

T-122-94

Sentencia No. T-122/94

#### SERVICIO MILITAR-Unión de hecho/PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO

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. 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 efektividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

#### DERECHO A LA FAMILIA/SERVICIO MILITAR-Exenciones

Cuando la ley exencionó del servicio militar al “varón casado que haga vida conyugal estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios éticos- 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, merece también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado.

REF.: Expediente No. 25066

PETICIONARIO: LUZ DARY CAICEDO DIAZ

PROCEDENCIA: Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez (Cauca)

MAGISTRADO PONENTE: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Sexta de Revisión, integrada por los Honorables Magistrados ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, FABIO MORON DIAZ y HERNANDO HERRERA VERGARA, previo estudio del Magistrado Ponente, procede a revisar la sentencia que para decidir la acción de la

referencia, fue proferidas por el Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez (Cauca), el día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

## I. INFORMACION PRELIMINAR

LUZ DARY CAICEDO DIAZ, impetró la acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Constitución Política, a fin de que “se proteja mi derecho constitucional fundamental a conformar una familia que es el núcleo fundamental de la sociedad, consagrado en el Artículo 42 de la Constitución Nacional que ha sido amenazado por la acción del EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA”, para lo cual solicita que YUBER CARABALI CARABALI, quien actualmente presta el servicio militar obligatorio, sea devuelto “con su respectiva libreta militar para que se reintegre de nuevo al núcleo familiar que desde hace tiempo atrás hemos conformado”. Pide además, condenar a la Institución demandada al pago de perjuicios y de costas.

### A. HECHOS

Según la peticionaria, sirven de fundamento para el ejercicio de la acción de tutela los siguientes hechos:

1. “Que hace aproximadamente unos (2) años hago vida marital con el señor YUBER CARABALI, con quien hemos constituido una familia”.
2. “Que el pasado veinte (20) de agosto del año en curso fue alistado a prestar el Servicio Militar Obligatorio mi compañero YUBER CARABALI, por el Batallón Pichincha acantonado en Cali (Valle), a un lugar que hasta la fecha desconozco”.
3. “Que el día que el señor o sea mi compañero YUBER CARABALI CARABALI, fue llevado a prestar el Servicio Militar obligatorio contaba con ocho (8) meses de embarazo”.
4. “Que soy una persona sola, menor de edad, y que al momento de esta separación forzada por el Ejército Nacional y al momento no poseo bienes de fortuna ni existe persona que me pueda socorrer para garantizar el nacimiento de mi hijo debido a que él era quien trabajaba y me garantizaba el sustento tanto mio como el del bebe que esta por nacer (SIC)”.

(...)

## II. LA SENTENCIA OBJETO DE REVISION

El Juzgado Promiscuo Municipal de Suárez (Cauca), mediante Sentencia de octubre ocho (8) de mil novecientos noventa y tres (1993), resolvió “DENEGAR la tutela...” de conformidad con las siguientes consideraciones:

1. Las normas que reglamentan la prestación del servicio militar (anteriormente la Ley 1 de 1945 y actualmente la Ley 48 de 1993) prevén algunas excepciones dentro de las que no encaja la situación de YUBER CARABALI CARABALI, “razón por la cual habrá de denegarse la tutela, máxime si a ello agregamos que la paternidad anticipada, en ningún momento se ha aceptado por YUBER ni se ha acreditado en el trámite de esta acción”.

2. La actora “quien corría a cargo de la prueba, no ha demostrado que su compañero permanente se encuentra dentro de las excepciones que la Ley ha previsto, por ende, está en la misma posición que la de sus conciudadanos, obligados a cumplir el servicio militar, exonerarlo por el Juzgado a tal deber, sería violar flagrantemente otro derecho fundamental, el de la igualdad ante la Ley, Artículo 13 Carta Fundamental; hay prevalencia de los intereses y necesidades colectivas sobre los individuales”.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### A. LA COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por los Artículos 86, Inciso tercero y 241, Numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los Artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar la sentencia que resolvió acerca de la acción de tutela de la referencia.

Se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto efectuado según lo establecido por el reglamento de esta Corporación.

### B. LA MATERIA

Una de las temáticas que con mayor claridad revela la necesaria relación entre el Estado y la

sociedad es la de los deberes constitucionales que, en un sentido general, implican situaciones de sujeción impuestas a las personas en aras de proteger un interés de carácter colectivo. Los deberes constituyen la observancia de un conjunto de comportamientos de contenido positivo o negativo que se traducen en la vinculación de la conducta de los particulares a la realización de algunas prestaciones de índole personal y patrimonial, desarrolladas primordialmente, con base en intereses generales de la comunidad.

Especial importancia adquiere la consagración de los deberes de la persona y del ciudadano si se tiene en cuenta que estos constituyen un marco ético de naturaleza civil que, en concordancia con la finalidad de propender por la tutela de intereses colectivos, persigue el acatamiento de la Constitución y de las leyes (Artículo 4) así como el logro de ciertos fines de la organización política dentro de los que se inscribe el de defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial (Artículo 2).

A ese propósito tan relevante que compromete la existencia misma del Estado corresponde cabalmente el deber contemplado en el Artículo 95, Numeral 3 de la Carta, consistente en “respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales”. En armonía con estos postulados el Artículo 216 de la Constitución establece que “todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. Sobre el particular, en la Sentencia No. 277 de 1993, de la que fue ponente el Honorable Magistrado Antonio Barrera Carbonell, se expuso:

“Sería ingenuo admitir, que el Estado pueda responder por su obligación de ‘defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica’ (C.P., Artículo 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, el 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’ (Artículo 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...”

Este servicio, entonces, es uno de los clásicos deberes de carácter personal cuyo cumplimiento trae consigo la restricción temporal de ciertos derechos y libertades de modo que

“... 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 supuesto 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”. (Sentencia No. 326 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell)

Empero, en algunas ocasiones además de los derechos del conscripto pueden verse comprometidos los derechos de miembros de su familia y en particular los correspondientes a los hijos menores de edad. Surge de tal manera una indiscutible incompatibilidad entre los deberes que el llamado a filas debe atender respecto del Estado y aquellos otros deberes u obligaciones que la misma Carta le impone en relación con su familia. La exigencia simultánea de unos y otros “genera 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”. (Sentencia 491/93)

Así las cosas, cuando a la ausencia del padre, causada por la prestación del servicio militar, se suman circunstancias que tienen que ver con el desempleo y la desprotección de la madre de los menores, puede presentarse una vulneración de los derechos fundamentales que el Artículo 44 de la Constitución reconoce a los niños. En la Sentencia No. 326 de 1993, se consignaron los siguientes planteamientos que en esta oportunidad reitera la Sala.

“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 (C.P. Artículo 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”.

Y más adelante se puntualizó que:

“Tener una familia y no ser separado de ella constituye un derecho fundamental de todo niño, porque, como es sabido, el ámbito natural de su socialización y desarrollo es el núcleo familiar y nadie, ni si quiera la autoridad civil o militar, tiene la potestad de desarraigarlo de su medio, lo cual ocurriría al privarlo de la protección paternal, porque ello entraña de hecho una violación constitucional por el propio Estado, de un derecho primario y primero, cuando su deber, al contrario, es el de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (C.P. art. 44).

Para la nueva Carta Política, la familia es un producto social y el núcleo fundamental de la sociedad (art 42), que se constituye con ocasión del matrimonio o de una unión marital de hecho, y a la cual el Estado como la propia sociedad, deben garantizarle una protección integral. Además, la Constitución predica una igualdad de derechos y deberes de los “hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”, de manera que en materia de los derechos de los niños en relación con su familia, y en particular frente a los deberes de sus padres para con ellos, no juega ninguna discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

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 éticos- 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, merece también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe 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”.

Como quiera que en el momento actual el Estado colombiano no cuenta con un sistema prestacional y de seguridad social que brinde protección a los menores mientras su padre cumple con el deber de prestar el servicio militar y que tampoco se han desarrollado los contenidos del Artículo 43 superior, referentes a la asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y con posterioridad al parto, esta Corte en Sentencia de Sala Plena No. 491 de 1993, con ponencia del Honorable Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, expresó lo siguiente:

“... al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por la 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”.

Ahora bien, la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento para evadir el cumplimiento del deber de prestar el servicio Militar. La desincorporación de quien actualmente se encuentra al servicio de la patria busca en eventos excepcionales, como el que ahora examina la Sala, la protección de los derechos fundamentales de los hijos menores, siempre que se acrediten los presupuestos que en un asunto similar ha tenido en cuenta la jurisprudencia de esta Corte: “(1) el reconocimiento de la paternidad por el soldado respecto de quien se solicita el descuartelamiento; (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 del apoyo económico de las personas llamadas por Ley a prestar alimentos a sus familiares cercanos”. (Sentencia 491 de 1993)

Las circunstancias aducidas en el escrito de demanda aparecen corroboradas por los testimonios de JOSE ORLAY CARABALI, obra certificación fechada el Primero de octubre de 1993 y suscrita por un médico del Hospital regional Francisco de Paula Santander, en la que consta que la paciente “Luz Dary Caicedo asiste a control prenatal”. Cabe además observar que las autoridades militares, mediante telegrama anunciaron respuesta por oficio No. 0051

a los informes solicitados por el Juzgado; sin embargo el oficio no reposa en el expediente. En el proceso judicial además, se omitió ordenar el testimonio de YUBER CARABALI para los efectos del reconocimiento de la paternidad, por tal motivo el otorgamiento del amparo a los derechos fundamentales del niño, se condicionará a que el presunto padre, reconozca personalmente ante el juez de primera instancia la paternidad. De no ser así deberá continuar la prestación del servicio militar.

#### IV. DECISIÓN

##### RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Suarez (Cauca), el día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONCEDER la tutela impetrada por LUZ DARY CAICEDO DIAZ, y en consecuencia se ordena al EJERCITO NACIONAL, disponer el desacuartelamiento del soldado YUBER CARABALI CARABALI, a quien el Ejército deberá otorgar libreta militar en la forma establecida por la Ley y el reglamento, siempre que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia, YUBER CARABALI reconozca su paternidad sobre el hijo de LUZ DARY CAICEDO DIAZ. Se advierte que el reconocimiento deberá hacerse personalmente por CARABALI CARABALI ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Suarez (Cauca), para lo cual, las autoridades militares facilitarán el desplazamiento de YUBER CARABLI CARABALI. Satisfecha esta condición, el Ejército Nacional procederá al desacuartelamiento y a la expedición de la respectiva libreta militar.

TERCERO. LIBRENSE por secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Cópiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General