

Sentencia T-033/17

DERECHO AL DEPORTE, RECREACION Y APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE-Hace parte del gasto social

DERECHO AL DEPORTE-Naturaleza jurídica/DERECHO AL DEPORTE-Fundamental

OBLIGACION CONSTITUCIONAL DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR Y LA RELACION ENTRE LA CONDICION DE DEPORTISTA PROFESIONAL O DE ALTO RENDIMIENTO Y LA PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR

OBLIGACION DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR-Fundamentos constitucionales y legales

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO POR PARTE DE DEPORTISTAS-Beneficios especiales para su cumplimiento

A pesar de que un deportista no está exento de prestar el servicio militar obligatorio, sí tiene beneficios especiales en el cumplimiento de ese deber tales como una eventual prórroga (no especificada por la ley) del momento en el que deba ser incorporado a filas y, en caso de que ya se encuentre prestando el servicio, el derecho a elegir el lugar de cumplimiento para facilitar su preparación deportiva siempre que demuestre su condición de deportista. En ese sentido, resulta útil señalar que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del Decreto 2845 de 1984, las Fuerzas Militares cuentan con su propia Federación Deportiva y una liga por cada actividad deportiva que ésta maneje, por lo cual puede entenderse que los deportistas que sean incorporados gozarán del beneficio de elegir el lugar de prestación del servicio pasando a hacer parte de la respectiva liga militar que corresponda en su caso.

Referencia: Expediente T- 5.754.049

Acción de tutela interpuesta por Héctor Olaya Ferreira, en representación del señor Guillermo Batista Villalba, contra el Ejército Nacional de Colombia – Dirección de reclutamiento y control de reservas.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia respectivamente, con ocasión de la acción de tutela interpuesta por el señor Héctor Olaya Ferreira, en representación del señor Guillermo Batista Villalba, contra la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1. El accionante, actuando en representación de su ahijado, el señor Guillermo Batista Villalba, manifiesta que éste ha sido aficionado al fútbol y jugador del mismo desde niño, estando vinculado a Ligas de Fútbol desde que tenía 7 años. Habiendo nacido en Cartagena, se trasladó a Bogotá en 2011 para hacer parte de varios clubes profesionales, hasta disputar la Copa Élite Ciudad de Bogotá con el equipo “Real Players”. Indica que, por su destacado rendimiento, el señor Batista ganó una beca ofrecida por la Liga de Fútbol de Bogotá para estudiar Tecnología de Dirección Técnica de Fútbol en el SENA.

2. Afirma que el domingo 26 de julio de 2015, el señor Batista fue retenido en una “batida” del Ejército Nacional, cuando se encontraba rumbo a su hogar. Como el joven no tenía definida su situación militar, fue reclutado y llevado a Villavicencio, primero, y a Calamar (Guaviare), posteriormente, donde recibió instrucción y juró bandera. Al momento de la presentación de la acción de amparo, el agenciado llevaba más de 4 meses y medio incomunicado y realizando operaciones en la selva cercana a Miraflores, Guaviare.

3. El señor Olaya indica que desde el momento de su reclutamiento, el señor Batista puso de

presente ante los funcionarios de la Dirección de Reclutamiento que era deportista de alto rendimiento, mostrando los documentos pertinentes, sin que esto hubiese sido tenido en cuenta por éstos. En ese sentido, el accionante alega que el Ejército desconoció las prerrogativas contenidas en el artículo 44 de la Ley 181 de 1995.

4. El accionante afirma que el señor Batista se ha visto afectado en su salud psicológica por la prestación del servicio militar, en conjunto con la imposibilidad para seguir practicando el deporte. Por ese motivo, los familiares del señor Batista, residentes en Cartagena, acudieron ante la Defensoría del Pueblo exponiendo el caso. Esta gestión dio como resultado la presentación de un derecho de petición, con fecha de febrero 18 de 2016, ante el Comandante del Batallón de Infantería No. 24, solicitando la realización de una valoración médica y psicológica del señor Batista, su traslado a un lugar cercano a su familia y permiso para que siguiera practicando el fútbol. Dado que el derecho de petición nunca fue contestado, se presentó una acción de tutela que fue fallada por el Tribunal Superior de Cartagena en abril 13 de 2016, ordenando al Batallón responder. Sin embargo, a la fecha de presentación de la acción, el Ejército aún no había cumplido con el decreto judicial.

5. Así mismo, hace referencia a algunas gestiones hechas ante la Federación Deportiva Militar que tampoco dieron resultado. Concretamente, a la solicitud elevada ante dicha entidad para que se permitiera al señor Batista participar en el equipo de fútbol de las Fuerzas Armadas sin que estas emitieran pronunciamiento alguno al respecto.

6. Por lo anterior, el actor considera que la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales a la integridad personal, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a la honra y a la dignidad humana del señor Batista Villalba, por su negativa a permitir, al menos, que practique el deporte para el que se ha formado profesionalmente. Por lo anterior, solicita a los jueces constitucionales que ordenen el desacuartelamiento de su prohijado y se le entregue la correspondiente libreta militar, así como que se condene en abstracto al Ejército Nacional por los perjuicios causados al joven.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

A su escrito de tutela, el accionante adjuntó los siguientes documentos, con el propósito de que fuesen tenidos como prueba durante el trámite correspondiente:

1. Certificado expedido por el representante legal del Club deportivo Real Players F. C. por el cual da fe de que el señor Guillermo Batista Villalba se encuentra inscrito en la liga de fútbol de Bogotá desde febrero de 2015, que cumple con horas de práctica 4 días a la semana, que ha participado en competencias oficiales y que se encuentra dentro de la categoría de deportista de alto rendimiento según lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 115 de 1994.

2. Copia del derecho de petición presentado por la Defensoría del Pueblo ante el Batallón de Infantería No. 24 con el fin de que se haga una valoración médico – psicológica del señor Batista y se proceda a su traslado, con fecha del 18 de febrero de 2016.

3. Copia del fallo del Tribunal Superior de Cartagena en el cual ordenó al Ejército que procediera a contestar el anterior derecho de petición, con fecha del 13 de abril de 2016.

4. Acta de declaración juramentada presentada el 22 de junio de 2016 por el accionante, en la cual hace un relato de lo sucedido ese mismo día en lo referente al reclutamiento del señor Batista Villalba y sus gestiones para poner de presente ante el Ejército Nacional que el joven es deportista de alto rendimiento.

4. Respuesta de las entidades accionadas

La entidad accionada guardó silencio.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

Mediante sentencia del 13 de julio de 2016, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió negar la acción de tutela impetrada. Como fundamentos de su decisión, la Sala expuso la falta de legitimación en causa por activa del accionante, en vista de que no puso de presente su calidad de agente oficioso en el escrito de tutela ni en el poder otorgado a su apoderado judicial. Del mismo modo, reprochó el incumplimiento del requisito de inmediatez, en vista de que el reclutamiento del señor Batista se produjo el 26 de julio de 2015 y sólo casi un año después (el 13 de junio de 2016) se impetró el amparo.

Una vez conocido el fallo, el accionante, a través de su apoderado, procedió a realizar la respectiva impugnación. Igualmente, antes de que se profiriera decisión de segunda

instancia, allegó un memorial el 9 de agosto de 2016 firmado por el señor Guillermo Batista Villalba, en el cual expresó que ratificaba lo expuesto en el escrito de tutela por el señor Héctor Olaya. Así mismo, impugnó la sentencia de primera instancia y manifestó que todos los hechos narrados en la acción eran ciertos y agregó que se comunicó telefónicamente con el Sargento Edison Martínez, “encargado de fútbol en las Fuerzas Militares” (sic), quien le manifestó que lo tendrían en cuenta para formar parte del equipo Sub 21 o Sub 23, sin que esta propuesta se hubiese materializado a la fecha.

Con estos nuevos elementos, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia procedió a resolver en segunda instancia, confirmando la providencia del a quo. A pesar de que la Corte reconoció que el asunto sobre la legitimidad por activa había quedado superado con la presentación del memorial antedicho, indicó que el amparo no podía prosperar en vista de que existe una orden judicial anterior que le ordena a la entidad accionada pronunciarse, en contestación de un derecho de petición, sobre la situación del señor Batista. En ese sentido, para la Corte Suprema la autoridad llamada a resolver sobre la solicitud de desincorporación es, precisamente, la entidad accionada en cumplimiento de la mencionada orden judicial. Así, consideró que en el caso no se encontraba cumplido el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

6. Trámite adelantado ante la Corte Constitucional

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, el expediente fue remitido a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección de Tutelas Número Nueve, en auto de 27 de septiembre de 2016 (adicionado mediante auto de 28 de octubre del mismo año), resolvió seleccionarlo para su revisión, asignándoselo por sorteo a la Sala Novena.

Posteriormente, en ejercicio de las prerrogativas sobre recaudo de pruebas en sede de revisión, el Magistrado Ponente profirió auto de 29 de noviembre de 2016, por el cual ofició al señor Héctor Olaya y a sus apoderados, con el fin de que informaran lo siguiente:

* Por qué la acción fue presentada hasta junio de 2016, a pesar de que el reclutamiento del señor Batista ocurrió en julio de 2015. Del mismo modo, debían aclarar por qué el amparo fue presentado por el padrino del accionante y no por sus padres u otros familiares.

* Una actualización de la información acerca de la situación en la que se encuentra el joven Guillermo Batista. Específicamente, que indicaran dónde se encuentra, cuánto tiempo falta para que cumpla el servicio militar, cuál es su estado actual de salud y si ha habido algún pronunciamiento por parte de la institución militar en referencia a lo solicitado a través del derecho de petición del 18 de febrero de 2016.

Como respuesta a este requerimiento, los apoderados del accionante allegaron un memorial el 07 de diciembre de 2016, en el que manifestaron que la acción fue presentada casi un año después de que el señor Batista hubiese sido reclutado porque durante todo este tiempo estuvo haciendo gestiones ante el Ejército Nacional con el fin de que su prohijado fuese tenido en cuenta para, al menos, participar en los equipos de fútbol militares. Así, relata que, durante varios meses (hasta enero de 2016), estuvo en contacto con el sargento Edison Martínez quien, en un primer momento, le aseguró que se estaba tramitando la solicitud del señor Olaya pero, posteriormente, el mencionado sargento cortó unilateralmente toda comunicación.

Del mismo modo, pusieron de presente que luego de esto, estuvo pendiente de la resolución de la acción de tutela por derecho de petición que había interpuesto la Defensoría del Pueblo, esperando luego que el Ejército cumpliera la orden. Por lo anterior, señala que el tiempo transcurrido entre la incorporación del señor Batista y la presentación de la acción se debe a lo que debió esperar mientras se resolvía el trámite administrativo con el sargento, la contestación de la petición y la resolución de la primera acción de tutela.

Finalmente, en lo que respecta a la situación actual del joven Batista, indicaron que se encuentra en el Batallón Miraflores (Guaviare) y, al parecer, terminaría su servicio militar en mayo de 2017. Igualmente, señalaron que su situación de salud es difícil al punto de que debieron “sacarlo de la selva porque era una persona muy inestable”. Así mismo, denunciaron que, a la fecha, el Ejército no había dado cumplimiento a la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Cartagena.

Posteriormente, se recibió un oficio el 13 de enero de 2017, firmado por el Director de Reclutamiento del Ejército, Coronel Sandro Grajales Marín. En su memorial, el Coronel indicó que en el artículo 17 del Decreto 2048 de 1993 se establece que “el conscripto declarado apto para su incorporación, quedará bajo el control y vigilancia de las autoridades de

reclutamiento, hasta su entrega a la diferentes Unidades Militares o de Policía”, por lo que, en su concepto, la Dirección de Reclutamiento perdería competencia para pronunciarse o realizar actuaciones dentro del proceso de tutela, “como quiera que la competencia la tiene el Batallón donde se encuentra actualmente incorporado el accionante”.

En ese sentido, aclaró que la función de la Dirección de Reclutamiento se agota en emitir directivas “tendientes a lograr la definición de la situación militar de los colombianos (...) correspondiéndole la función operativa o de ejecución a las distintas Zonas y Distritos Militares en atención a lo dispuesto en las funciones contenidas en el artículo 6 del Decreto 2048 de 1993”. Por lo anterior, sostuvo que el cumplimiento a las órdenes que llegaran a emitirse por parte de la Corte Constitucional, deberían ser cumplidas por la Dirección de Personal del Ejército y el Batallón de Infantería No. 24, al ser estos los encargados de decidir sobre “desacuartelamientos, comisiones, traslados, cambios de modalidad, tratamientos médicos, pago de bonificaciones, o cualquier novedad presentada durante la prestación del servicio de los soldados”.

Finalmente, el Coronel señaló que, una vez recibió los requerimientos hechos por esta Corporación, los dirigió de manera inmediata al correo electrónico de la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército, a la Dirección de Personal del mismo y al Batallón de Infantería No. 24.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico y fundamento de la decisión

1. El accionante, actuando como agente del señor Guillermo Batista Villalba (quien posteriormente ratificó lo expuesto en la acción de tutela), señala que su prohijado fue reclutado por el Ejército Nacional sin tener en cuenta que se trata de un deportista de alto rendimiento, dedicado profesionalmente al fútbol. En ese sentido, reprocha que desde que fue incorporado (en julio de 2015), la entidad accionada ha hecho caso omiso de las diferentes solicitudes para que, al menos, al señor Batista le sea permitido hacer parte de alguno de los equipos de fútbol de las Fuerzas Armadas y, por el contrario, ha sido mantenido en el Guaviare, lo cual le ha producido quebrantos de salud que, alega, tampoco le han sido tratados adecuadamente. Por esa razón, considera que al señor Batista le han sido vulnerados sus derechos fundamentales a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a

la honra y a la dignidad humana, entre otros.

2. Conforme a estos antecedentes, la Corte deberá determinar, a modo de problema jurídico, si la negativa de la entidad accionada de tener en cuenta el carácter de deportista profesional del señor Guillermo Batista Villalba durante el cumplimiento de su servicio militar ha vulnerado los derechos fundamentales señalados en el escrito de amparo. Para resolver ésta cuestión, la Sala adoptará la siguiente metodología: en primer lugar, se reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental al deporte como prerrogativa autónoma dentro del ordenamiento constitucional colombiano. A continuación, se harán algunas consideraciones sobre la obligación constitucional de prestación del servicio militar obligatorio y la relación entre la condición de deportista profesional o de alto rendimiento y la prestación del servicio militar. Finalmente, con base en las anteriores referencias, se abordará el estudio del caso concreto, verificando la procedibilidad formal de la acción y, en caso de que se cumplan los requisitos, la Sala resolverá de fondo.

Del derecho fundamental al deporte como prerrogativa autónoma dentro del ordenamiento constitucional colombiano. Reiteración de jurisprudencia.

3. El artículo 52 de la Constitución de 1991 reconoce explícitamente el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre y, en concordancia, impone al Estado el deber de fomentar esas actividades y de inspeccionar las organizaciones deportivas. Por esa razón, esta Corporación ha reconocido en múltiples oportunidades que las actividades deportivas, recreativas y de aprovechamiento del tiempo libre, son una expresión del Estado Social de Derecho¹.

4. En desarrollo de la premisa anterior, la Corte Constitucional² ha entendido que, si bien el derecho a la recreación y al deporte es uno de los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”, adquiere el carácter de fundamental en los casos en los cuales su ejercicio representa una herramienta idónea para lograr la garantía de otros derechos (tales como el derecho a la salud o al libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo) o cuando es indispensable para el desarrollo psicofísico y la integración social de sujetos de especial protección constitucional, como son las personas en situación de discapacidad o los niños en edad escolar. Al respecto, cabe citar la Sentencia C-449 de 2003, en tanto señaló que “la inclinación por una práctica deportiva determinada (a escala aficionada o profesional) y la

importancia que ello reviste en el proceso de formación integral del individuo, permite que el deporte se vincule con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la educación e incluso al trabajo cuando su práctica habitual se asume como una actividad profesional de la cual se deriva el sustento diario”.

5. Igualmente, vale resaltar que la jurisprudencia le ha reconocido a este derecho un carácter polifacético y polisémico³, en vista de que puede constituir, al mismo tiempo, un espectáculo, una forma de realización personal, una actividad laboral y profesional y una empresa o actividad de carácter económico. Por esas razones, en la reciente Sentencia T-560 de 2015⁴, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional indicó que “(e)n conclusión, el fomento de la recreación y la práctica del deporte es uno de los deberes que corresponden al Estado dentro del marco del Estado Social de Derecho, en virtud de la función que dichas actividades cumplen en la formación integral de las personas, la preservación y el desarrollo de una mejor salud en el ser humano. De igual manera, es inherente a éste derecho constitucional, el carácter polifacético que comprende, pues no solo queda relegado a su carácter formativo y educativo, sino también a la posibilidad de convertirse en el medio para obtener los ingresos económicos necesarios para llevar una vida en condiciones dignas”.

La obligación constitucional de prestar el servicio militar y la relación entre la condición de deportista profesional o de alto rendimiento y la prestación del servicio militar.

6. EL artículo 216 de la Constitución dispone que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, en defensa de la independencia nacional y de las instituciones públicas, estableciendo así la obligación de prestar servicio militar. Como lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, este artículo debe entenderse en concordancia con otros valores y principios de la Constitución como el de la prevalencia del interés general; los deberes de los ciudadanos de respetar y apoyar las autoridades legítimas y democráticamente constituidas para mantener la integridad nacional, participar en la vida cívica, política y comunitaria del país y propender por el logro y mantenimiento de la paz. Todo ello, teniendo en cuenta que es un valor fundamental del Estado colombiano el fortalecimiento de la unidad nacional y el mantenimiento de la integridad territorial para asegurar la convivencia pacífica⁵.

7. Con todo, la misma disposición establece que “La Ley determinará las condiciones que en

todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”, por lo cual puede entenderse que las condiciones de exención y de prestación del servicio tienen una reserva legal por expreso mandato constitucional. Así, el Congreso expidió la Ley 48 de 1993, en la cual se regulan las condiciones de prestación del servicio militar para todo varón colombiano mayor de edad, así como las exenciones que podrán aplicarse en todo tiempo o en tiempo de paz. De este modo, el artículo 27 de dicha legislación prevé que estarán exentos de la mencionada obligación, en todo tiempo, los “limitados físicos y sensoriales permanentes” y “Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica”. Por su parte, el artículo 28 dispone quiénes quedarán exentos en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar. Por otra parte, la misma Ley 48 de 1993, junto con la Ley 548 de 1999 y la Ley 642 de 2001, regulan las modalidades de prestación del servicio militar, el tiempo de duración, los requisitos que debe cumplir quien lo preste, entre otros, así como las causales de aplazamiento de definición de la situación militar.

8. En cuanto a la relación entre la práctica profesional o de alto rendimiento del deporte y la prestación del servicio militar obligatorio, cabe señalar que las mencionadas disposiciones legales no contemplan dicha práctica como una causal de exención o aplazamiento de la mencionada obligación constitucional. Sin embargo, en el artículo 44 de la denominada “Ley del Deporte” (Ley 181 de 1995) se indica que:

“Artículo 44º.- Coldeportes, en coordinación con los entes deportivos departamentales y municipales, en su caso, adoptará las medidas necesarias para facilitar la preparación técnica, la incorporación al sistema educativo y la plena integración social y profesional de los deportistas de alto rendimiento durante su carrera deportiva y al final de la misma.

Para alcanzar estos fines, y en función de las circunstancias personales técnicas y deportivas del deportista, podrán adoptarse las siguientes medidas:

(...)

1. En orden al cumplimiento del Servicio Militar, el deportista gozará de los siguientes beneficios:

a. Prórroga de incorporación al servicio en filas;

b. Elección del lugar del cumplimiento de dicho servicio para facilitar su preparación de acuerdo con la especialidad deportiva”.

9. Si bien la Sala reconoce que la redacción del artículo citado no es clara en explicar si la norma del numeral 7 es imperativa o es facultativa de Coldeportes, se asumirá que la interpretación correcta es aquella según la cual dicho numeral implica una prerrogativa a favor de los deportistas de alto rendimiento, con independencia de la coordinación que Coldeportes pueda realizar con los entes deportivos regionales para alcanzar los fines señalados en el inciso primero. Lo anterior porque,

i) Como ya se dijo en anteriores consideraciones, las condiciones de prestación del servicio militar y las eventuales exenciones del mismo tienen una reserva legal, por lo cual no podría entenderse que el legislador dejó al arbitrio de Coldeportes la aplicación o no de un beneficio como el mencionado, que a todas luces establece una condición especial de prestación del servicio militar;

ii) Derivado de lo anterior, ni Coldeportes ni los entes deportivos regionales tienen competencia para establecer las condiciones de prestación del servicio militar, por lo que debe entenderse que la norma precitada tiene un carácter general, obligatorio y está dirigida a las autoridades militares, en beneficio de los deportistas de alto rendimiento.

iii) La interpretación asumida es la que más se ajusta a los principios constitucionales y jurisprudenciales citados, con respecto al derecho a la recreación y deporte. En efecto, la incorporación al Ejército de un deportista puede implicar la interrupción de su actividad, retrasando o, incluso, deteniendo definitivamente la realización de entrenamientos específicos para la disciplina que practica y la participación en competencias relacionadas, que son una parte fundamental de los deportes. Por tanto, en vista de que es un fin esencial del Estado la promoción del deporte, tiene sentido que el legislador haya establecido unos beneficios especiales, destinados a garantizar la continuidad de su práctica por parte de los deportistas que sean llamados a prestar el servicio militar obligatorio.

10. Así las cosas, puede concluirse que, a pesar de que un deportista no está exento de prestar el servicio militar obligatorio, sí tiene beneficios especiales en el cumplimiento de ese deber tales como una eventual prórroga (no especificada por la ley) del momento en el que deba ser incorporado a filas y, en caso de que ya se encuentre prestando el servicio, el

derecho a elegir el lugar de cumplimiento para facilitar su preparación deportiva siempre que demuestre su condición de deportista. En ese sentido, resulta útil señalar que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 del Decreto 2845 de 1984, las Fuerzas Militares cuentan con su propia Federación Deportiva y una liga por cada actividad deportiva que ésta maneje, por lo cual puede entenderse que los deportistas que sean incorporados gozarán del beneficio de elegir el lugar de prestación del servicio pasando a hacer parte de la respectiva liga militar que corresponda en su caso.

Estudio del caso concreto.

11. Con base en las anteriores consideraciones, la Sala pasará a determinar si la acción de tutela impetrada por los señores Héctor Olaya Ferreira y Guillermo Batista Villalba es procedente. Para esto, se procederá a establecer si la acción cumple los requisitos generales de procedencia y, en caso de que así sea, se resolverá de fondo.

11.1 Sobre el requisito de legitimación por activa, se tiene que, en principio, existía un defecto formal por la falta de justificación de la agencia oficiosa por parte del señor Héctor Olaya Ferreira. Sin embargo, como fue señalado en el fallo de segunda instancia, dado que la acción fue ratificada por el señor Batista Villalba, el mencionado defecto fue subsanado al punto que no existe ningún reparo en torno a la legitimación en causa por activa en el caso de referencia.

Frente a la legitimación por pasiva, es necesario hacer ciertas precisiones, habida cuenta de la información allegada por el Director de Reclutamiento del Ejército durante el trámite de revisión. En efecto, las funciones de los organismos de reclutamiento y movilización del Ejército fueron reguladas por el Decreto 2048 de 1993, el cual establece en su artículo 17 que “El conscripto declarado APTO para su incorporación, quedará bajo el control y vigilancia de las autoridades de reclutamiento, hasta su entrega a las diferentes Unidades Militares o de Policía”.

De ese modo, se tiene que la responsabilidad por el bienestar de los soldados que se encuentran prestando servicio militar obligatorio no recae únicamente en la mencionada Dirección de Reclutamiento, sino que también se distribuye entre las Unidades Militares a las que estos se encuentran asignados, en tanto que también son organismos encargados del reclutamiento, en virtud de los artículos 1 y siguientes del mismo Decreto. Aun así, la

distribución de funciones contenida en esas normas no establece específicamente, como lo afirma el señor Director de Reclutamiento, que las cuestiones relacionadas con el traslado, reubicación o desacuartelamiento le sean absolutamente ajenas a esa Dirección. Por el contrario, como lo señala el artículo 4, son funciones de los Directores del Servicio de Reclutamiento:

“g) Inspeccionar, por lo menos una vez cada año, las Zonas de Reclutamiento y Distritos Militares;

(...)

i) Disponer los cambios, aplazamientos, destinaciones y exenciones de los conscriptos que considere necesarios, con posterioridad al sorteo”;

De este modo, aun cuando es cierto que el Director de Reclutamiento no puede ejercer control sobre la situación de cada uno de los soldados y que la responsabilidad directa recae sobre la Unidad Militar a la que estos pertenecen, también es claro que las autoridades militares tienen un deber de coordinación que permita el cumplimiento de las normas sobre exenciones, traslados y aplazamientos para la prestación del servicio militar obligatorio. Por ende, no procede la solicitud de desvincular de la presente acción de tutela a la Dirección de Reclutamiento sino que, antes bien, debe señalarse que las órdenes que se llegasen a proferir deberían ser cumplidas por ésta en colaboración con las otras dependencias del Ejército encargadas del asunto; concretamente, la Dirección de Personal y el Batallón de Infantería No. 24, quienes ya se encuentran enteradas de la existencia de este proceso.

11.2 En cuanto al requisito de inmediatez, se observa que efectivamente existió un lapso de 10 meses entre el reclutamiento del señor Batista y la presentación de la acción de tutela. Esta circunstancia fue patente, al punto que fue uno de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema para declarar la improcedencia de la acción en segunda instancia. Sin embargo, con los datos recaudados por esta Sala durante el trámite de revisión, es posible establecer que la demora en la presentación de la acción estuvo justificada por el tiempo que le tomo al accionante la intervención ante las autoridades administrativas del Ejército y lo que esperó a que el Ejército cumpliera lo ordenado en una primera acción de tutela en busca de la protección del derecho fundamental de petición.

En ese sentido, si bien el señor Olaya no interpuso esa primera acción, lo cierto es que en ella se solicitaba al Ejército que respondiera a la solicitud de traslado, atención médica y desincorporación del señor Batista, lo cual, de haber sido respondido oportunamente, habría hecho innecesaria la acción que ahora se estudia. Por ende, la Sala encuentra que, en este caso, la demora en la presentación de la acción de tutela no se debe a la inacción de los actores sino, precisamente, a que se encontraban realizando gestiones para tratar de resolver el problema planteado por vías ordinarias, distintas al amparo constitucional. Así, puede darse por cumplido el requisito de inmediatez.

11.3 Por su parte, la falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad fue el segundo argumento expuesto por la sentencia de segunda instancia para negar el amparo. En esa decisión, la Corte Suprema indicó que la tutela no era procedente, en vista de que las autoridades militares eran las llamadas a evaluar, en el caso del señor Batista, si era procedente la solicitud de desincorporación o traslado. A lo anterior, sumó que ya existía una providencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, que obliga a las autoridades castrenses a pronunciarse sobre las solicitudes mencionadas, por lo cual no correspondía al juez constitucional decidir sobre las mismas.

Sobre este punto, la Sala de Revisión no puede menos que discrepar de lo decidido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de segunda instancia. Esto, por dos razones: primero, es obvio que las autoridades militares han mostrado un completo desprecio por la solicitud elevada por la Defensoría del Pueblo y, peor aún, por la decisión del Tribunal Superior de Cartagena que ordenó que se respondiera a dicha solicitud, de forma que el derecho fundamental de petición sigue siendo vulnerado por la autoridad accionada. Segundo, porque la acción de tutela interpuesta en esa ocasión no tiene identidad de fundamentos con la que ahora se estudia. En efecto, el derecho de petición elevado por la Defensoría tenía por objeto que se hiciera una valoración psicofísica del señor Batista, mientras que con la acción de referencia se pretende, además, que se proteja el derecho del accionante a gozar del derecho al deporte y a la recreación.

Por otra parte, la Sala no encuentra que los accionantes cuenten con otros mecanismos judiciales ordinarios para resolver la controversia planteada. En efecto, en el expediente existe suficiente material probatorio para establecer que el señor Batista practica el fútbol en calidad de deportista de tiempo completo, al punto que dedica 4 días a la semana a entrenar,

participa en competencias oficiales, hace parte de un Club deportivo acreditado ante la Liga de Fútbol de Bogotá y tiene planeado adelantar estudios en materias relacionadas con ese deporte. De esta manera, en su caso, el derecho al deporte se torna en fundamental, pues constituye su modo de vida y una oportunidad para desempeñarse laboralmente en el futuro, que puede verse trucada por el tiempo que lleva sin entrenar de manera apropiada en el Ejército Nacional. Por ende, la Sala encuentra que la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para ventilar el amparo incoado por la parte accionante, al no existir otro medio que permita la protección expedita de sus derechos.

12. Habiendo establecido la procedencia formal de la acción de tutela, la Sala realizará el estudio de fondo, teniendo en cuenta lo siguiente:

12.1 Como quedó dicho en el párrafo anterior, existe evidencia suficiente para establecer que el señor Batista practica el fútbol como actividad principal, al punto que puede decirse que se encuentra en formación para ser un deportista de alto rendimiento. Concretamente, se tiene el certificado de su pertenencia al Club Real Players F.C., en el cual se detalla que realiza entrenamientos 4 días a la semana y acude a competencias oficiales los fines de semana. Del mismo modo, consta que tiene 3 años de antigüedad como miembro de la Liga de Fútbol de Bogotá y que ha participado en varias categorías y torneos tales como el “Segunda Élite”, “Primera Élite”, Copa Élite “Ciudad de Bogotá”, Campeonato Federativo Sub 20 en 2012 y Copa Suroriente Año 20136.

12.2 Por otro lado, el Ejército Nacional ha omitido dar respuesta a los diferentes requerimientos hechos por los mismos accionantes para que el señor Batista sea trasladado a un lugar en el cual pueda practicar el deporte de su especialidad. Esto queda demostrado por el hecho de que desde que fue reclutado, fue trasladado al Guaviare, a una zona selvática, donde no ha podido realizar ningún tipo de entrenamiento deportivo. Del mismo modo, la entidad accionada ha mostrado desinterés por el estado de salud del accionante, en tanto que ni siquiera ha respondido a la solicitud elevada por la Defensoría del Pueblo para que se le realice a éste un examen psicofísico, a pesar de estar obligados a contestar en virtud de una sentencia judicial.

12.3 Lo anterior permite observar una flagrante violación de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 181 de 2015, citada anteriormente, en tanto que al señor Batista no se le ha dado la

oportunidad de elegir el lugar de prestación del servicio militar de forma que pueda seguir practicando el fútbol. Esto, a todas luces, constituye una vulneración del derecho fundamental al deporte y, con ello, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad, pues el señor Batista ha estructurado su proyecto vital en torno a su afición por el deporte señalado, hasta tal punto que ha optado por hacer de él su actividad profesional. En ese sentido, el Ejército interrumpió ilegítimamente el proceso de formación deportiva del accionante, al no haber dado cumplimiento a las prerrogativas que la misma ley le otorga a quienes han optado por hacer del deporte una profesión y que, a la vez, se encuentran cumpliendo con el deber de prestar el servicio militar obligatorio.

12.4 Por todo lo dicho, la Sala encuentra probada la vulneración de derechos alegada por los accionantes y el incumplimiento por parte del Ejército Nacional de las disposiciones legales antes mencionadas. Con todo, no se accederá a la pretensión de desincorporación, en vista de que la práctica de un deporte no constituye causal de exención y de que, por tanto, el señor Batista sí se encuentra obligado a prestar el servicio militar obligatorio. Hecha esta salvedad, para restaurar la garantía del derecho fundamental vulnerado, la Corte ordenará a la entidad accionada y al Batallón de Infantería No 24 que procedan a trasladar al señor Batista al lugar de su elección, donde pueda jugar al fútbol con un equipo adscrito la liga militar de la zona elegida, por el tiempo de servicio que le queda.

Igualmente, el Ejército, a través de su Dirección de Personal y en coordinación con la Dirección de Reclutamiento, deberá proveer al accionante con la atención de médicos y profesionales de materias afines relacionadas con la actividad deportiva, para que el señor Batista recupere el nivel deportivo, mental y físico que tenía al momento de ser reclutado y pueda participar en competencias acreditadas.

La atención médica especializada deberá prestarse durante el servicio militar del accionante y después de terminado el mismo, en caso de que éste lo requiera y hasta recuperarse completamente, con cargo al presupuesto del Ejército Nacional. Estos servicios deberán ser prestados aún si al momento de notificarse esta sentencia, el señor Batista ya hubiese cumplido con el tiempo de servicio militar obligatorio, en vista de que el eventual desgaste en su nivel de competencia es directamente imputable a la negativa del Ejército de permitirle participar en encuentros futbolísticos.

Con el fin de prevenir situaciones como la presentada con el señor Batista, la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional deberá proferir una directiva en la cual se aclare el alcance de la disposición contenida en el artículo 44 de la Ley 181 de 1995, según lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

12.5 Por otra parte, la Sala advierte que la situación actual del señor Batista no sólo implica la vulneración del derecho al deporte y otros relacionados, sino que también se ha visto afectado su estado de salud sin que, a la fecha, el Ejército haya tomado acciones al respecto. Al respecto, se recuerda que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el Estado tiene unas obligaciones especiales para con los soldados conscriptos, entre las que se destaca la de guardar en todo momento su salud física y mental. Por lo anterior, se ordenará al Ejército y, concretamente, al Batallón de Infantería No. 24 que, en un término perentorio de 48 horas, realice un examen médico y psicológico general al señor Batista y que, de ser necesario, le preste atención especializada, mientras se cumplen las gestiones necesarias para su traslado.

12.6. Finalmente, se solicitará a la Procuraduría General de la Nación para que, en el marco de sus competencias, proceda a estudiar la posibilidad de investigar disciplinariamente aquellas circunstancias fácticas relatadas por el accionante y que puedan dar lugar a hallazgos susceptibles de sanción; especialmente, las siguientes:

* Las circunstancias en torno al reclutamiento del señor Batista, en vista de que en la acción de tutela se afirma que fue incorporado a partir de una “batida” realizada por efectivos del Ejército Nacional el 26 de julio de 2015, en la ciudad de Bogotá, a pesar de que dicha práctica ha sido declarada como inconstitucional por esta Corporación.

* La reiterada negativa del Ejército Nacional de dar respuesta al derecho de petición presentado por la Defensoría del Pueblo el 29 de febrero de 2016 ante el Comandante del Batallón de Infantería No. 24, en la ciudad de Cartagena, aún a pesar de que el Tribunal Superior de Cartagena ordenó la contestación del mismo a través de sentencia de tutela del 13 de abril de 2016 (Rad. 13001-22-05-000-2016-00088-00).

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

SEGUNDO: ORDENAR a la Dirección de Reclutamiento del Ejército y al Batallón de Infantería No. 24 que, dentro de las 48 siguientes a la notificación de esta providencia, procedan a realizar exámenes médicos y psicológicos generales al señor Guillermo Batista Villalba y lo remita a atención especializada, de ser necesario, mientras se cumplen los trámites del traslado que se ordenará en los numerales subsiguientes.

TERCERO: ORDENAR a la Dirección de reclutamiento y control de reservas, que, en coordinación con el Batallón de Infantería No. 24, procedan a trasladar al señor Guillermo Batista Villalba al lugar que éste determine dentro del territorio nacional, para que participe en una de las ligas de fútbol adscritas a la Federación Deportiva Militar, durante el tiempo que dure la prestación del servicio militar obligatorio. Dicho traslado deberá realizarse dentro de los diez (10) días comunes siguientes a la notificación de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR al Ejército Nacional que, una vez hecho el traslado ordenado en el numeral anterior, provea al accionante con la atención de médicos y profesionales de materias afines relacionadas con la actividad deportiva y el fútbol, para que el señor Batista recupere el nivel deportivo, mental y físico que tenía al momento de ser reclutado y pueda participar en competencias oficiales.

La atención médica especializada deberá otorgarse durante el servicio militar del accionante y después de terminado el mismo, en caso de que el accionante lo requiera y hasta que se recupere completamente, a cargo del Ejército Nacional. Estos servicios deberán ser prestados por la entidad accionada aún si al momento de notificarse esta sentencia, el señor Batista ya hubiese cumplido con el tiempo de servicio militar obligatorio.

QUINTO: ORDENAR a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional deberá proferir una directiva en la cual se aclare el alcance de la disposición contenida en el artículo 44 de la Ley 181 de 1995, según lo dispuesto en la parte

considerativa de esta providencia. Sin embargo, la eventual demora en la expedición de dicha directiva no podrá justificar, en modo alguno, la omisión del cumplimiento inmediato del mencionado artículo por parte de todas las oficinas de reclutamiento del Ejército Nacional.

SEXTO: SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación que realice un seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en esta sentencia y que, en el marco de sus competencias, proceda a estudiar la posibilidad de investigar disciplinariamente aquellas circunstancias fácticas relatadas por el accionante y que puedan dar lugar a hallazgos susceptibles de sanción; especialmente, las siguientes:

* Las circunstancias en torno al reclutamiento del señor Batista, en vista de que en la acción de tutela se afirma que fue incorporado a partir de una “batida” realizada por efectivos del Ejército Nacional el 26 de julio de 2015, en la ciudad de Bogotá, a pesar de que dicha práctica ha sido declarada como inconstitucional por esta Corporación.

* La reiterada negativa del Ejército Nacional de dar respuesta al derecho de petición presentado por la Defensoría del Pueblo el 29 de febrero de 2016 ante el Comandante del Batallón de Infantería No. 24, en la ciudad de Cartagena, aún a pesar de que el Tribunal Superior de Cartagena ordenó la contestación del mismo a través de sentencia de tutela del 13 de abril de 2016 (Rad. 13001-22-05-000-2016-00088-00).

SEPTIMO: Para efectos del numeral anterior, REMITIR, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, una copia del expediente de referencia y de la presente sentencia, a la Procuraduría General de la Nación.

OCTAVO: LÍBRENSE por Secretaría General de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y

cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver, entre otras, Sentencias C-005/93 M.P. T-383/94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-317/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-479/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-758/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

2 Ver, entre otras: Sentencias T-435 de 2015. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-660 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-297 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; T-287 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

3 Ver Sentencia C-287 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa

4 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

5 Cfr. Sentencias T-626 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos y T-004 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

6 Expediente, págs. 17 a 19, Cuaderno Principal.