SU277-93

Sentencia No. SU-277/93

DERECHOS FUNDAMENTALES-Regulación

Si bien los derechos, y particularmente los considerados como fundamentales, no se pueden desconocer en su esencia bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado.

SERVICIO MILITAR-Obligación/SERVICIO MILITAR-Exenciones

La Constitución Política defiere a la ley el establecimiento y la regulación de las situaciones conforme a las cuales un colombiano puede ser excluido de la obligación del servicio militar, lo cual ocurre cuando se encuentra particularmente cobijado por los supuestos de hecho que consagra la norma. Si bien la Constitución establece la obligación, es la ley la que establece la dimensión del servicio militar y sus situaciones de exención. 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. No resulta 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.

DERECHO A LA EDUCACION-Límites/SERVICIO MILITAR-Incorporación

El derecho a la educación del hijo de la solicitante 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.

REF:

EXPEDIENTE No. T-8793

PETICIONARIO :

YOLANDA CASTILLO DE SERRATO

TEMA:

EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA EDUCACIÓN Y A LA FORMACIÓN INTEGRAL DEL ADOLESCENTE.

PROCEDENCIA :

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE:

Aprobada según consta en Acta No. 47 correspondiente a la sesión celebrada en Santafé de Bogotá, a los veintidos (22) días del mes de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

I. CUESTION PRELIMINAR.

Presentado en oportunidad el estudio respectivo, elaborado por el Magistrado Ponente, ante la Sala Segunda de Revisión de Tutela se decidió por mayoría no aprobar la ponencia, que en materia del servicio militar obligatorio, acogía la jurisprudencia de la Sala Tercera de Revisión de Tutela, y en tal virtud el negocio pasó al Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, quien elaboró la ponencia respectiva.

Por considerar que la nueva propuesta de decisión significaba un cambio de jurisprudencia de la Corte, el Magistrado Antonio Barrera Carbonell planteó la necesidad de que el asunto fuera decidido por la Sala Plena, de conformidad con lo dispuesto por el art. 34 del decreto 2591 de 1991

Debatido el asunto en la Sala Plena de la Corporación, se decidió, por mayoría, que existía cambio de jurisprudencia en el proyecto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz; en tal

virtud, se sometió a consideración de dicha Sala el cambio de jurisprudencia, en los términos de la ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes, con el resultado de que no fue aprobado; fue así como la Sala acogió por mayoría la ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, que inicialmente había presentado ante la Sala Segunda de Revisión, la cual constituye el fundamento de la presente decisión.

II. ANTECEDENTES.

1. LA ACCION.

El 27 de Noviembre de 1992, en ejercicio del derecho que consagra el artículo 86 de la Constitución Política, la señora YOLANDA CASTILLO DE SERRATO, interpuso acción de tutela contra la Sexta Brigada de Ibagué con el fin de lograr la desvinculación de su hijo de la prestación del servicio militar.

2. LOS HECHOS.

- Según la petente, su hijo GIOVANNI SERRATO CASTILLO, menor de edad, cursa a la fecha de la demanda, " el onceavo grado de bachillerato en el Colegio Confenalco y ha sido seleccionado para prestar el servicio militar obligatorio en la Sexta Brigada de Ibagué, citado a concentración el día 29 de Enero de 1993 ".

- Afirma la interesada, además, que " solicité por escrito al mayor de la Sexta Brigada, la exoneración de mi hijo y de la misma manera se me negó la solicitud ".

- De igual forma se señala que el menor fue admitido por la Universidad Nacional para cursar a partir de 1993, "...los estudios correspondientes a Ingeniería de Sistemas ".

3. LAS PRUEBAS

Se acompañan a la petición de tutela una serie de fotocopias autenticadas referidas a la situación personal del hijo de la accionante, como la tarjeta de identidad, el registro civil de nacimiento, constancia de estudio, carta de admisión de la Universidad Nacional, carnet de inscripción de la Universidad Nacional, citación de la sexta brigada, solicitud de exoneración dirigida a la sexta brigada, partida de matrimonio de los padres y declaraciones extraproceso de Raquel Aguilar y Soraida Amado, quienes manifestaron conocer el matrimonio Serrato

Castillo, sus tres hijos y la relación de dependencia de estos con los padres.

4. LAS PRETENSIONES.

Se busca por la accionante, por lo que se deduce del escrito de petición de tutela, la desvinculación de su hijo de la obligación de prestar el servicio militar obligatorio, disponiéndose como resultado de la acción, que se imparta a la Sexta Brigada de Ibagué la orden correspondiente.

5. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Se aduce como respaldo jurídico de las pretensiones, la eventual violación de los derechos fundamentales del menor, consagrados en los artículos 16, 44, 45 y 67, en cuanto que con la conscripción militar "...no podrá contar con la protección y formación integral que el hogar aporta", se desconocerá el derecho a su educación y "...el derecho que tiene todo menor a la protección en el seno de una familia y que en caso de ser separado de la familia por requerimiento de la ley, tiene que ser con la exclusiva finalidad de protegerlo". Se insiste, con apoyo en el artículo 44 de la Carta. "...que los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás".

6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal Administrativo del Tolima, en fallo del once de diciembre de 1992, resolvió " no conceder la tutela solicitada", apoyándose en los siguientes argumentos:

"Si bien está acreditado que Giovanni serrato Castillo ha sido admitido para ingresar a la Universidad Nacional de Colombia y que tiene dieciseis años de edad esto no constituye una excepción para la obligación de prestar el servicio militar impuesta por el artículo 216 de la Carta, de un lado, porque allí no se esta haciendo menciones de circunstancias que eximan de esa obligación y de otro porque ello se ha deferido a la ley y esta, la 1a. de 1945 en su artículo 21 menciona quienes estan exentos del servicio personal bajo banderas en tiempo de paz no estando en ellos los que se encuentran en las condiciones que expone la señora Yolanda Castillo de Serrato para su hijo".

” No puede ser de recibo -agrega la sentencia- que por cumplir con el servicio militar se estén amenazando los derechos fundamentales del menor en cuanto tiene que ver con la protección y la formación integral ni con la educación porque la incorporación a las fuerzas militares no es precisamente para desprotegerlo o impedirle el ejercicio al derecho de educarse no perdiéndose este último por no poder ingresar a la universidad que lo admitió cuando de por medio está el interés general al cual debe ceder cualquier derecho particular por fundamental que éste sea o parezca serlo. De no ser así cualquier argumento sería valedero para negarse a cumplir esa obligación quedando entonces sin efecto el canon constitucional que la impone”.

El fallo termina el análisis señalando que, ” en cuanto al artículo 44 de la Constitución Nacional no es aplicable al caso planteado por haber superado la edad para el calificativo de niño y el artículo 16 tampoco puede ser desconocido porque, de una parte no es impedirle el libre desarrollo de su personalidad el que haya sido escogido para hacer parte de las fuerzas militares y de otro allí mismo se consagra que existen las limitaciones impuestas por los derechos de los demás y el orden jurídico y éste último establece lo obligación a todos los colombianos a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. COMPETENCIA.

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir el presente negocio en atención a lo dispuesto por los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto-ley 2591 de 1991.

2. CUESTION PRELIMINAR

La señora Yolanda Castillo de Serrato, en ejercicio de la acción de tutela solicitó a la justicia la protección del derecho de su hijo a la educación, que, a su modo de ver, resultó amenazado por la Sexta Brigada del Ejército con sede en Ibagué, al seleccionarlo para prestar el servicio militar, y con lo cual se truncan sus aspiraciones a acceder a la educación superior.

Los hechos en los que apoya su pretensión están debidamente establecidos, de manera que el paso inmediato es analizar si la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, que negó la tutela, fue válidamente adoptada, conforme a las normas constitucionales y legales aplicables a la situación planteada.

3. EL DERECHO A LA EDUCACION Y SUS POTENCIALES BENEFICIARIOS.

No cabe duda de que el derecho a la educación es un derecho fundamental; por consiguiente, su respeto y protección puede ampararse mediante el ejercicio de la acción de tutela, consagrada justamente para defender esta categoría de derechos.

La Constitución Política, por razón de la persona titular del derecho a la educación, ha establecido dos beneficiarios bien definidos: el primero de ellos es el niño, a quien la Carta rodea de una especialísima protección por el mismo hecho de su situación individual que lo caracteriza como una persona particularmente vulnerable e indefensa, merecedora por ello de un apoyo integral y prácticamente ilimitado, y del cual es responsable, no sólo su familia, que por supuesto es la primeramente obligada, sino también la sociedad y el Estado (art. 44), y el otro, o mejor los otros, todas las demás personas (art. 67).

Esta Corte ya tuvo oportunidad de referirse al tema objeto de análisis en sentencia T-402 del 3 de Junio de 1992, de la cual se extractan, en lo pertinente, los siguientes apartes:

" 2. Ante todo es necesario determinar si el derecho a la educación es un derecho fundamental y, como tal, goza del mecanismo de protección inmediata que representa la acción de tutela (CP. art. 86)"

" Algunos derechos por ser inherentes a la persona humana son fundamentales (V. gr. derecho a la vida, libertad de locomoción, etc.). Otros, no son fundamentales para algunas personas, pero si para otras que se encuentran en circunstancias específicas u ostentan determinada condición: es el caso del derecho a la salud que, no siendo inherente a la persona, tampoco es derecho fundamental ni tiene aplicación inmediata, pero que tratándose de los niños, sí adquiere carácter fundamental (C.P. arts. 44 y 50)."

" Lo anterior unido a la decisión del constituyente de consagrar el principio de prevalencia de

los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (C:P: art. 44, inc. 2), justifica el reconocimiento en su favor de derechos fundamentales distintos y adicionales a los consagrados para las personas en general.”

“La consagración expresa en el artículo 44 de la Constitución, de la educación como un derecho fundamental de los niños, no deja duda alguna sobre su naturaleza ni sobre la posibilidad de exigir su respeto y protección mediante el ejercicio de la acción de tutela ” .

La diferenciación que se acaba de precisar, tiene que ver con la legitimación del interesado cuando acude a la tutela, porque la protección del derecho fundamental de la educación, vulnerado o amenazado por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, tiene su apoyo normativo diferente en la Carta, según se trate, en cada caso particular, de un niño (art. 44) o de otra persona (art. 67).

4. CARACTERIZACION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACION.

A pesar de que la Constitución Política no lo incorpora dentro del capítulo 1o. de su Título segundo, la educación se ha reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental,¹ en razón de que constituye un valor esencial de la persona humana; así lo caracteriza nuestra constitución política en relación con la persona del niño (art. 44), como también lo hace en relación con las demás personas, en cuanto su ejercicio asegura el conocimiento, que al decir del preámbulo de la Carta, constituye uno de los altos intereses reconocidos por el constituyente a los colombianos, el cual se logra, como es obvio, mediante la educación, es decir, con el derecho de la persona a buscar “...el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura”, según se consigna en el artículo 67 de la misma Carta.

La educación realiza, por otra parte, el derecho a la igualdad, que de manera general también se enuncia en el preámbulo de la Constitución y luego se desarrolla en su artículo 13, con todas sus posibilidades y matices; sólo en la medida en que se coloque a cada hombre ante las mismas oportunidades de educarse, se le otorga la posibilidad de ser igual a los demás y de asegurarse las mismas oportunidades ante la vida.

Contribuye la educación, por supuesto, al fortalecimiento de otro derecho fundamental del hombre, como es el del desarrollo de la personalidad, hasta el punto que la bondad y

perfección de aquella supone lograr un hombre solidario, honesto, un ciudadano productivo y socialmente útil. Desde este punto de vista se puede afirmar que el derecho a la educación es un derecho medio en tanto que contribuye a lograr un colombiano formado "...en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia", como lo quiere el referido artículo 67 de la Constitución Política.

5. LA EDUCACION EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES.

El derecho a la educación reviste una importancia capital en el desarrollo de la personalidad humana y, por supuesto, de los pueblos; su vigencia y protección han merecido un reconocimiento en nuestra Carta Política y la consagración internacional, en diferentes Acuerdos Internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos,² (artículo 26), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XII),³ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 13),⁴ ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968.

Como se sabe, por virtud del artículo 93 de la Carta, los Tratados y Convenios internacionales aprobados por el Congreso, en donde se reconozcan derechos humanos, tienen plena eficacia en el marco del orden jurídico interno del país y constituyen, además, un instrumento de interpretación de esos mismos derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En la Constitución de 1886, no se hizo expresa referencia a los deberes de la persona humana con la comunidad y con el Estado, a lo cual se llegó por la vía de la interpretación del juez constitucional, circunstancia que contrasta con la tendencia de las Cartas Políticas modernas que se inclinan por reconocer como incompleto un panorama constitucional donde únicamente se consagren las garantías y derechos, pero se omita la regulación de los deberes del hombre.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, luego de la relación pormenorizada de los derechos, se incorporan, en una afortunada síntesis, (numerales 1 y 2, artículo 29), los deberes de toda persona, cuyo tenor es como sigue:

" Artículo 29.

” 1. Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

” 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. ” 5

De igual manera, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá en 1948, incorpora, entre los artículos 29 a 38, los deberes de toda persona como miembro de una comunidad nacional, inmediatamente después de consagrar sus derechos.

6

En virtud de que su registro constituye una ayuda particularmente esclarecedora del tema que ocupa este acápite de la presente providencia, se transcriben algunos de los deberes establecidos en la Declaración mencionada:

“ARTICULO XXX

Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.”

“ARTICULO XXXI

Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria.”

“ARTICULO XXXIII

Toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre.”

“ARTICULO XXXIV

Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de

que sea capaz”.

7. LOS DEBERES EN LA CONSTITUCION POLITICA.

Como contraprestación correlativa a los derechos y garantías que consagra la Carta en favor de la persona humana, fundamento y fin del ordenamiento jurídico constitucional, se estableció por el Constituyente de 1991 un conjunto de deberes, que en no pocas ocasiones limitan el ejercicio de tales prerrogativas, y en otras oportunidades autorizan, al menos, su reglamentación como mecanismo necesario para su adecuado ejercicio. Y todo ello se apoya en el principio político y filosófico incorporado en el artículo 95 de la Carta, según el cual, “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en esta Constitución implica responsabilidades”.

El catálogo de deberes, que se consignan por la norma en cita, imponen al hombre obligaciones que condicionan y justifican, por su misma naturaleza, la vigencia y alcance de los altos fines del Estado.

En este sentido el aludido precepto señala como deberes de la persona y el ciudadano someterse, cuando actúa, al cumplimiento de principios éticos que suponen el respeto al derecho ajeno y a no abusar de sus propios derechos; adoptar como guía de su conducta las directrices que impone la solidaridad social, respondiendo con sentido humanitario a todas las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; defender los derechos humanos, justamente por su jerarquía especial (C.P., art. 5o.) y porque constituyen fundamento de la convivencia pacífica; participar en las actividades de interés social cuyo ejercicio tiene que ver con la vida política, cívica y comunitaria del país; en fin, colaborar con el mantenimiento de la paz, el funcionamiento de la justicia, la protección de los recursos culturales y naturales y contribuir al financiamiento de las necesidades del Estado mediante el pago de los impuestos, tasas y contribuciones, dentro de criterios de justicia y equidad.

Pero, además, no podía faltar el deber elemental de apoyar y respetar las autoridades legítimamente constituidas, las cuales, según las voces del artículo 2o de la Carta, se han instituido para “...proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los

particulares”.

El análisis sistemático de las normas referenciadas permite concluir, que si bien los derechos, y particularmente los considerados como fundamentales, no se pueden desconocer en su esencia bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado.

Justamente dentro de esta óptica es que el artículo 216 de la Constitución Política establece el siguiente deber:

” Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

“La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

Podría afirmarse, dentro de una lógica simplista, que el fundamento de la obligación referida se encuentra exclusivamente en la norma que la consagra. Señalarlo así resulta en principio una respuesta aceptable, pero insuficiente, porque no ausculta el trasfondo político-jurídico en que se apoya la carga impuesta por la norma.

Sería ingenuo admitir, que el Estado puede responder por su obligación de “..defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica ” (C.P., art. 2o.), si no dispone de los medios coercitivos, que dentro de “la vigencia de un orden justo”, requiere para asegurar esos fines. Por eso la misma Carta apela, entre otros mecanismos, al expediente de autorizar la conformación de un ejército dentro de la organización de su fuerza pública, que se encargue de “...la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (art. 217 C.P.).

Ciertamente, es a partir de la admisión de estos dos supuestos, esto es, del deber y del medio para lograrlo, como se justifica la obligación de “todos los colombianos” de prestar el servicio militar, salvo las excepciones legales. Esta es, como resulta fácil deducirlo, una

obligación correlativa que surge precisamente del derecho de los colombianos, a que el Estado asuma, como unos de los cometidos esenciales que le encomienda la Carta, la obligación de "...defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica..." (art. 2o. C.P.)

8. EXENCIONES LEGALES.

" 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 (art. 13 de la constitución)". 7

La Constitución Política defiere a la ley el establecimiento y la regulación de las situaciones conforme a las cuales un colombiano puede ser excluido de la obligación del servicio militar, lo cual ocurre cuando se encuentra particularmente cobijado por los supuestos de hecho que consagra la norma.

Si bien la Constitución establece la obligación, es la ley la que establece la dimensión del servicio militar y sus situaciones de exención, de manera que resulta necesario acudir a las disposiciones de esta última para resolver cada caso en particular.

Como corolario general de lo expuesto se puede deducir, que el derecho fundamental de la educación no se vulnera por razón del servicio militar, salvo cuando se ignoran las situaciones legales que lo excusan.

9. REGULACION DEL SERVICIO MILITAR.

El 3 de Marzo del presente año, se expidió por el Congreso de la República la ley 48, "por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización", estatuto que recoge y actualiza toda la normativa sobre la prestación del servicio militar obligatorio.

Hay que tener en cuenta que los hechos a que se refiere el presente negocio, ocurrieron antes de la promulgación del referido estatuto legal, de manera que resulta imperioso, por razón del principio de aplicación de la ley en el tiempo, examinar las disposiciones que regían cuando la petente reclamó la tutela de los derechos fundamentales de su hijo, violados, a su juicio, por el ejército.

Para el 27 de Noviembre de 1992, cuando se interpuso la tutela, el régimen del servicio militar obligatorio se regulaba básicamente por la ley 1a. de 1945 y los decretos 2200 de 1946, 2465 Bis de 1952 y 1393 de 1956, cuyas normas definían la situación militar de los colombianos, es decir, lo relacionado con su inscripción, el cumplimiento del servicio, las inhabilidades, exenciones del deber de prestarlo, la condición de reservista, etc.

La oportunidad para acudir a la prestación del servicio se regulaba en forma diferente para quienes no adelantaban estudios y para quienes terminaban sus estudios de bachillerato.

En el primer caso se disponía que, " todo varón colombiano está obligado, dentro del año que cumpla los 17 años de edad, a inscribirse para el servicio militar obligatorio, requisito sin el cual no puede formular solicitudes de exención o aplazamiento" (decreto 1393 de 1956, art. 40); en el segundo evento la norma ordenaba que "los colombianos varones que optaren el título de bachiller en cualquier instituto de segunda enseñanza del país, sea cual fuere su edad, tienen la obligación de inscribirse ante las autoridades del servicio de reclutamiento y movilización" (D. 2465 Bis de 1952, art. 1o.).

El bachiller, dada su especial condición, estaba obligado a prestar el servicio militar, cualquiera que fuese su edad, y solo podía ser dispensado del cumplimiento de esta obligación, cuando se encontraba dentro de una de las situaciones constitutivas de exención.

Las exenciones al servicio militar fueron consagradas por la ley 1a. de 1945, cuyo artículo 21 es del siguiente tenor:

"Están exentos del servicio personal bajo banderas en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar la cuota de compensación militar:

"a. Los que hubieren sido condenados a penas que tengan como accesoria la pérdida de los derechos políticos mientras no tengan su rehabilitación;"

"b. El hijo de viuda, que observe buena conducta y que atienda a sus necesidades, si ésta carece de medios de subsistencia;"

“c. El huérfano de padre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento;”

“d. El hijo de padres incapacitados para trabajar o que pasen de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, y siempre que dicho hijo vele por ellos;”

“e. El hermano o hijo de quien haya muerto prestando su servicio en las filas, si su trabajo es indispensable para la subsistencia de la familia;”

“f. Los casados que hagan vida conyugal;”

“g. Los viudos que sostengan hijos habidos en el matrimonio”.

“h. El hijo único huérfano de padre con hermanas solteras que observen buena conducta o hermanos menores a quienes sostenga, por no tener ellas o ellos peculio propio;”

“i. Los inhábiles relativos permanentes”.

Como ya se advirtió, las referidas normas fueron sustituidas por la ley 48 de 1993, que reguló en términos similares la obligación y sus causales de exención.

Dicen, en lo pertinente, las normas en cuestión:

“ARTICULO 10. OBLIGACION DE DEFINIR LA SITUACION 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”.

“ARTICULO 14. 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 compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la

presente ley.”

“PARAGRAFO 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”.

10. EL CASO MATERIA DE REVISION

Con fundamento en el análisis precedente, se debe proceder a examinar la sentencia objeto de revisión para establecer si su contenido se ajustó a la normatividad jurídica implicada, o por el contrario desconoció el ámbito jurídico que la Carta y la propia ley señalan y que el Tribunal debió observar cuando decidió la tutela en el caso sub-lite.

Es pertinente aclarar que no es aplicable el artículo 44 de la Carta al caso que ocupa a la Corte, no obstante que la peticionaria de la tutela lo aduce como norma violada, porque, la disposición consagra los derechos fundamentales del niño, y el hijo de la petente, por su edad, tiene la condición de adolescente (C.P. art. 45).

Para dilucidar el punto deben tenerse en cuenta las definiciones, según las cuales, niño o infante es todo el que no ha cumplido siete (7) años de edad, impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adolescente el que dejó la pubertad pero no es mayor de edad, y simplemente mayor, el que ha cumplido diez y ocho años de edad (C.P., art. 44 y 98, Parágrafo, C.C., art. 34) .

Hecha esta aclaración, resulta necesario establecer si el hecho de la conscripción atenta contra el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la formación integral del adolescente y, en general, contra el derecho fundamental a la educación que la Carta consagra en favor de toda persona, como lo reclama la petente.

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.

En razón de lo anterior considera la Corte que acertada la decisión del Tribunal al negar la tutela impetrada y, por lo tanto, será confirmada.

IV. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, Sala Plena, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E

PRIMERO. Confirmar la sentencia de fecha once (11) de Diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de la referencia

SEGUNDO. Líbrese por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo treinta y seis (36) del Decreto-ley 2591 de 1991, para los efectos allí consagrados.

COPIESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE E INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

HERNANDO HERRERA VERGARA

presidente

JORGE ARANGO MEJIA

ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Magistrado.

CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Magistrado.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General.

DERECHO A LA EDUCACION/SERVICIO MILITAR (Salvamento de voto)

En el marco constitucional no se percibe, en principio, incompatibilidad entre el derecho a la educación y el deber cívico del servicio militar. En tiempo de guerra exterior, la necesidad que adquiere mayor imperatividad es la defensa del territorio y de la independencia nacional, y no cabe duda que sobre el quehacer intelectual deberá primar el llamamiento a filas. Así como la educación es obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, la instrucción militar en un momento dado adquiere ese mismo carácter y por tenerlo indefectiblemente desplaza otras opciones vitales.

SERVICIO MILITAR-Minoría de edad/DERECHO A LA FAMILIA-Vulneración/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Vulneración/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (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 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. 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.

REF: Expediente T-8793

Actor: YOLANDA CASTILLO DE SERRATO

Magistrado Ponente:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Los suscritos magistrados, con el debido respeto, transcribimos a continuación lo que fuera la ponencia mayoritaria en Sala de Revisión, y que constituye el fundamento de la decisión minoritaria en Sala Plena. Debemos, además, dejar consignado nuestro desacuerdo respecto al supuesto cambio jurisprudencial que se habría producido con la decisión de Sala de

Revisión en relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de exenciones legales al servicio militar. Aun cuando la pretensión de la petente apuntaba a lograr la exención de su hijo conscripto sin justificación constitucional ni legal, ello no era óbice para que la Corte, en su función de supremo guardián de la Constitución, dejara de proteger los derechos fundamentales del menor de edad y de sus padres, vulnerados por su incorporación prematura a las filas del ejército, ordenando el aplazamiento de la prestación del servicio militar, según la voluntad del menor GIOVANNI SERRATO CASTILLO, hasta tanto no adquiriera la mayoría de edad.

La exigencia de la incorporación a filas y razones que oponen el conscripto y su madre

1. La sexta brigada de Ibagué, luego de citar el día 29 de Enero de 1993 a una concentración a un conjunto de jóvenes bachilleres, seleccionó a Giovanni Castillo Serrato para prestar el servicio militar obligatorio. Pese a que el mencionado bachiller tenía a la sazón quince años de edad, el Comandante de la sexta zona de la Dirección de reclutamiento, le comunicó la decisión oficial de selección e ingreso al servicio militar obligatorio. Lo anterior en razón a que de acuerdo con la norma legal vigente para la época de los hechos - D 2465-bis de 1952, arts 1 y 2 -, reiterada en lo esencial en la Ley 48 de 1993 (art 10), los bachilleres, independientemente de que hayan cumplido la mayoría de edad, "que previo examen de aptitud física resultaren aptos, se someterán a sorteo y los favorecidos prestarán su servicio militar obligatorio, durante un año, en las Escuelas de preparación de oficiales".

El menor, representado por su madre, y naturalmente ella misma, solicitan la protección de los derechos fundamentales que consideran violados y amenazados : derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16); derecho a tener una familia y no ser separado de ella (CP art. 44); primacía de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (CP art. 44); derecho a la educación (CP art 67).

La Corte debe definir el origen y naturaleza del deber de prestar servicio militar y precisar si el ejercicio de los derechos invocados por el conscripto y su madre están llamados a prevalecer sobre el primero.

El servicio militar obligatorio

2. Los deberes públicos se refieren a situaciones de sujeción impuestas por el ordenamiento

a las personas con el objeto de tutelar bienes colectivos. Se designan como poderes-deberes cuando la configuración positiva del deber se expresa en una limitación de un derecho a fin de que éste cumpla el fin público que inspiró su concesión o reconocimiento; se les llama, en otros casos, deberes cívicos si se establecen como el sustrato necesario de un correlativo derecho de prestación en favor del Estado. En este último evento, el objeto de las prestaciones exigidas puede ser personal o patrimonial.

Las restricciones que conlleva la imposición de las prestaciones forzosas inciden en un grado superlativo en la esfera de la libertad y del patrimonio de los miembros de la comunidad. De ahí que la Constitución reserve a la ley la determinación de la prestación que requiera el Estado, los sujetos que deben asumirla y el alcance de la misma. Las excepciones y dispensas a la cobertura de los deberes constitucionales sólo pueden provenir de la misma Constitución y de la ley respectiva.

3. En su artículo 95 la Constitución consagra los más importantes deberes de la persona y del ciudadano. La carta exhibe una naturaleza bipolar. Reconoce y garantiza vigorosamente los derechos individuales, colectivos y sociales y, al mismo tiempo, sienta las bases sustanciales de la convivencia estableciendo para ello deberes mínimos e inderogables de solidaridad política, económica y social. Inclusive, idéntica condición preside el ejercicio de los derechos, pues su titular debe evitar que el goce de su situación activa no cercene el derecho ajeno y no implique abuso del propio.

4. Uno de los más sagrados deberes de la persona y del ciudadano es el de “respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales” (CP art. 95-3). La trascendencia de este deber llevó al Constituyente a reiterarlo en el artículo 216: “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. El servicio militar obligatorio tiene una relación directa con el cumplimiento del deber de “defensa de la patria” y a él alude expresamente la Constitución al confiar a la ley la determinación de las “ condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

5. La ley 48 de 1993 regula el servicio de reclutamiento y movilización. Entre otros aspectos se contemplan en dicha ley los siguientes :

- Edades máximas y mínimas para los efectos del servicio militar obligatorio. La situación militar se define a partir de la fecha en que el varón colombiano cumple su mayoría de edad - 18 años -, con excepción de los estudiantes de bachillerato quienes lo hacen cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar actual o potencial se extiende hasta los cincuenta años de edad.
- Deber militar de la mujer colombiana. Para la mujer la prestación del servicio militar es voluntaria, pero puede convertirse en obligatoria si las circunstancias del país, a juicio del Gobierno, lo exigen, en cuyo caso el contenido del mismo reviste ciertas peculiaridades y privilegia la satisfacción de necesidades sociales, culturales, administrativas, logísticas y ecológicas.
- Duración. El servicio militar obligatorio tiene una duración de doce meses.
- Lugar. El servicio militar se presta en los lugares que señale la administración de reclutamiento y movilización. Sin embargo, los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen.
- Exenciones. la ley, de manera taxativa, designa las personas que en tiempo de paz o en todo tiempo están exoneradas de prestar el servicio militar. Igualmente, se consagran en la ley las causales de aplazamiento para la prestación del servicio militar.

Dado que el examen de la citada ley y de las anteriores, no contiene una expresa exoneración o dispensa en favor de los bachilleres varones respecto del servicio militar obligatorio, el análisis ha de enderezarse hacia la misma Constitución. La ley que regula el servicio militar, de otra parte, debe siempre interpretarse de conformidad con la Constitución y no puede incluir excepciones que ésta no permita ni incorporar dentro de las reglas generales hipótesis que repudie. Si a lo anterior se agrega que el fundamento aducido por la petente tiene su centro de gravedad en la Constitución, se concluye la necesidad de situar la controversia en ese terreno.

5. Se advierte en el memorial de tutela que el derecho fundamental a la educación del cual es titular el bachiller seleccionado " va a ser quebrantado, al no poder matricularse para el año de 1993 en la Universidad Nacional de Colombia, donde fue admitido para cursar los estudios correspondientes a Ingeniería de sistemas " .

La Constitución consagra la educación como un derecho de la persona (CP art. 67) y realza su importancia como medio que la incorpora al mundo del conocimiento, la ciencia, la técnica y a los bienes y valores de la cultura, además de constituir el peldaño indispensable para acceder a la actividad laboral y asegurar la necesaria subsistencia individual y familiar.

La petente otorga al derecho a la educación de su hijo un valor superior al deber cívico del servicio militar. Si bien en un plano puramente subjetivo pueden esgrimirse este tipo de opiniones, ellas no necesariamente tienen asidero constitucional. No pueden simplemente las opiniones gobernar la prevalencia de un derecho constitucional sobre el cumplimiento de un deber cívico de la misma estirpe, pues además de que ignoran la positividad constitucional del deber, la sola eventualidad de que un amplio número de personas coincida en esa posición por razones filosóficas o de mero beneficio individual, pondría en peligro el interés público al cual sirve el deber omitido y que en este caso se encuentra ligado con la suprema necesidad de defender la independencia nacional y la democracia.

En el marco constitucional no se percibe, en principio, incompatibilidad entre el derecho a la educación y el deber cívico del servicio militar. En tiempo de guerra exterior, la necesidad que adquiere mayor imperatividad es la defensa del territorio y de la independencia nacional, y no cabe duda que sobre el quehacer intelectual deberá primar el llamamiento a filas. En otras circunstancias, el servicio militar provee al conscripto importantes conocimientos en esa materia y lo dota de destrezas y habilidades que enriquecen su patrimonio físico e intelectual. Desde este ángulo el servicio militar representa también una experiencia intelectual para el conscripto cuya obligatoriedad se deriva de la Constitución y cuyo contenido, por lo visto, no es ajeno a la educación. Así como la educación es obligatoria entre los cinco y los quince años de edad (CP art. 67), la instrucción militar en un momento dado adquiere ese mismo carácter y por tenerlo indefectiblemente desplaza otras opciones vitales.

La Sala considera oportuno en esta ocasión en la que se pretende enfrentar un derecho y un deber constitucionales, introducir una regla interpretativa dirigida a garantizar su coexistencia. En ausencia de un criterio que sirva para armonizar en mejor manera la coexistencia de un derecho - o de un determinado curso de conducta en la cual este se manifieste - y de un deber constitucionales, se impone la ordenada sucesión temporal que garantice que en primer término se de cumplimiento a la conducta exigida por el deber de

vigencia temporal y, liberado el sujeto de la obligación, en segundo término puede éste entrar a gozar plenamente del derecho constitucional de vigencia intemporal. En la dimensión existencial de la persona, lejos de presentarse la oposición invencible entre la situación activa propia del derecho y la pasiva inherente a la obligación, se hará patente la presencia de ambas experiencias sin que las mismas se anulen como quiera que se armonizan al modo de un prius y un posterius, lo que de otra parte corresponde plenamente al diseño de la Constitución que anuda a la persona derechos y deberes que se experimentan unitariamente por ella asumiendo el carácter de titular del derecho y sujeto pasivo del deber, respectivamente.

Lo expuesto es suficiente para que la Sala se abstenga de considerar que la exigencia de prestar el servicio militar, signifique la violación del derecho a la educación que reclama la representante del petente. Quizá resulte redundante adicionar que la obligación de conservar el cupo universitario o el puesto de trabajo del conscripto que pesa sobre la Universidad y el empleador, pone de presente la inexistencia de la incompatibilidad entre los derechos a la educación y al trabajo y el deber del servicio militar e ilustra acerca de la organización normativa de un plan de vida que busca reconciliar opciones aparentemente contrapuestas mediante su adecuada sucesión en el tiempo.

La problemática del conscripto adolescente

6. La actora invoca la condición de adolescente de su hijo y la suya propia de madre y titular de la potestad parental para solicitar la tutela del derecho del menor a la protección y a la formación integral (CP art. 45), la cual, entiende, se da en el seno de la familia (Código del menor, arts. 3 y 4). La separación del conscripto del seno familiar y la interrupción de su formación personal, a su juicio, vulnera el principio constitucional que confiere primacía a los derechos de los menores (CP art. 44) y asimismo su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16).

Por su parte, el Tribunal Administrativo del Tolima observa que los derechos fundamentales del menor no obstante su importancia deben ceder ante el interés general que se expresa en el deber del servicio militar. En lo que atañe a la separación de la familia, considera el Tribunal que ella “no implica un estado de desprotección” y que el derecho del menor a no

ser separado de aquélla salvo que sea con la exclusiva finalidad de protegerlo es “un precepto legal que como tal no puede alegarse en una acción de tutela”. Finalmente, anota el Tribunal que no cabe alegar la primacía de los derechos del niño ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad : el conscripto - subraya el Tribunal - ha superado la edad “para el calificativo de niño” y, en lo que concierne al libre desarrollo de la personalidad, ésta no puede hacer caso omiso del ordenamiento jurídico que impone el deber del servicio militar.

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

concebe 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 predicen 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, los 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 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.

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-exámíne, 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.

Las anteriores son las razones que, muy a nuestro pesar, nos llevaron a separarnos de la decisión mayoritaria.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

1 Sentencia T-002 de 8 de Mayo de 1.992, Gaceta Constitucional T. I, p. 183.

2 Los Derechos Constitucionales, fuentes internacionales para su interpretación, publicación de la Presidencia de la República, pp. 719.

3 op. cit. pp. 726.

4 op. cit. pp. 31.

5 op. cit. p. 719.

6 op. cit. p. 729.