

SU491-93

Sentencia No. SU-491/93

SERVICIO MILITAR-Desacuartelamiento/NASCITURUS-Protección/DERECHOS DEL NIÑO

El desacuartelamiento del soldado no tiene por objeto el amparo de sus derechos fundamentales, legítimamente restringidos por el deber de prestar servicio militar, sino la protección de los derechos de sus hijos próximos a nacer, lo que correlativamente da lugar a la exigibilidad de deberes superiores cuya observancia resulta impostergable.

MATERNIDAD-Protección

La asistencia y protección de la maternidad, establecida como obligación estatal en el artículo 43 de la Carta, busca no sólo velar por el bienestar de la madre sino también servir de salvaguarda respecto de los derechos fundamentales del nasciturus, los cuales la Constitución reconoce al hacer remisión a lo que disponen los tratados internacionales sobre derechos humanos y protección de los niños.

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD/PRIMACIA DE LOS DERECHOS INALIENABLES

Mientras la ley no regule lo concerniente a la asistencia y protección de la mujer – incluido el subsidio alimentario – durante el embarazo y después del parto, al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar. Solamente la asistencia y protección estatal de los menores que se verían abandonados ante la separación de su padre y la situación de desempleo o desamparo de la madre, darían legitimación al Estado para insistir en el cumplimiento del servicio militar del varón en las circunstancias anotadas. De lo contrario, los principios de reciprocidad y primacía de los derechos inalienables de la persona se verían desconocidos por la actuación inconstitucional de las autoridades.

REF: Expediente T- 15825

Actora: BIRTHE VALENCIA RODRIGUEZ

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Aprobado Por Acta Nº. 65

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Hernando Herrera Vergara y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de tutela T-15825 adelantado por BIRTHE VALENCIA RODRIGUEZ contra el Ejército Nacional de la República de Colombia.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado personalmente el 27 de abril de 1993, BIRTHE VALENCIA RODRIGUEZ interpuso acción de tutela contra el Ejército Nacional de la República de Colombia. Considera que la permanencia del soldado LEONARDO FABIO MERCHAN DIAZ en el Batallón PIGOANZA de Pitalito (Huila), donde presta el servicio militar, amenaza su bienestar y el de sus hijos próximos a nacer, ya que carece de los medios económicos necesarios para el parto y la atención de los menores luego de su alumbramiento. En diligencia de ratificación de la acción de tutela incoada, la petente sostiene que mantiene relaciones sexuales con su novio Leonardo Fabio Merchán y que, actualmente, fruto de esa relación, espera mellizos. Manifiesta ser una persona pobre que necesita el apoyo económico del padre de los niños,

quien pese a haberse incorporado voluntariamente al Ejército Nacional está dispuesto a reconocerlos y prestarles ayuda. La accionante relata que en compañía de su madre llevó a cabo algunos trámites tendientes al desacuartelamiento del soldado Merchán Díaz. Más tarde recibió una llamada telefónica del Batallón de Pitalito en la que se le preguntó si era cierta su situación y se le prometió que volvería a ser llamada, lo que en ningún momento posterior se realizó.

2. El Juzgado Quinto Penal Municipal de Cali, ciudad donde fue incorporado a filas Leonardo Fabio Merchán, asumió el conocimiento de la acción, solicitó informes al director de reclutamiento de la zona, pidió al Instituto de medicina legal practicar examen médico a la petente y ordenó recibir declaración a su madre MARY RODRIGUEZ y a la señora AURA MOSQUERA.

3. El comandante del Distrito Militar No. 16 con sede en Cali, mediante oficio 078 de mayo 03 de 1993, aportó al proceso fotocopia informal del acta de incorporación de conscriptos de fecha junio 23 de 1992, entre los que se encuentra LEONARDO FABIO MERCHAN DIAZ, asignado al Batallón PIGOANZA de Pitalito, Huila.

4. El Instituto de Medicina Legal – Regional Sur – que practicó el respectivo examen médico a la petente, el 29 de abril de 1993 conceptuó que su estado de gravidez correspondía aproximadamente a 7 meses y medio y presentaba “embarazo gemelar” (f. 19).

5. En la declaración juramentada que rindió ante el juez de tutela, Mary Rodríguez confirmó los hechos expuestos por la petente. Manifiesta que su hija y Leonardo Fabio Merchán son novios desde hace dos años, pero que desconocía que mantuvieran relaciones íntimas, hasta que fue notorio el embarazo. Afirma que inicialmente quería hacerse cargo de los gastos mientras el padre prestaba el servicio militar, pero advertida que son dos los niños por nacer no dispone de los recursos económicos necesarios para su sostenimiento y el de su hija, requiriéndose la ayuda de LEONARDO MERCHAN DIAZ.

6. Por su parte, AURA DALIA OBREGON DE MOSQUERA, declaró ante el juez de instancia, conocer desde hace nueve años a la peticionaria y confirmó que la única persona que frecuentaba a Birthe Valencia por la época en que quedó embarazada era el presunto padre

de los gemelos.

7. La madre del soldado, CAMILA SIFIDA DIAZ OYOLA, compareció ante el juzgado de tutela y manifestó estar plenamente convencida, al igual que su hijo, de que los niños que espera Birthe Valencia son hijos de Leonardo Fabio Merchán.

8. El Juzgado Quinto Penal Municipal de Cali, mediante sentencia de mayo 19 de 1993, concedió la tutela solicitada y ordenó al comandante del Batallón Pigoanza de Pitalito proceder al desacuartelamiento de LEONARDO FABIO MERCHAN DIAZ y a expedirle la respectiva libreta militar.

El fallador de instancia estimó que el actual reclutamiento del padre de los futuros menores lesiona los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 de la Constitución, entre ellos el derecho a los alimentos, que comprende la obligación paterna de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.

” En el caso que nos ocupa, relacionado con la situación de la señora Birte Valencia, vemos que los derechos fundamentales vulnerados encuadran dentro de los derechos del niño (Art. 44 C.N.) en razón a que el padre de los gemelos a nacer (según diagnóstico prenatal) se encuentra prestando el servicio militar obligatorio en el Batallón Pigoanza de Pitalito Huila en donde se halla desde el 23 de junio próximo pasado, cuestión que no le permite necesariamente dar cumplimiento a las obligaciones respectivas, por no poseer un trabajo que le represente una contraprestación o una solvencia económica definida puesto que se sabe es una persona de escasos recursos económicos que antes de irse para el Cuartel se desempeñaba en oficios varios, carpintería, mecánica, construcción, etc. Indudablemente con dicho reclutamiento de Leonardo Fabio se está lesionando los derechos del niño establecidos en la Constitución Nacional, en la norma antes mencionada, los cuales son tan importantes que prevalecen sobre los derechos de los demás, pues las criaturas por nacer se encuentran abruptamente desamparadas al no hallarse al frente de la situación su padre, éste no podrá suministrar la ayuda indispensable”.

9. El Mayor General del Ejército, por medio de telegrama del 28 de mayo de 1993 dirigido al juez de primera instancia, informó que el Comando del Batallón PIGOANZA dispuso el

desacuartelamiento en forma inmediata en favor del soldado MERCHAN DIAZ LEONARDO FABIO, en cumplimiento del fallo citado.

10. La anterior sentencia no fue impugnada y correspondió su conocimiento a la Sala tercera de revisión, la que sometió la ponencia respectiva a la decisión de la Sala Plena con miras a la unificación de la jurisprudencia en esta materia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Pretensiones del actor y supuesto de la vulneración

1. A través de la acción impetrada Birthe Valencia Rodríguez pretende el desacuartelamiento del soldado Leonardo Fabio Merchán Díaz de manera que sus hijos gemelos por nacer y ella misma, puedan recibir la protección paterna y el apoyo económico que requieren dada su situación de pobreza. El juez de instancia concedió la acción de tutela interpuesta contra el Ejército Nacional por violación de los derechos fundamentales de los niños (CP art. 44) y ordenó, en consecuencia, el desacuartelamiento inmediato del conscripto. En ejercicio de sus competencias (CP Art. 241-9), corresponde a esta Corporación la revisión de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cali.

Sea lo primero precisar que para la fecha de incorporación del soldado Merchán Díaz al Ejército Nacional – junio 23 de 1992 -, su compañera y peticionaria de tutela no se encontraba aún en estado de gravidez, motivo que permite asumir que éste fue reclutado debidamente para cumplir con la obligación constitucional de prestar el servicio militar (CP art. 216). No obstante, en sentir de la accionante la permanencia de su compañero y padre de sus hijos en el Ejército representa la desprotección de los niños por nacer, habida cuenta de su precaria situación económica y de los exiguos ingresos de su madre.

Ante la justicia constitucional se plantea el problema de determinar si la negativa de las autoridades militares a desvincular del servicio militar a un conscripto correctamente incorporado a filas, vulnera los derechos fundamentales de los niños si la ausencia del padre en razón del cumplimiento de una obligación constitucional expone a la madre y a sus hijos a una situación de desamparo o desprotección, supuesto de hecho aducido por la peticionaria.

Prestación del servicio militar y exenciones legales

2. En reiteradas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre la obligación constitucional establecida en el artículo 216 de la Carta.

” La Constitución no agota su pretensión normativa en una profusa consagración de derechos. También establece una serie de deberes y obligaciones a las personas derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social. Los deberes y obligaciones constitucionales imponen unas mismas cargas a sus titulares con miras a alcanzar fines sociales deseables o necesarios.

3. El servicio militar es una obligación constitucional que implica la restricción temporal de cierto ámbito de los derechos y libertades individuales. La defensa de la independencia nacional y las instituciones patrias requiere de personas debidamente preparadas, poseedoras de condiciones físicas y mentales óptimas, para enfrentar eventuales situaciones de emergencia, peligro o calamidad.”¹

” 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 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”² .

El examen del presente caso permite aseverar que el conscripto Merchán Díaz fue incorporado al Ejército de conformidad con lo establecido en la ley vigente para este entonces - Ley 1a. de 1945 y decretos reglamentarios -, sin que pueda predicarse de la acción de las autoridades militares vulneración o amenaza a sus derechos fundamentales. El desacuartelamiento solicitado por la petente, sin embargo, pretende la protección inmediata de los derechos de menores por nacer - nasciturus -, quienes de no contar con la asistencia oportuna del padre podrían ver en peligro su vida o su bienestar dada la precaria situación

económica de la madre. El juez de instancia no puntualiza que la vulneración de los derechos del niño se origine en el acto de incorporación a filas y, por el contrario, la refiere a la permanencia del soldado padre de familia en el Ejército, lo que a su juicio apareja la consiguiente desprotección de los hijos. A la luz del texto constitucional, corresponde a esta Corte establecer si las autoridades militares vulneran o amenazan los derechos fundamentales de los niños al exigir del padre de familia y conscripto el cumplimiento de su obligación de prestar el servicio militar a pesar de la situación económica de la madre que no posee los medios necesarios para el sostenimiento de sus hijos por nacer.

Incompatibilidades eventuales de las obligaciones para con la familia y con el Estado

3. Las obligaciones emanadas del texto constitucional en relación con la familia, la sociedad y el Estado son exigibles de las personas llamadas a cumplirlas en diferentes momentos de la vida. En ocasiones, la exigibilidad simultánea de deberes u obligaciones constitucionales puede generar un conflicto de derechos e intereses jurídicamente protegidos, debiendo el juez constitucional realizar una cuidadosa sopesación de los valores, derechos, principios y deberes en conflicto.

La Constitución y la ley imponen a la pareja la obligación de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores o impedidos (CP art. 42). Correlativamente, la Carta consagra los derechos fundamentales de los niños a la vida, a la alimentación equilibrada, al cuidado y al amor, y sitúa en cabeza de la familia, de la sociedad y del Estado “la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (CP art. 44).

Por otra parte, la obligación de prestar el servicio militar (CP art. 216) supone la restricción temporal de los derechos del conscripto como también la imposibilidad parcial – en caso de serle exigible este deber patriótico – de cumplir con las obligaciones que su condición de padre le impone.

La permanencia en el Ejército del varón que es padre de familia no implica eo ipso la desprotección de los derechos de sus hijos – nacidos o por nacer -. Pero esta circunstancia, unida a la ausencia, desempleo o desamparo de la madre de los menores, puede atentar contra los derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 de la Constitución. Sobre el particular, esta Corporación sostuvo en pasada oportunidad:

“Para la Corte es claro que el servicio militar compromete intereses diferentes, tanto por el sujeto pasivo de la obligación como por la naturaleza de los derechos individuales que puede afectar. El primer afectado es, por su puesto, el obligado, es decir, el colombiano cuya situación personal se encuadra dentro de los parámetros que la Constitución y la ley establecen sobre el particular, el cual, por lo mismo, ve limitados algunos de sus derechos personales al resultar sometido a un deber, en relación con el cual, no puede, en principio, sustraerse.

“Pero también se pueden ver comprometidos por la obligación, los intereses de la familia del conscripto y, particularmente, los de sus hijos, y desde esta perspectiva hay que admitir que son incompatibles los derechos de la patria con los derechos del menor.

“El servicio militar, a pesar de constituir un deber de los colombianos y un derecho de la patria a exigirlo, no puede sobreponerse a los intereses de los niños, que la Constitución Política consagró como derechos fundamentales y les reconoció una evidente preeminencia sobre los derechos de los demás (CP. art. 44). Pretender lo contrario, significa ignorar esa primacía, que el Estado no puede desconocer, porque uno de sus fines esenciales, al decir del artículo 2o. de la Carta, es el de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. (...)

“Ahora, cuando la ley exencionó del servicio militar al “varón casado que haga vida conyugal” (Ley 1a. – 45, f)) estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios ético-jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución, merecía protección únicamente cuando se formaba por el vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por los Constituyentes de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merecen también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones deber ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado.

“Si la Constitución equiparó los derechos de la familia, sin parar mientes en su origen, y reconoció también los mismos derechos a los hijos “habidos en el matrimonio o fuera de él”, no puede la ley, ni mucho menos la Administración, mantener o favorecer diferencias que consagren regímenes discriminatorios, porque ello significa el quebrantamiento ostensible de la Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos.”³

La incompatibilidad entre la obligación de prestar el servicio militar y la obligación de sostener, alimentar y proteger a los hijos menores debe resolverse en favor de los derechos cuya protección es prioritaria. La doctrina constitucional reconoce la primacía de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, entre éstos los derechos del Estado a exigir de sus miembros la contribución efectiva al sostenimiento de la independencia y soberanía nacionales (CP arts. 216 y 217). La desprotección de los derechos de los niños – a la luz del pensamiento constituyente – se traduce en la negación del futuro de la sociedad, atendida la importancia que las generaciones venideras revisten para la prosperidad de la colectividad. Por otra parte, exigir el cumplimiento de la obligación de prestar el servicio militar en ciertas circunstancias, haciendo abstracción de cualquier interés particular o situación humana concreta, implicaría para el Estado el desconocimiento – entre otros – del deber constitucional de amparar a la familia como núcleo esencial e institución básica de la sociedad (CP arts. 5 y 42).

Si bien la prestación del servicio militar tiene pleno sustento constitucional en la necesidad de disponer de un Ejército debidamente instruido para enfrentar eventualidades que pueden poner en peligro la estabilidad institucional, la pérdida del recurso humano que representa prescindir de un soldado no es proporcional frente a la potencialidad del daño que se irrogaría a la familia y a los derechos del niño como consecuencia de la desprotección afectiva y económica que trae aparejada la separación – así sea temporal – del padre por efecto de la obligatoriedad de prestar el servicio militar.

En el presente caso el desacuartelamiento del soldado Merchán Díaz no tiene por objeto el amparo de sus derechos fundamentales, legítimamente restringidos por el deber de prestar servicio militar, sino la protección de los derechos de sus hijos próximos a nacer, lo que correlativamente da lugar a la exigibilidad de deberes superiores cuya observancia resulta impostergable. La circunstancia – favorable o no – de relevar al soldado del cumplimiento del servicio militar es una consecuencia secundaria frente a la obligación del Estado de asistir y proteger al niño (CP art. 44), máxime si se tiene presente que la ley no ha desarrollado aún un sistema prestacional y de seguridad social que ampare a los menores mientras sus padres son llamados a prestar un servicio a la patria.

Derechos fundamentales del nasciturus

4. No obstante lo anterior, podría aducirse que la Constitución reconoce derechos fundamentales a los menores de edad mas no a los que están por nacer, razón por la que no sería posible invocar la protección de los derechos del niño ante la eventualidad que encara la petente. En dirección contraria, esta Corte ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales del nasciturus con fundamento en la ley y los tratados internacionales sobre la materia:

“Constitucionalmente la protección del no nacido se encuentra en el Preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida), por vía directa y por vía indirecta en el artículo 43 con la protección de la mujer en estado de embarazo. Además el artículo 44 de la Carta establece como primer derecho fundamental de los niños, el derecho a la vida.

“Si la pareja -como lo determina el artículo 42-, tiene derecho a decidir libre y responsablemente el momento en que desea tener un hijo, debe asumir esa decisión como la de mayor trascendencia en la vida, pues la determinación implica la proyección hacia el futuro del hijo. El cuidado, sostenimiento, educación y cariño que reciba de sus padres se reflejará en un niño sano y en un adulto capaz de desarrollar plenamente su libre personalidad.

“La obligación de velar por la vida del nasciturus no responde a una simple obligación alimentaria, pues la madre requiere de los cuidados permanentes, de una constante vigilancia médica que le garanticen en forma mínima la atención del parto y los primeros cuidados del niño. (...)

“La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de enero 22 de 1991, establece en el Preámbulo que:

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (negrillas fuera de texto).

(...)

“El Decreto 2732 de 1989 (Código del menor), protege la vida del nasciturus, cuando en el artículo 4º establece que “todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar su supervivencia y desarrollo” y en el artículo 5º de esa misma norma consagra que: “todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social: estos derechos se reconocen desde la concepción”.⁴

Bajo la anterior perspectiva, sería incorrecto afirmar que los hijos de la petente no gozan de protección constitucional antes de su nacimiento, porque la Constitución no sólo reconoce derechos fundamentales a los niños sino que también lo hace con respecto a éstos desde su concepción. La asistencia y protección de la maternidad, establecida como obligación estatal en el artículo 43 de la Carta, busca no sólo velar por el bienestar de la madre sino también servir de salvaguarda respecto de los derechos fundamentales del nasciturus, los cuales la Constitución reconoce al hacer remisión a lo que disponen los tratados internacionales sobre derechos humanos y protección de los niños (CP arts. 44, 93 y 94).

Principio de reciprocidad en las relaciones individuo – Estado

5. La dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general (CP art. 1) son principios fundamentales de la organización política del Estado Social de Derecho que rigen las relaciones entre los individuos y el Estado. Cualquier interpretación sobre el alcance de los derechos y obligaciones sociales del Estado y de los particulares debe tener en cuenta que ninguno de los anteriores principios puede ser anulado en la aplicación de otro de igual jerarquía constitucional. En aras de la primacía del interés general las autoridades no pueden desconocer el principio de la dignidad humana ni deducir del deber de solidaridad obligaciones que rompen los principios de equilibrio en las cargas públicas (CP art. 13) o de reciprocidad en las relaciones entre el individuo y el Estado (CP arts. 2, 5 y 6).

Las autoridades están instituidas para proteger los derechos y libertades de todas las personas residentes en Colombia y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares (CP art. 2). El reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5) constituye un límite sustancial en el desarrollo de la misión encomendada por la Constitución a las autoridades. Es por ello que el Estado, al hacer

efectivo el cumplimiento de un deber u obligación social, debe asegurar previamente que su actuación no vulnere derechos fundamentales de las personas. Los particulares no son responsables (CP art. 6) por rehusarse a cumplir una obligación manifiestamente injusta e ilegítima. Este sería el caso si el Estado, pese a no garantizar la protección material de la familia, hiciera exigible una obligación a una persona de la que depende el sostenimiento de los hijos, sin tomar en consideración que en las circunstancias concretas se exponen y arriesgan gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución como prioritarios.

Mientras la ley no regule lo concerniente a la asistencia y protección de la mujer – incluido el subsidio alimentario – durante el embarazo y después del parto (CP art. 43), al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar. Solamente la asistencia y protección estatal de los menores que se verían abandonados ante la separación de su padre y la situación de desempleo o desamparo de la madre, darían legitimación al Estado para insistir en el cumplimiento del servicio militar del varón en las circunstancias anotadas. De lo contrario, los principios de reciprocidad y primacía de los derechos inalienables de la persona se verían desconocidos por la actuación inconstitucional de las autoridades.

Análisis del caso sub-exámene

6. Al anterior razonamiento se podría oponer el argumento de que todo conscripto, inconforme con la vida militar, buscaría por esta vía evadir el cumplimiento de sus deberes para con la patria, de suerte que la obligación constitucional devendría mera liberalidad. Esta Sala no es ajena a este tipo de eventualidades, pero confía que el buen juicio de las autoridades militares y judiciales constituye garantía institucional suficiente para detectar y resolver situaciones anómalas que no respondan a la realidad de los hechos, o que no representen una vulneración o amenaza objetiva de los derechos fundamentales.

7. La imposibilidad de exigir el cumplimiento del servicio militar a un padre de familia con hijos menores por nacer – debido al desconocimiento de los derechos de los niños que ello supondría – es una circunstancia excepcional. El examen de esta situación en un proceso de tutela supone: (1) el reconocimiento de la paternidad por el soldado respecto de quien se

solicita el desacuartelamiento; (2) la demostración de la situación de desempleo o desamparo de la madre que le impide asumir la carga del mantenimiento y cuidado de sus hijos menores y (3) la ausencia de apoyo económico de las personas llamadas por ley a prestar alimentos a sus familiares cercanos.

La petente actúa en nombre propio y en el de sus hijos próximos a nacer para solicitar el desacuartelamiento de su compañero que presta el servicio militar en el Batallón PIGOANZA de Pitalito. De los medios probatorios aportados al proceso en primera instancia, los cuales no fueron controvertidos por el Ejército Nacional que fuera debidamente notificado de la acción en su contra (f. 7 vuelto), se deduce que BIRTHE VALENCIA RODRIGUEZ al momento de solicitar la tutela presentaba un embarazo gemelar de aproximadamente siete meses y medio, fruto de las relaciones íntimas sostenidas con el soldado LEONARDO FABIO MERCHAN. La situación de pobreza aducida por la petente y ratificada por su madre, quién se ofreció a aportar ayuda económica en la medida de sus escasos ingresos, revelan el desamparo a que se verían sometidos ella y sus hijos de no contar con la protección efectiva del padre de los menores. Adicionalmente, el hecho de que el soldado MERCHAN DIAZ se presentó como voluntario para ingresar al Ejército, permite suponer que su intención no es la de evadir – mediante la intervención judicial de su compañera – el cumplimiento de un deber constitucional. El silencio de las autoridades militares frente a las pretensiones de la peticionaria y al fallo de tutela, si bien no acreditan por sí mismas la verdad de los hechos aducidos por la accionante, por lo menos sí muestran su conformidad con la decisión judicial de ordenar el desacuartelamiento del soldado LEONARDO FABIO MERCHAN DIAZ. Por último, pese a que esta Corte encuentra que en el proceso judicial se omitió ordenar el testimonio de LEONARDO FABIO MERCHAN DIAZ para los efectos del reconocimiento de su paternidad, tampoco estima procedente denegar la tutela solicitada por este sólo hecho.

8. No siendo la acción de tutela un medio para evadir el cumplimiento de obligaciones o deberes constitucionales, el otorgamiento del amparo de los derechos fundamentales del nasciturus se condicionará a que el presunto padre de los menores reconozca, en un plazo prudencial, ante el juez de tutela de primera instancia, su paternidad respecto de los hijos de la peticionaria. Tal reconocimiento deberá hacerse en forma personal por LEONARDO FABIO MERCHAN DIAZ. De no ser así, éste deberá retornar de nuevo al Ejército para cumplir integralmente la obligación de prestar el servicio militar.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

R E S U E L V E

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia de mayo 19 de 1993, proferida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cali, en el sentido de CONDICIONAR el otorgamiento de la tutela solicitada por la peticionaria en favor de sus hijos por nacer a que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, LEONARDO FABIO MERCHAN DIAZ reconozca su paternidad sobre los hijos gemelos de la señora BIRTHE VALENCIA RODRIGUEZ, de conformidad con lo expuesto en el numeral 8º de los fundamentos jurídicos. Expresamente se advierte que el reconocimiento deberá hacerse personalmente por MERCHAN DIAZ ante el Juez Quinto Municipal de Cali. En lo demás se CONFIRMA.

SEGUNDO.- LIBRESE comunicación al mencionado Juzgado, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

Magistrado

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

Magistrado

HERNAN ALEJANDRO OLANO GARCIA

Secretario General (E)

1 Corte Constitucional. Sentencia ST-250/1993

2 Corte Constitucional SU-277 / 1993

3 Corte Constitucional Sentencia T- 326/1993

4 Corte Constitucional. Sentencia T-179/93