticamente correcto modificar tal sentido con base en hipotéticas intenciones históricas de los miembros de la Asamblea Constituyente. Lo que importa no es la intención subjetiva del Constituyente sino su intención objetivada en el texto constitucional, puesto que la labor del intérprete es ante todo actualizar el sentido normativo de la Constitución como un todo.

En tales circunstancias, nosotros creemos que precisamente la Corte redujo el alcance de contenidos normativos explícitos con base en una hipotética voluntad del Constituyente. En efecto, el artículo 18 de la Carta no sólo establece que se garantiza la libertad de conciencia sino que explícitamente consagra que “nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia (subrayado nuestro)”.

Este artículo consagra entonces una triple protección de la libertad de conciencia, tal y como esta Corporación ya lo había establecido8: de un lado, la prohibición de molestar a una

persona por razón de sus convicciones o creencias; en segundo término, la prohibición de obligar a que revele tales convicciones y, finalmente, la prohibición de obligar a alguien a actuar contra su conciencia.

Esta última garantía es particularmente relevante en este caso, por cuanto muestra que la libertad de conciencia protegida por la Constitución no es un derecho que opera en la pura esfera interna de la persona sino que se traduce en comportamientos del individuo en sociedad: las personas tienen derecho a observar una conducta externa coherente con sus convicciones internas. Por ello la Corte ha dicho que "la ratio iuris de la libertad de conciencia es la inmunidad de toda fuerza externa que obligue a actuar contra las propias convicciones y que impida la realización de aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento"9.

Ahora bien, en esta sentencia la Corte asume que este artículo 18 de la Carta no incluye la objeción de conciencia. Esta tesis es, por decir lo menos, discutible. En efecto, si una persona considera que su conciencia le impide incorporarse a una organización armada y actuar militarmente, es cuando menos poco lógico sostener que la Constitución le protege el derecho a actuar conforme a su conciencia, pero al mismo tiempo autoriza al Estado a sancionarlo jurídicamente si la persona, debido a sus convicciones internas, se niega a prestar el servicio militar.

Consideramos entonces que la interpretación no podía partir del supuesto de que la libertad de conciencia está limitada por el deber de prestar el servicio militar – como lo hace la sentencia – por cuanto ése era precisamente el asunto por resolver. No puede el intérprete dar por sentado cuál es la solución de un problema normativo como punto de partida, para luego entrar a resolver el problema. Esa es una típica petición de principio.

La Corte debió entonces proceder de otra forma. Debió comenzar por plantear que existe una clara colisión entre dos principios constitucionales. En efecto, la contradicción lógico normativa entre los artículos 18 y 216 es evidente. De un lado, el artículo 18 superior autoriza al individuo a no prestar el servicio militar, si considera que ello va contra su conciencia, sin que el Estado pueda obligarlo a actuar contra su conciencia. No otro puede ser el sentido del mandato de que "nadie puede ser obligado a actuar contra su conciencia", en la hipótesis en que la conciencia le impida a alguien prestar el servicio militar. De otro

lado, el artículo 216 establece que, conforme a la ley, el servicio militar es obligatorio. Una vez reconocida la existencia de esa tensión normativa, es decir una vez planteado el problema, la Corte debió efectuar un ejercicio de ponderación con el fin de determinar si la objeción de conciencia es o no un derecho constitucional que limita el deber de prestar el servicio militar o si, por el contrario, la libertad de conciencia está limitada por el deber de prestar el servicio militar. Ese era el problema constitucional a ser resuelto, y no podía ser el punto de partida de la argumentación.

Ahora bien, para nosotros es claro que una adecuada ponderación valorativa conduce al reconocimiento del derecho de los ciudadanos a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, por las siguientes razones:

En primer término, estamos enfrente de una colisión entre, de un lado, un derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata y sin limitaciones expresas y, de otro lado, una obligación constitucional relativa. En efecto, el artículo 18 no prevé ninguna limitación expresa al derecho de una persona a no ser obligado a actuar contra su conciencia. Esto no significa, obviamente, que éste sea un derecho sin límites, por cuanto nadie podría, por ejemplo, invocar la libertad de conciencia para irrespetar los derechos ajenos (CP art. 95 ordinal 1º). En cambio la obligación del servicio militar del artículo 216 es relativa ya que admite expresamente excepciones, puesto que señala que la ley "determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar".

Esta consagración genérica y sin limitaciones expresas de la libertad de conciencia frente al carácter relativo de la obligación de prestar el servicio militar tiene, de por sí, una significación hermenéutica de considerable importancia. En efecto, tenemos dos mandatos que pueden ser contradictorios en determinadas circunstancias, pero que tienen una estructura normativa diversa: el primero consagra una obligación y admite expresamente excepciones, mientras que el otro establece un derecho y no admite expresamente tales restricciones. En tales circunstancias, nos parece lógico suponer que el ejercicio del derecho que no tiene restricciones expresas (la libertad de conciencia), en aquellas circunstancias en que entra en colisión con el cumplimiento del deber que admite expresamente eximentes (servicio militar), debe ser considerado una excepción a tal obligación, ya que de esa manera se armonizan los dos contenidos normativos y se respeta su estructura formal y su enunciado literal. En efecto, la tensión normativa desaparece y respeta el tenor literal de las normas si

se considera que el legislador está obligado a reconocer como eximente al deber de prestar el servicio militar la objeción de conciencia. En cambio, la argumentación de la Corte desconoce esa estructura formal de las normas, ya que, contra toda lógica, supone que el ejercicio de la libertad de conciencia – consagrado sin restricciones expresas – está limitada por la obligación de prestar el servicio militar – establecido con eximentes expresas -.

Esas simples consideraciones sobre la diversa estructura literal y normativa de esos dos artículos constitucionales son de por sí un argumento suficiente para considerar inconstitucional las normas acusadas que consagran la obligación de prestar el servicio militar sin reconocer la objeción de conciencia. Pero no son sólo estos argumentos literales y de estructura normativa los que permiten llegar a tal conclusión. También una interpretación finalista, que tome en consideración el valor de los principios en conflicto, lleva al mismo resultado, como se verá a continuación.

En efecto, estamos enfrente de un conflicto valorativo para la persona de gran trascendencia, ya que no se trata, por ejemplo, de la negativa de una persona a pagar impuestos por razones de conciencia frente a la obligación constitucional de contribuir al sostenimiento del Estado, caso en el cual consideramos que, por regla general, prima la obligación constitucional. Tampoco se trata de personas que invocan motivos de conciencia como pretextos para eludir obligaciones para con el Estado o con respecto a otros ciudadanos. En efecto, como la ha dicho el informe de Naciones Unidas sobre el tema, no son objetores las "personas que se oponen al servicio militar por oportunismo o por un deseo de evitar las penalidades y los riesgos que supone una acción militar. Son objetores sino aquellos que se oponen a prestar el servicio militar, a empuñar las armas o a matar por "el conjunto de auténticas convicciones éticas dictadas por principios religiosos o humanistas y respaldadas por múltiples instrumentos, como la Carta de Naciones Unidas, las declaraciones y resoluciones de las propias Naciones Unidas o las declaraciones de organizaciones no gubernamentales, tanto religiosas como laicas.10"

Esto muestra entonces que los objetores se rehusan a tomar las armas o prestar el servicio militar, no por oportunismo sino por razones profundas de conciencia, a tal punto que están dispuestos a asumir los costos de tal negativa. Por ello, en aquellos casos en que el ordenamiento legal les da la posibilidad, los objetores aceptan servicios sociales sustitutos, lo cual es natural con el fin de que no se viole el principio de igualdad frente a aquellos

ciudadanos que efectivamente prestan el servicio militar. Y, en aquellos casos, en que se les niega tal posibilidad, los objetores, por fidelidad con sus convicciones, aceptan soportar cargas mucho mayores que la prestación del servicio militar como ir a la cárcel o, incluso, ser ejecutados o marginados por la sociedad.

Esta intensidad de la oposición de los objetores a la incorporación a las filas militares tiene además razones muy plausible; en efecto, no sólo la actividad militar está ligada a problemas vitales, ya que está indisolublemente relacionada con la posibilidad de matar al otro, sino que la obligación de prestar el servicio castrense tiene una repercusión directa sobre la vida cotidiana de las personas. En efecto, no se trata de una obligación puntual, que permite mantener una vida ordinaria en otros campos existenciales, sino de una transformación total de las condiciones en que se desenvuelven las personas, pues la vida militar tiene grandes especificidades que la distinguen de la existencia cotidiana de un ciudadano. Como dice Otto Mayer, la obligación de prestar el servicio militar se distingue de las demás "por la fuerza particular mediante la cual el Estado se adueña de la persona"11.

Con lo anterior no queremos, en manera alguna, devaluar la profesión militar, que consideramos igualmente respetable que otras. Simplemente queremos mostrar que la objeción al servicio militar está lejos de ser un capricho de determinadas personas, puesto que la actividad militar y el ejercicio de las armas pueden plantear a ciertos individuos conflictos que tocan con los aspectos esenciales de su personalidad. ¿No es entonces desproporcionado que el Estado les exija a esas personas cumplir una obligación que ellos consideran contraria a sus más profundas convicciones, a su propia esencia como seres humanos? A nuestro parecer, la única razón que podría justificar una tal carga es que la obligación de prestar el servicio militar fuera igualmente irremplazable y esencial, de acuerdo a los principios y valores constitucionales. Pero ello no es así. Se trata de una obligación constitucional relativa, no sólo por cuanto admite eximentes, sino también por otros factores. En efecto, según la doctrina jurídica nacional e internacional, la relatividad de este deber deriva también de los siguientes tres aspectos: De un lado, en que no es un deber cuyo cumplimiento sea exigido en correlación con los derechos primarios de la persona humana (vida, libertad, seguridad, etc.). De otro lado, porque la negativa a cumplirlo no vulnera directamente bienes fundamentales del hombre. En tercer término, porque siendo un deber de prestación social, resulta física y moralmente posible sustituirlo haciendo otra cosa que esté ordenada a la solidaridad nacional.12

Finalmente, en total contravía con la tesis de esta sentencia, la doctrina jurídica y la jurisprudencia internacionales tiende a reconocer, de manera bastante general, que, por el dramatismo y la profundidad de la tensión valorativa que hemos descrito, la objeción de conciencia al servicio militar es una consecuencia lógica de la libertad de conciencia, la libertad religiosa y la libertad de pensamiento en un régimen democrático. Así, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, adoptó el 8 de marzo de 1989, durante el 45 período de sesiones la resolución 1989/59 sobre objeción de conciencia al servicio militar, la cual, en sus apartes pertinentes dice:

"Resolución 1989/59, sobre objeción de conciencia al servicio militar

La Comisión de Derechos Humanos,

(…)

Teniendo en cuenta que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

(…)

Reconociendo que la objeción de conciencia al servicio militar se deriva principios y razones de conciencia, incluso convicciones profundas, basados en motivos religiosos o de índole similar,

1. Reconociendo el derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión enunciado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

2. Hace un llamamiento a los Estados para que promulguen leyes y adopten medidas destinadas a eximir del servicio militar cuando exista una auténtica objeción de conciencia al servicio armado;

4. Insiste en que esas formas de servicio alternativo deben ser, en principio, de carácter no combatiente o civil, en interés público y no de carácter punitivo;

5. Recomienda a los Estados Miembros, si no lo han hecho todavía, que establezcan, dentro del marco de su sistema jurídico interno, órganos de formulaciones de decisiones independientes e imparciales con la tarea de determinar si la objeción de conciencia es válida en cada caso concreto.13″

Igualmente, la Asamblea Consultiva del Consejo De Europa, adoptó la resolución 337 (1967), relativa al derecho a la objeción de conciencia., la cual, en sus apartes pertinentes dice:

"La Asamblea,

Teniendo presente el artículo 9º del Convenio europeo de Derechos Humanos, que obliga, a los países miembros a respetar la libertad de conciencia y de religión del individuo,

Declara,

1. Las personas obligadas al servicio militar que, por motivos de conciencia o por razón de una convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de análoga naturaleza, rehusen realizar el servicio con armas, deben tener un derecho subjetivo a ser dispensados de tal servicio.

2. En los Estados democráticos, fundados sobre el principio de la preeminencia del derecho, se debe considerar que el derecho citado en el punto anterior deriva lógicamente de los derechos fundamentales del individuo, garantizados por el artículo 9º del Convenio europeo de Derechos Humanos"14.

c- Conclusiones sobre objeción de conciencia y servicio militar obligatorio.

En tales circunstancias, quienes suscribimos este salvamento estamos convencidos de que en los casos en los cuáles existen convicciones sinceras en una persona que lo llevan a rehusar la prestación del servicio militar, la Constitución colombiana hace predominar la libertad de conciencia sobre el deber de prestar el servicio militar, por lo cual la objeción de conciencia es un derecho de rango constitucional que hace parte del contenido esencial de la libertad de conciencia. Admitir otra interpretación lleva no sólo a vaciar de contenido la libertad de conciencia, sino también a desconocer la dignidad humana de quienes consideran contrario a sus convicciones más íntimas la prestación del servicio militar.

Es cierto que el reconocimiento de la objeción de conciencia plantea problemas prácticos complejos. Así, en estos casos el Estado colombiano tiene no sólo el derecho sino el deber de exigir de quienes se oponen al servicio militar una prueba de que su convencimiento es serio y está fundado, puesto que no se trata de que quienes carecen de razones de conciencia puedan eludir sus obligaciones militares. Igualmente, debe el Estado establecer servicios sociales sustitutos para los objetores de conciencia, con el fin de mantener la igualdad entre quienes efectivamente prestan el servicio militar y entre quienes no lo hacen por razones de convicción. Pero estas dificultades prácticas, reales pero no insuperables, como lo demuestra la práctica de los numerosos países que admiten esta figura. no puede justificar la exclusión de este derecho constitucional por el Legislador. Por todo ello consideramos contraria a los principios, valores y derechos de la Constitución la decisión adoptada por la Corporación.

Además, a pesar de que ello no es, en sentido estricto, relevante en materia de control de constitucionalidad, consideramos que el no reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar es una decisión inconveniente para el país. En efecto, como lo habíamos dicho anteriormente en este salvamento de voto, una de las grandes superioridades éticas y políticas de la democracia constitucional es su capacidad para incorporar en su seno a los disidentes. En efecto, la democracia, en la medida en que admite las desobediencias parciales, fortalece la adhesión global al derecho. Por ello, creemos que negar la objeción de conciencia como un derecho ciudadano comporta la sanción jurídica y la conversión en delincuentes de quienes muy probablemente son excelentes ciudadanos, con lo cual se erosiona la propia legitimidad de la Constitución.

En ese orden de ideas, consideramos importante señalar que la sentencia de la Corte no ha cerrado, en manera alguna, la posibilidad de establecer, por vía legal, la objeción de conciencia en Colombia.

En efecto, la Corte reconoce que la Constitución no consagra en el artículo 216 una obligación o deber constitucional absoluto, según el cual todos los colombianos deben prestar el servicio militar obligatorio, por cuanto la Carta señala que “la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar.” Por consiguiente, las consideraciones de la sentencia permiten concluir que es perfectamente constitucional una ley que consagre explícitamente la posibilidad de la objeción de conciencia al servicio militar. En efecto, un desarrollo legal de esa naturaleza tiene un doble fundamento constitucional. De

un lado, el propio artículo 216, que defiere a la ley la regulación de las excepciones al servicio; y, del otro, el artículo 18 que garantiza la libertad de conciencia, por lo cual se ajusta a la Constitución que la ley reconozca como eximente del servicio militar que una persona invoque un dictamen de su conciencia que le impide realizar labores relacionadas con las armas. Nuestra diferencia con la decisión de la Corte es que ella considera que el Legislador tiene la discrecionalidad de incorporar o no la objeción de conciencia, mientras que nosotros, por las razones anteriormente señaladas, consideramos que era un deber del Legislador haberlo hecho. Pero de todos modos, el debate en la sociedad colombiana sobre el tema sigue abierto.

II. Obligación de prestar servicio militar a los menores de edad

A este respecto, cabe reiterar lo sostenido en salvamento de voto a la Sentencia de Unificación S.U. 277 de 1993, proferida por la Sala Plena de esta Corporación:

"La Sala debe explorar el status del adolescente y de la familia y determinar si los intereses protegidos, no obstante su consagración constitucional, deben ceder ante la exigencia superior de la defensa de la patria y de la democracia que representa el deber cívico del servicio militar. El subsistema de la familia dentro del cual normalmente se comprende el adolescente, se analizará brevemente, en primer término, para luego efectuar su confrontación en el plano constitucional con el subsistema de la defensa nacional. Tratándose de dos estructuras sobre las cuales se asientan funciones de enorme importancia social y a las que la Constitución extiende su salvaguardia, es esencial discernir en el caso planteado ante esta Corte el tipo de relaciones que se dan entre ellas y resolver las eventuales colisiones e interferencias mutuas, particularmente tomando en consideración la natural tendencia de un subsistema de intentar expandirse más allá de su campo funcional a costa de otros y, en algunos eventos, de los más débiles.

7. De acuerdo con la Constitución "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y como tal "el estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia" (CP art. 42). La consideración de la familia como núcleo fundamental de la sociedad entraña su reconocimiento como grupo primario básico en el que un conjunto de personas se relacionan entre sí a partir de normas comunes de comportamiento configurando una unidad social clara y distinta. La familia, como grupo primario por excelencia, propicia permanentemente

un contacto cara a cara entre sus miembros, que es crucial para su desarrollo personal, entre otras razones porque se inicia desde las épocas más tempranas e involucra un espacio de gran intimidad donde el individuo puede manifestarse en su plenitud.

La universalidad de la familia -atributo que abona su fundamentalidad- se explica por la naturaleza sexual de la reproducción y la prolongada dependencia del recién nacido. No se concibe sociedad que no asegure su reproducción, la cual no puede ser mirada únicamente como hecho biológico sino como elemento que se proyecta de manera decisiva en el sistema normativo social.

Sin la familia la sociedad no podría sobrevivir y a ella se apela para su reproducción biológica y cultural. Entre las funciones principales que cumple la familia se destacan las siguientes: (1) Ella satisface las necesidades sexuales de los adultos y provee a su reproducción. En la sociedad moderna la familia proporciona el afecto que garantiza el equilibrio psíquico de los miembros de la comunidad, obrando en este sentido como referente emocional primario. (2) Sostiene económicamente a sus integrantes. La residencia común y la solución de las necesidades vitales hacen de la familia una unidad de cooperación económica. Cabe anotar que en algunas zonas del país y respecto de ciertos grupos poblacionales, esta función es todavía más acusada, pues allí la familia es una verdadera unidad de subsistencia indispensable para la organización de la producción y la consecución de alimentos. (3) Socializa a los hijos. La familia es uno de los agentes básicos del proceso de socialización. A esta función, íntimamente relacionada con la formación de la identidad de los hijos, se dedicará el apartado siguiente.

Las funciones que cumple la familia tienen un alto valor social y es en atención al mismo que la Constitución la define como el núcleo esencial de la sociedad. La protección que la Constitución concede a la familia debe interpretarse en el sentido de que ninguna rama del poder público puede irrazonablemente interferir el normal desenvolvimiento de las expresadas funciones cuyo ejercicio garantiza que ella sea cabalmente el núcleo esencial de la sociedad. Esta definición que hace la Constitución es prescriptiva y no simplemente descriptiva.

8. Se dejó anotado arriba que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, entre otras razones, por su destacado papel como agente imprescindible del proceso de socialización de

los hijos. La socialización enseña a las personas a relacionarse con el orden social y a ajustarse al mismo, sin que por ello renuncien o dejen de ser fieles dentro de cierto margen a su propia individualidad y originalidad. El proceso da lugar a la asimilación consciente o inconsciente por parte de la persona de una serie de pautas culturales, expectativas sociales y comportamientos que se juzga necesario tener en cuenta para el cumplimiento de los diferentes roles que han de desempeñarse y la consecución de las metas que pueden proponerse dentro de un determinado ambiente físico y socio-cultural. La aprehensión y aceptación de reglas y normas sociales, valores, conocimientos y actitudes se torna esencial para que la persona pueda adaptarse a su medio, reconocerse a sí misma y, a su turno, poder ser reconocida por la comunidad. La interiorización de este saber social incluye los procedimientos para resolver los problemas y articular las respuestas adaptativas que pueden ser la conformidad, el conflicto, el acomodamiento y la evitación. Es importante advertir que las expectativas y pautas culturales demarcan espacios y límites generales de conducta cuya ejecución no es incompatible con cierta flexibilidad para ajustarse a la realidad cambiante y a la individualidad de la persona que no se encuentra completamente determinada por el orden social.

El proceso de socialización coincide con la progresiva formación de la identidad de la persona cuyo ser social corresponde al esquema total de juicios y actitudes que el individuo constantemente formula sobre sí mismo a partir de la obligada interacción con sus padres y demás personas que ejercen sobre él una influencia significativa. Aunque en el proceso de socialización de una persona – el cual se extiende a lo largo de su existencia -intervienen varios agentes, la familia normalmente ejerce el mayor ascendiente y asume una relevancia definitiva desde la más temprana edad para la formación y desarrollo de su personalidad y para la transmisión de la cultura, hasta el punto que de ella se dice que es el nexo entre la personalidad y la comunidad y que de su eficaz tarea socializadora depende el orden, la estabilidad y el cambio sociales.

El sistema familiar cuyas funciones esenciales se han sintetizado debe ahora juzgarse a la luz del papel que cumple frente al hijo adolescente que ocupa en el mismo una importante posición.

9. Los expertos suelen definir al adolescente como al individuo que se encuentra en un estadio evolutivo entre la niñez y la edad adulta. El inicio de esta fase del desarrollo humano

se asocia a un rápido crecimiento físico y a la completa maduración de los órganos reproductores. Su final no puede trazarse con exactitud y depende de factores de orden social y económico muy referidos al ambiente cultural, a pesar de que podría sostenerse en principio que en la sociedad Colombiana se vincula con la consecución de la independencia de los padres.

Las metas de desarrollo que se predican de esta edad – y que pueden denominarse opciones fundamentales de la vida – se relacionan con el logro de la identidad, la ubicación profesional u ocupacional y la aceptación del rol sexual. Desde el punto de vista intelectual, el adolescente alcanza a dominar la elaboración de operaciones formales que lo habilitan para el pensamiento abstracto y la construcción de teorías y sistemas, que pueden servirle para el autoanálisis y la crítica. Los cambios fisiológicos que se operan en el adolescente y la mutación conductual que los acompaña, le plantean una viva necesidad de buscar y reafirmar su sí mismo y su identidad, aún al costo de variar el modelo comportamental de sus padres y de hallar en sus pares posibilidades más próximas de identificación. De otra parte, en la adolescencia se concluye el proceso de tipificación sexual, lo que apareja la aceptación de la propia identidad sexual y del rol que a esta corresponde. Finalmente, este estadio involucra la preocupación y la elección relativas a la vocación y profesión que han de seguirse y que en modo alguno son ajenas a la búsqueda de la identidad personal.

El Constituyente fue consciente de las peculiaridades de esta fase evolutiva de la persona y de los procesos definitivos que para su futuro se deciden en ella y, consecuentemente, quiso rodearla de la protección necesaria exigiendo a la sociedad y al estado respeto y apoyo al adolescente. La Constitución reconoce el status del adolescente en los siguientes términos : "El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud" (CP art. 45). La norma constitucional se orienta a promover la socialización del adolescente que debe asimilar valores y desarrollar aptitudes, capacidades y motivaciones, a fin de poderse afirmar como persona humana independiente y cumplir los roles maduros que a esta competen.

10. En lo que respecta a la relación familia-hijos se advierte que su presencia en la

comunidad familiar es eminentemente temporal y, precisamente, el ocaso de la adolescencia normalmente representa su hito final. Pero hasta que llegue ese momento, lo padres que con iguales derechos y deberes, deben sostenerlos y educarlos (CP art 42), son los principales responsables de su formación integral y los orientadores de sus decisiones más trascendentales.

El respeto recíproco que debe observarse entre todos los miembros de la familia, unido a la igualdad de derechos y deberes de la pareja y a la garantía de la participación activa de los jóvenes (CP art 42 y 45), no permite mantener en el país el modelo familiar ” jerárquico ” o ” autoritario ” del pasado anclado en la añeja figura del pater familias.

La nueva concepción constitucional de la familia, inspirada en el respeto a la persona humana y sustentada en los cambios históricos y económicos que se han operado en la sociedad, realza la condición del menor – en este caso del adolescente – cuya personalidad debe desarrollarse en un marco de sana libertad y de participación en las decisiones que de manera directa y personal le incumben o lo afectan. Si a lo anterior agregamos la posición paritaria de la mujer, reivindicada con carácter definitivo en la constitución (CP arts 42 y 43), se infiere forzosamente que en el seno de la familia se ha alcanzado un nuevo equilibrio y una coexistencia que reposa en la igualdad, el respeto y la participación activa de sus miembros. Particularmente, desde la adolescencia el mandato constitucional de la participación activa (CP art 45) – del cual no se excluye a la familia como organismo privado natural – se ha de manifestar en la gradual y plena intervención del hijo en asuntos que de manera más próxima le conciernen como la educación, su desarrollo, su patrimonio y el acceso a experiencias que le favorecen, todo lo cual aumenta la confianza en el ámbito doméstico y fortalece positivamente la autonomía y responsabilidad del menor. En este orden de ideas, a la luz de la Constitución, deben tenerse por arbitrarias las actuaciones de los padres que irrazonable e inmotivadamente repriman o alteren la propia individualidad del adolescente.

La protección y formación integral del adolescente no equivale a una superprotección malsana sino a una permanente invitación al ejercicio responsable de espacios cada vez mayores de libertad de modo que adquiera valores, conocimientos, destrezas y actitudes que lo preparen cabalmente para el desempeño futuro de los roles adultos.

Los padres, principales agentes socializadores del menor, deben tener consciencia que su misión es temporal y que su éxito paradójicamente, en lo que respecta a esta etapa de la vida, consiste en la paulatina y feliz disolución de los vínculos de dependencia que los unen a su hijo, pues sólo así éste podrá adquirir pleno dominio de sí mismo y convertirse en otro eslabón libre y creativo de la reproducción biológica y cultural de la sociedad.

El nuevo marco constitucional impone a los padres el deber de orientar la socialización del menor de conformidad con la ideas esenciales que en ella se contienen. Sólo si la familia se convierte en la más poderosa correa de transmisión de los valores de la libertad, el respeto mutuo, la igualdad, la tolerancia, el pluralismo, la solidaridad y la democracia, adquiere su carácter de núcleo fundamental de la sociedad. La adscripción de ese papel no tiene en el diseño constitucional cometido distinto a que ella sea preceptora y matriz de la democracia y de los demás valores que se han enunciado. El "deber de educar a los hijos mientras sean menores e impedidos" (CP art. 42), no se agota en el acto de "pagar la pensión que exigen los Colegios" sino en la interiorización por los menores de aquellos valores y principios que informan la vida comunitaria y el discurrir civilizado de la sociedad.

El status que la Constitución confiere por igual al niño y al adolescente (CP arts. 44 y 45), que abarca por lo tanto el entero proceso de formación de la personalidad, obliga a inferir de las necesidades y exigencias naturales que se derivan de dichos estadios evolutivos pretensiones de protección específicas que se convierten en derechos de los menores y en cuya protección y garantía están comprometidos los padres, la sociedad y el estado. Se pondría en peligro el proceso de formación de la personalidad si los derechos que lo hacen posible y fecundo, debieran ceder ante intereses internos o externos a la familia. La fórmula del artículo 44 de la CP persigue justamente garantizar la intangibilidad del indicado proceso y hacerlo inmune a las intervenciones sociales o políticas que lo anulen o puedan malograrlo. Se establece en la norma que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". La unidad del proceso de formación de la personalidad y la imperiosa necesidad de proteger el interés preeminente del menor en cada estadio evolutivo, permite extender idéntica garantía al adolescente. La remisión a los tratados internacionales ratificados por Colombia (CP arts. 44 y 93), de otra parte, abonan el anterior aserto. En efecto, el artículo 1o de la Convención sobre los derechos del niño, predica del adolescente el mismo régimen de protección aplicable al niño, hasta el punto de comprenderlo en su definición : "Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable,

haya alcanzado antes la mayoría de edad". Si la Constitución ordena de manera radical la defensa del menor – niño o adolescente – no puede menos el intérprete que privilegiar ante todo su interés y hacerlo prevalecer sobre cualquiera otra consideración. En este sentido el Código del menor señala como principio rector el siguiente: "La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor (quien no haya cumplido los dieciocho años)" (arts. 22 y 28).

El status preeminente del menor – niño o adolescente – en el marco constitucional lo ubica como el presupuesto y fin esencial de la familia – a su turno núcleo esencial de la sociedad – y, consiguientemente, la función de los padres en el orden familiar se inspira y se establece en función suya. La Constitución hace de los padres albaceas de la vida y del devenir social. Por eso su misión es trascendental e insustituible – también como germen vivo del pluralismo y de la diversidad cultural (CP art. 1) – sin que pueda considerarse excluyente de la intervención que también se reserva el estado con el objeto de influir en el proceso formativo del menor, particularmente a través de la educación formal. En uno y otro caso, sin apelar ni invocar intereses superiores distintos a los del menor en sí mismo, la pareja y el estado concurren en el esfuerzo común de formar al menor para el ingreso a la vida comunitaria y poder desarrollar la plenitud de sus potencialidades como persona libre y autónoma. En consecuencia, la potestad parental y las funciones estatales referidas al menor, se atribuyen no como prerrogativas de orden subjetivo o de naturaleza política, sino como poderes-deberes que deben ejercerse en su interés exclusivo. Desde luego el interés general se encuentra comprometido en el correcto desarrollo del menor; sin embargo, el interés protegido inmediato es el que de manera individual y concreta se puede predicar del menor.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación constitucional de proteger y asistir al menor – niño y adolescente – para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos. En este contexto, especialmente tratándose del adolescente, el derecho del cual es titular al libre desarrollo de su personalidad (CP art. 16), apareja un cierto límite al poder educativo de los padres – que se comparte con el estado y otras instituciones sociales y que originado en la familia se proyecta más decisivamente en el campo moral, ético, religioso, ideológico y político – en cuanto deben consultar su capacidad, vocación, deseos e inclinaciones y, en general, promover la realización independiente de las opciones que tienen más relevancia con su desarrollo personal y que lo hacen protagonista de su propio destino, reservándose en

todo caso la vigilancia de su conducta de modo que puedan prevenir desviaciones o peligros que interfieran con su correcta formación integral como miembro maduro de una sociedad democrática.

De lo expuesto se concluye que la familia, si bien no es la única agente socializadora del adolescente y que la modalidad de este proceso en este estadio de la vida tiene un signo distinto que en la infancia, asumiendo aquélla un papel más de orientación y atenta vigilancia, pues debe dejarse un espacio cada vez mayor al adolescente para que autónomamente decida las opciones fundamentales de su vida, en todo caso sigue teniendo una importancia esencial en su asistencia y formación integral y de ahí que la constitución, reconociendo su carácter de núcleo fundamental de la sociedad, asigne a la pareja el poder-deber de sostenerlo y educarlo (CP art. 42). De otro lado, se infiere con claridad que el subsistema familiar se ordena funcionalmente a la protección y a la formación integral de los menores – niños y adolescentes – cuyo interés entendido como aquello que más conviene a su desarrollo físico, psíquico y social tiene carácter preeminente sobre cualquier otra consideración interna o externa a la familia.

Conflicto entre el interés del menor y la exigencia de la defensa de la patria.

10. Debe en primer término esta Sala puntualizar si la obligación de prestar el servicio militar a cargo del menor entraña una colisión entre dos intereses contrapuestos y, en el evento de que ella pueda darse, establecer los criterios para resolverla.

11. Puede sostenerse que la incorporación a filas, aparte de ser un deber al cual no puede en principio sustraerse la persona, representa para el joven una experiencia en verdad enriquecedora para su existencia. Los conocimientos y destrezas que se derivan de la enseñanza militar son necesarios para mantener un nivel de idoneidad en quienes eventualmente deben defender la independencia nacional, el territorio y las instituciones democráticas. Desde el punto de vista individual, las pautas de socialización que se originan de la participación en las fuerzas militares, como cuerpo social sustentado en la disciplina, jerarquía, obediencia, unidad de mando, lealtad y orden, las cuales se integran en la virtud militar y resultan indispensables para la acción y decisión en este campo, son importantes de ser conocidas y practicadas. No menos significativo es el hecho de la integración de las fuerzas militares con miembros procedentes de todas las clases sociales, lo que brinda una

oportunidad de integración alrededor de una causa común.

12. No obstante lo anterior, la prestación del servicio militar se orienta primariamente a satisfacer una exigencia de interés general asociada a la defensa de la patria y, desde esta perspectiva, puede o no coincidir con el interés y aspiración del menor y de sus padres. Cuando dicha coincidencia no se da surge el conflicto que, por la connotación de deber inherente a la prestación del servicio militar, no se presentaría si el mismo se aplica a un joven mayor de edad. Tratándose de conscriptos menores de edad, la decisión oficial de vincularlos al servicio puede suscitar un conflicto con el interés preeminente del menor, el derecho al libre desarrollo de su personalidad y la sujeción a sus padres la que sólo termina constitucional y legalmente con la llegada de la mayoría de edad.

13. En la adolescencia el estado y la sociedad, en sentido estricto, se convierten en instituciones al servicio del adolescente y procuran su protección y formación integral. El adolescente en sí mismo constituye el interés prioritario. La defensa de la patria, a pesar de lo loable que ella pueda parecer, no es un interés que pueda emular ni sobreponerse al propio del adolescente. Pretender lo contrario, es invertir el orden de protección señalado por el Constituyente. El objeto de la protección que discierne el estado y la sociedad está constituido por el niño y el adolescente (CP arts. 44 y 45). No son ellos precisamente los sujetos protectores de la sociedad y el Estado.

14. La incorporación a filas de un menor de edad interrumpe la interacción de éste con sus padres, la cual sirve de base al proceso de socialización en buena parte confiado a la familia y que, como ya se analizó, es esencial para el desarrollo de su personalidad. El interés del menor, salvo que éste y sus padres decidan lo contrario, no es compatible con la interrupción de la socialización familiar en esta fase crítica de la formación personal en su esfera espiritual y afectiva. Adicionalmente, se quebranta la unidad de la familia que es considerada núcleo fundamental de la sociedad y, durante el tiempo del servicio, se pone término al poder-deber de los padres de sostener y educar a los menores que la Constitución les asigna “mientras sean menores” (CP art. 42).

15. Es procedente aceptar como regla interpretativa, aplicable en este caso, que los poderes-deberes temporales – el poder-deber de los padres de educar y sostener a los hijos termina cuando éstos adquieren la mayoría de edad -, no deben ser recortados en el tiempo

anticipando el cumplimiento de deberes públicos que razonablemente y sin perjuicio para el interés público pueden descargarse después. La obligatoria incorporación a filas del menor de edad, en efecto, reduce en el tiempo la potestad parental y la posibilidad de ejercer orientación e influjo directo sobre él por parte de sus padres que, con posterioridad, ya no podrán recuperar las posibilidades de hacerlo y habrán perdido el poder-deber que les confiere el ordenamiento constitucional con ese objetivo. No se observa, tampoco, que el interés de los padres y del menor sacrificados se compensen con un beneficio público mayor o con la evitación de una enorme pérdida pública, si se tiene presente que el aplazamiento del servicio hasta que el joven seleccionado llegue a la mayoría de edad permitiría conciliar tanto el interés público como el de aquéllos. Si el deber puede sin perjudicar el servicio público prestarse con posterioridad no se ve la razonabilidad de sacrificar los intereses vitales del menor y de su familia, constitucionalmente protegidos, anticipando su prestación y vinculando al menor de edad.

16. Los intereses del menor no se definen unilateral y autoritariamente, por fuera de la comunidad familiar, por parte de las autoridades del servicio de reclutamiento y movilización militar. El mayor de edad seleccionado no puede oponer a la decisión de incorporación su propia decisión de no hacerlo fundada en el derecho al libre desarrollo de su personalidad que, por definición, está sujeto a las limitaciones impuestas por los derechos de los demás y el orden jurídico en el que se integran, entre otros deberes, el de prestar obligatoriamente el servicio militar. Sin embargo, si la decisión involucra a un menor, ella puede legítimamente enfrentar la oposición de sus padres que además de tener la potestad parental general gozan del poder-deber de educarlo ” hasta que llegue a su mayoría de edad ” (CP art. 42) y, también, la negativa del menor que puede estimar la anticipación de la prestación incompatible con el desarrollo de su personalidad (CP art. 16).

Ciertamente, el concepto de personalidad objeto de protección por el artículo 16 de la Constitución se ajusta al uso común del término y consiste básicamente en las cualidades distintivas del carácter y la proyección social de la identidad individual. De otra parte, el libre desarrollo de la personalidad comprende la determinación autónoma y consciente de las características personales mediante la toma de decisiones y la realización de actos en general.

La amplitud del derecho al libre desarrollo de la personalidad explica su carácter residual

frente a otros derechos fundamentales como la libertad de locomoción (CP art. 24), la libertad de escoger profesión u oficio (CP art. 26), las libertades de contraer matrimonio y de procreación (CP art. 42) o la libertad de iniciativa privada (CP art. 333). Esta distinción trae como consecuencia la necesidad de examinar otras libertades específicas antes de proceder a evaluar la posible vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Otro efecto derivado de su factura abierta es que el derecho consagrado en el artículo 16 de la Carta presenta límites constitucionales expresos como los derechos de los demás y el orden jurídico. La formulación abstracta de los linderos que delimitan el alcance del libre desarrollo de la personalidad hace que esta sea una norma constitucional que exige necesariamente de ponderación valorativa, debiendo el intérprete sopesar los valores jurídicos en juego para finalmente definir, mediante su adecuada delimitación, el alcance de los derechos e intereses en cada situación concreta.

(…)

En el caso sub-exámine, aunque el desarrollo de la personalidad del menor desde cierta perspectiva podría no verse interferida por su incorporación en el servicio militar y la asunción de los consecuentes retos y exigencias que lleva implícito, debe anotarse que la escogencia, a pesar de su edad, no sería libre. La libertad de decidir respecto de los factores que influyen en el desarrollo de la personalidad, particularmente en esta etapa vital tan significativa para la formación de la identidad, sería desconocida por la experiencia obligada de prestar el servicio militar antes de alcanzar la mayoría de edad. La conducción del proceso de interiorización de valores y pautas de conducta compete primordialmente al adolescente y a su familia y la intervención estatal en este campo se restringe a garantizar la protección del menor.

El tribunal de tutela contrae su juicio a afirmar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad está limitado por el orden jurídico, el cual incluye la obligación constitucional de prestar el servicio militar.

Esta argumentación formalista elude la ponderación de normas constitucionales en oposición – artículos 16, 44, 45, 95 y 216 de la Carta – y no satisface el requisito de una justificación razonable de las premisas normativas aplicables a un caso como el presente en el que se controvierte el alcance de los derechos fundamentales y los deberes constitucionales.

Tampoco sería aceptable, a título de simple ilustración, limitar el libre desarrollo de la personalidad mediante la mera invocación de un derecho ajeno o de cualquier disposición jurídica con prescindencia del valor relativo que los virtuales límites originados en ellos ostentarían frente al derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución. De lo contrario, cualquier derecho o norma independientemente de su valor intrínseco o rango jurídico y de su conformidad con la Constitución, podría tener la virtud de limitar el alcance de este derecho fundamental, y despojarlo de toda eficacia.

Una restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad sólo es constitucionalmente admisible si ella, además de ser adecuada y necesaria para alcanzar un fin legítimo, es proporcional. El principio de proporcionalidad en materia de delimitación de derechos fundamentales e intereses generales le imprime razonabilidad a la actuación pública, lo que, a su vez, garantiza un orden justo.

La vinculación de jóvenes bachilleres menores de edad al Ejército Nacional puede ser legítima y permite, entre otras razones, que estos colombianos cumplan con su servicio al país inmediatamente terminen el bachillerato sin verse compelidos posteriormente a interrumpir sus estudios superiores. Sin embargo, hacer exigible esta obligación antes de la mayoría de edad y en contra de la voluntad del menor y de sus padres, se revela como un medio desproporcionadamente lesivo de la formación integral del adolescente por existir otros medios alternativos igualmente eficaces pero menos restrictivos de los derechos fundamentales, como es el aplazamiento de la incorporación a las fuerzas militares hasta los dieciocho años. Lo anterior no significa que los bachilleres menores de edad, mediando el consentimiento de sus padres, no puedan cumplir anticipadamente con este deber cívico si así lo desean.

17. Finalmente, salvo que concurra el consentimiento de los padres y del menor, la incorporación a filas puede vulnerar el derecho a la igualdad (CP art. 13). Si la regla general para la prestación del servicio es la de sujetar al mismo a los mayores de edad, la excepción respecto de los bachilleres menores de edad – que aparentemente consulta su propia conveniencia en el evento de que prosigan estudios superiores y no se vean en la necesidad de interrumpirlos – no puede basarse en esa circunstancia si el menor no intenta continuar sus estudios o si prefiere llegado el caso interrumpirlos temporalmente para ingresar al servicio. En este último evento el juicio sobre la conveniencia es del resorte del menor y de

su familia y no obrando aquélla carece de razonabilidad la diferencia de trato que termina sacrificando sólo para unos la unidad familiar y la conclusión libre de su formación personal hasta llegar a la mayoría de edad."15

III. Vulneración del derecho a la igualdad

La igualdad ante la ley es un principio básico del estado constitucional democrático. Todo trato diferenciado proveniente de la norma misma o de su aplicación debe estar justificado plenamente so pena de convertirse en una discriminación. Cuando la ley establece diferencias entre las personas le corresponde al legislador la carga de la prueba del trato justo. En el caso que se analiza, ni el legislador aporta dicha prueba, ni tampoco lo hizo la Corte al examinar su constitucionalidad.

1. Una norma que establece un trato diferente entre dos personas obtiene aprobación constitucional siempre y cuando supere un test de igualdad que comprende la demostración de los siguientes puntos: 1) que se trata de casos iguales 2) que el trato diferenciado se encuentra justificado por una norma que establece un fin admisible constitucionalmente, 3) que el medio empleado sea conducente para lograr dicho fin y 4) que la relación entre medio y fin supere un juicio de razonabilidad.

La argumentación de la Corte hace total caso omiso de la necesidad de demostrar estos puntos. En su lugar, considera de manera simplista que la diferencia de trato responde a una diferencia fáctica evidente entre las categorías de bachiller y no bachiller, por un lado y las de campesino y no campesino, por el otro. La posición mayoritaria da por demostrado el hecho de que tales categorías representan características relevantes para justificar un trato diferente a la luz de un objetivo normativo, lo cual es justamente el punto de llegada – no de partida – de un análisis de igualdad.

La sentencia parte de la desigualdad de las personas en lugar de demostrar que dicha desigualdad es un elemento que justifica un trato diferente. La desigualdad fáctica y el trato desigual son factores esenciales al momento de aplicar el principio de igualdad. Sin embargo, esta posibilidad no justifica que la Corte pueda desatender la prueba de la relevancia constitucional de la diferencia fáctica aducida. No hay que olvidar que la regla general es la de la igualdad entre todas las personas. Toda circunstancia que pretenda ser considerada como relevante para un trato diferenciado debe ser demostrada. De no existir esta carga

probatoria, el concepto de relevancia quedaría eliminado y cualquier autoridad podría justificar la discriminación con base en una diferencia fáctica casi siempre disponible en la comparación entre personas.

2. La norma demandada se presenta como una discriminación positiva – affirmative action – en beneficio de los campesinos y de los bachilleres. A continuación se analiza la pertinencia de estas diferenciaciones; esto es, la posibilidad de que sean considerados como factores relevantes para justificar un trato diferenciado.

1) El bachiller

Según la norma demandada, el hecho de disponer de un diploma de bachiller es considerado como una razón para permanecer menos tiempo en el servicio militar. La explicación de esta medida no se encuentra en la mayor capacidad de los que han recibido educación formal para asimilar las enseñanzas militares. Así lo prueba el hecho de que el período de instrucción – tres meses – es igual para todos los soldados del ejército.

La norma – como lo insinúa la sentencia – fue establecida con el objeto de evitar que los bachilleres interrumpieran por demasiado tiempo el desarrollo de sus estudios y pudieran pasar pronto a la universidad. Se trata de un típico argumento utilitarista, inaceptable para una visión defensora de los derechos de la persona por encima de los intereses institucionales, tal como la contemplada en el texto constitucional. La norma fundamenta la disminución del período de servicio de los bachilleres en el beneficio social que se deriva de aceleración del proceso de profesionalización de los estudiantes.

Este tipo de razones fundadas en la utilidad social son la base de una sociedad de privilegios en la cual mientras mayor sea la incidencia o la importancia del desempeño de una persona, mayores serán su beneficios y más seguras sus prerrogativas. La ley no puede otorgar privilegios a una persona con el fin allanarle un camino considerado como promisorio. El principio de la igualdad de oportunidades entraña un compromiso de las instituciones por establecer condiciones similares en el desarrollo profesional y vital de cada persona. El legislador no puede proporcionar estímulos que sólo alcanzan a los jóvenes llamados a obtener un cartón universitario.

2) Origen campesino

En el caso del origen campesino la razón de la distinción radica también en una discriminación positiva. En efecto, con ella se busca evitar el desarraigo campesino y la emigración hacia los centros urbanos.

El beneficio otorgado a los campesinos se explica por la necesidad de proteger unas condiciones socio-económicas que se agravarían en el evento de la migración a las ciudades. Sin embargo, las razones de tipo social que justifican una protección especial de los campesinos se pueden predicar con igual énfasis del grupo de población al cual suelen pertenecer los soldados regulares, esto es, a la población urbana pobre o indigente. Un análisis del fin normativo que justifique la diferencia de trato tendría que demostrar que la Constitución establece una protección preferencial del campesino en relación con el ciudadano pobre. Sin embargo esto no es posible. Ambas situaciones tienen en común un cierto grado de marginalidad económica, social, política, cultural, etc., que la Constitución se empeña en resolver sin distinciones relativas al origen social. El Estado no puede beneficiar a un grupo social, cuando con ello deja en situación menos favorable a otro grupo que podría ser igualmente merecedor del beneficio.

El Estado puede otorgar facilidades a personas o grupos de población con el objeto de ayudar a conseguir objetivos que de otra manera no se lograrían, dada la situación de subordinación o inferioridad en la que se encuentran. Este es además una de las bases de la justicia tributaria. Sin embargo, el caso que se estudia es bien diferente, pues de lo que se trata aquí es de una repartición de beneficios que deja por fuera a un grupo de población que tiene tantas razones como los demás para ser acreedor de ellos.

Una cosa es conceder un beneficio a un grupo minoritario que puede ser objeto de una excepción a la regla general y otra muy diferente consiste en dividir a la población en diferentes categorías para luego hacer acreedor a unos de los beneficios mientras que a otros no. En este último caso la relación entre regla y excepción se desvanece y el principio de igualdad se impone a todos.

La norma divide toda la población sujeta a la obligación de prestar el servicio militar con base en dos variables: estudio y origen social rural o urbano. De la combinación de estos elementos surgen cuatro grupos: Urbano bachiller (UB) campesino bachiller (RB) Campesino no bachiller (CNB) y urbano no bachiller (UNB). La norma demandada otorga beneficios a tres

de los grupos: UB, CB, CNB. Esta repartición viola, en un primer término, el principio de igualdad, al tratar de manera preferente e injustificada al bachiller en relación con el campesino. Pero eso no es todo, luego de esta clasificación, la regla general queda con una aplicación tan específica como las excepciones que dieron lugar al trato diferenciado y al no ser objeto de ningún beneficio, su posición resulta tratada de manera discriminatoria.

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

1 Citada por SUAREZ PERTIERRO, Gustavo: La objeción de conciencia al servicio militar en España, en "Anuario de Derechos Humanos", Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1990. Pág. 251.

2 Ver por ejemplo Pierangelo Catalano. Diritti di Liberta e Potere Negativo.. Padova: Cedam, 1969.

3 Pierangelo Catalano. Op- Cit. p 47.

4 Cf Gregorio Peces-Barba Martínez. Derecho y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. pp 376 y ss.

5Cf Ronald Dworkin. "Los derecho en serio" en Los Derechos en Serio. pp 280 y 281.

6Corte Constitucional. Sentencia C-395/94. MP Carlos Gaviria Díaz.

7Manuel José Cepeda. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Temis, 1992, p 168.

8Ver Sentencia T-547/93. MP Alejandro Martínez Caballero.

9Ver Sentencia T-547/93. MP Alejandro Martínez Caballero.

10Asbjorn Eide, Chama Mubanga-Chipoya. La Objeción de Conciencia al Servicio Militar. Informe preparado para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías., p 3.

11Citado por Rafael De Asis Roig. Deberes y oblifgaciones en la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p 399.

12Cf Santiago Varela. “La idea del deber constitucional” en Revista Española de Derecho Constitucional, No 4, 1982, pp 81 y ss, citado por MarioMadrid Malo. Estudio sobre el derecho a la objeción de conciencia. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1994, p 108.

14Tomado de Ministerio de Justicia. Ordenamiento Jurídico de la objeción de Conciencia. Madrid: Centro de Publicaciones, 1989, p 255.

15Salvamento de voto de los Magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DIAZ, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO y FABIO MORON DIAZ a la Sentencia S.U. 277 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.