

T-299-14

Sentencia T-299/14

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-

Requisitos

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Presentación por Personero Municipal

El Defensor del Pueblo y los personeros municipales también tienen la posibilidad de presentar la acción de tutela, con la finalidad de solicitar el amparo de los derechos de un tercero. Esta facultad se origina en el mandato consagrado en el numeral 3 del artículo 282 del Texto Superior, que faculta al Defensor para “interponer acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados”, como expresión de su deber institucional de velar “por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos”.

AGENCIA OFICIOSA EN CASOS DE TUTELAS INTERPUESTAS POR TERCERAS PERSONAS QUE SOLICITAN APLICACION DE EXENCIONES DEL SERVICIO MILITAR

SERVICIO MILITAR-Exenciones previstas en la Ley

[L]a Constitución Política, (...), no sólo previó la posibilidad de que la ley estableciera la prestación del servicio militar, con carácter obligatorio, como se desprende de la habilitación expresa que otorga al legislador para la determinación de las condiciones que en todo tiempo eximen del mismo, sino que también lo facultó para establecer diferencias entre quienes deben prestarlo y quienes, por encontrarse en circunstancias específicas, no están obligados a hacerlo en tiempo de paz, de acuerdo con la habilitación expresa del artículo 216 superior.”

SERVICIO MILITAR-Exención a los casados que hagan vida conyugal y también a quienes convivan en unión permanente

OBLIGACION DE PRESTAR SERVICIO MILITAR FRENTE A OBLIGACION CON LA FAMILIA-Prevalece protección a favor de hijos menores de edad o hijos que están por nacer y la mujer en estado de embarazo

La tensión que existe entre la prestación del servicio militar y las obligaciones para con la familia, se resuelve en términos constitucionales y legislativos con la prevalencia de esta última y de los derechos de los niños (CP arts. 5 y 44). Esto significa que, por una parte, las exenciones legales consagradas para tal efecto en la Ley 48 de 1993, al constituirse en una herramienta de protección a la institución básica de la sociedad, pueden ejercerse de manera libre por quienes son sus beneficiarios; y, por la otra, como contrapartida, las autoridades militares -en representación del Estado- deben garantizar su debida y efectiva aplicación.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y PROTECCION A HIJO QUE ESTA POR NACER-Orden de desacuartelamiento hasta que soldado admita unión de hecho

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y PROTECCION A HIJO QUE ESTA POR NACER-Orden de desacuartelamiento definitivo hasta que soldado admita unión de hecho y reconozca la paternidad del hijo que está por nacer

Referencia: expediente T-4.195.510 y T-4.200.527 (acumulados)

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor Luis Hernando Machado Ávila, en calidad de Personero Municipal y en representación de la menor Leidy Julieth Lizcano Rey, contra el Ministerio de Defensa Nacional y otros; y acción de tutela impetrada por la señora Kelly Johana Castro Montoya contra el Ministerio de Defensa Nacional y otros.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, 26 de mayo de dos mil catorce (2014).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por el señor Luis Hernando Machado Ávila, por petición de la menor Leidy Julieth Lizcano Rey, contra el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional de Colombia y el Batallón de Infantería de Selva No. 24 “General Luis Carlos Camacho Leyva”, y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia respecto de la acción de tutela interpuesta por la señora Kelly Johana Castro Montoya contra el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional de Colombia y el Batallón de Ingenieros No. 4 “General Pedro Nel Ospina”.

I. ANTECEDENTES, SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN Y ACTUACIONES DE LA CORTE

1.1. Expediente T-4.195.510

Esta acción se presentó por el señor Luis Hernando Machado Ávila, Personero Municipal de Madrid, Cundinamarca, por solicitud de la menor Leidy Julieth Lizcano Rey, en contra del Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional de Colombia y el Batallón de Infantería de Selva No. 24 “General Luis Carlos Camacho Leyva”. Al respecto, se reclama la protección de los derechos a la vida, a la salud y al mínimo vital de la citada menor y de su hijo que está por nacer[1].

1.1.1. Hechos

(i) El señor Jaime Humberto Huertas Velosa fue reclutado para prestar el servicio militar en el municipio de Mosquera, Cundinamarca, luego de lo cual fue remitido al Batallón de Infantería de Selva No. 24 “General Luis Carlos Camacho Leyva”.

(iii) El 4 de octubre de 2013, el Batallón de Infantería de Selva No. 24 negó la petición, con fundamento en las siguientes razones:

1. La exención consagrada en el artículo 28 de la Ley 48 de 1993, hace referencia, de manera exclusiva, a las personas que hubieren contraído matrimonio y que “hagan vida marital” y, por ende, dicha causal no es aplicable al caso concreto, dado que entre el reclutado y la menor sólo existe una convivencia de hecho.

2. De las pruebas allegadas no es posible constatar que el señor Huertas Velosa sea el

padre del bebe, ya que no se presentó “el registro civil de nacimiento [que] es el documento legal para certificar que un hijo es de una persona, si y solo si en ese documento aparece el bebe registrado con los apellidos de padre y madre”.

3. No está contemplado dentro de la Ley 48 de 1993, “como exención de ley, para no prestar servicio militar, el ser futuro padre”.

(iv) Finalmente, se afirma que la menor Lizcano Rey y el señor Huertas Velosa, conviven en arriendo en un apartamento ubicado en el barrio Puertas del Sol, aproximadamente desde el mes de enero de 2013. En el momento en el que se presentó la tutela ella tenía una edad gestacional de 5 meses.

1.1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos anteriormente relatados, se solicita al juez constitucional conceder el amparo de los derechos a la vida, a la salud y al mínimo vital de la menor Lizcano Rey y de su hijo que está por nacer. En consecuencia, se pide exonerar al señor Jaime Humberto Huertas Velosa de prestar el servicio militar obligatorio, ya que ellos dependen económicamente de él.

1.1.3. Contestación de la demanda

1.1.3.1. Batallón de Infantería de Selva No. 24 “General Luis Carlos Camacho Leyva”

El Teniente Coronel que actuó en representación del citado Batallón, en un primer momento, afirmó que no existe prueba, siquiera sumaria, para demostrar que el nasciturus sea futuro hijo del señor Huertas Velosa. Sobre este punto, señaló que la invocación de presuntos hijos, se ha convertido en una modalidad que usan algunos jóvenes para no prestar el servicio militar obligatorio, pues una vez logran obtener la libreta militar, no responden más por ellos.

Con posterioridad, consideró que en ningún momento se han vulnerado los derechos fundamentales de Leidy Julieth Lizcano Rey, ya que ella “debería estar en el seno de su hogar, en compañía y al cuidado de su madre, padre, hermanos y no en estado de indefensión y abandono, como se encuentra (...)”. En este orden de ideas, explicó que si el señor Huertas Velosa cumple con el servicio militar obligatorio estaría buscando un mejor

futuro, ya que los soldados regulares tienen derecho a una bonificación mensual que podría ayudar para el sostenimiento de su presunta compañera permanente, sin perjuicio de la obligación que tiene esta última de trabajar.

1.1.3.2. Procuraduría General de la Nación –Delegada para asuntos civiles–

La Procuradora Judicial II para asuntos civiles afirmó que es imperante que se amparen los derechos fundamentales de la menor Lizcano Rey, porque los hechos en que se funda la solicitud de amparo se encuentran plenamente acreditados. Por otra parte, sostuvo que, para este caso, no se puede exigir el registro civil de nacimiento como prueba idónea para acreditar quién es el padre, ya que el bebe todavía no había nacido.

1.1.4. Pruebas

Las pruebas relevantes que obran en el expediente son:

1. Derecho de petición interpuesto por la Personería Municipal de Madrid, Cundinamarca, ante el Batallón de Infantería de Selva No. 24 “General Luis Carlos Camacho Leyva”, en el que se solicita el desacuartelamiento del señor Jaime Humberto Huertas Velosa. Esta solicitud se realizó mediante Oficio No. 2070 del 23 de septiembre de 2013[2].
2. Respuesta al citado derecho de petición mediante oficio No. 03054 del 4 de octubre de 2013[3].
3. Copia de la tarjeta de identidad de la menor Leidy Julieth Lizcano Rey[4].
4. Declaración extrajuicio No. 2042 de las señoras Inelba Quintero Amado y Elizabeth Motato León, en la que se dejan las siguientes constancias: (i) que conocen desde hace dos años al señor Jaime Humberto Huertas Velosa, (ii) que éste “hace aproximadamente diez (10) meses convive bajo el mismo techo en forma permanente con el (la) menor de edad Leidy Julieth Lizcano Rey (...), quien está en estado de gestación con 4 meses de embarazo” y (iii) que “la dependencia económica del hogar está a cargo del señor Jaime Humberto Huertas Velosa.”[5] Esta declaración fue realizada el 12 de septiembre de 2013 en la Notaría Única de Madrid, Cundinamarca.

5. Declaración extra juicio No. 2323 de las señoras María Pilar Casas Salazar y Kelly Jhoanna Casas Salazar, en la que se dejan las siguientes constancias: (i) que conocen desde hace cuatro años al señor Jaime Humberto Huertas Velosa, (ii) que éste “hace aproximadamente diez (10) meses convive bajo el mismo techo en forma permanente con el (la) menor de edad Leidy Julieth Lizcano Rey (...), quien está en estado de gestación con 5 meses y medio de embarazo”, y (iii) que “la dependencia económica del hogar está a cargo del señor Jaime Humberto Huertas Velosa.”[6] Esta declaración fue realizada el 21 de octubre de 2013 en la Notaría Única de Madrid, Cundinamarca.

6. Declaración extra juicio No. 2324 de las señoras Norberto Vargas Torres y Gladys Salazar de Casas, en la que se dejan las siguientes constancias: (i) que conocen desde hace siete años al señor Jaime Humberto Huertas Velosa, (ii) que éste “hace aproximadamente diez (10) meses convive bajo el mismo techo en forma permanente con el (la) menor de edad Leidy Julieth Lizcano Rey (...), quien está en estado de gestación con 5 meses y medio de embarazo”, y (iii) que “la dependencia económica del hogar está a cargo del señor Jaime Humberto Huertas Velosa”. Esta declaración se realizó el 21 de octubre de 2013 en la Notaría Única de Madrid, Cundinamarca.

7. Copia de la ecografía obstétrica que prueba el embarazo de la menor Leidy Julieth Lizcano Rey[7].

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, negó el amparo constitucional invocado, pues considera “que no quedó plenamente acreditado, que el señor Jaime Humberto Huertas Velosa, tenga una convivencia con la menor de edad L.J.L.R., puesto que las declaraciones extra juicio aportadas por el demandante en tutela como prueba de la unión, no son suficientes para considerar su demostración”. Así las cosas, en su opinión, la causal de exención alegada no está llamada a prosperar, en los términos en que fue consagrada en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993.

1.1.6. Actuaciones en sede de revisión

En Auto del 25 de marzo de 2014, el Magistrado Sustanciador le pidió a la accionante que se pronunciara acerca de los requerimientos económicos que actualmente tiene, en especial, en el caso de que su hijo ya hubiese nacido, y de las condiciones de afectación al mínimo vital. Para esto, le solicitó una relación de los ingresos mensuales y de sus gastos,

acompañada de los documentos que sirvan de soporte a las respuestas brindadas.

En respuesta del 7 de abril del año en cita, la menor Leidy Julieth Lizcano Rey, a través del señor Machado Ávila, Personero Municipal de Madrid, Cundinamarca, (i) manifestó que su hija nació el 14 de febrero de 2014[8] y que (ii) el señor Huertas Velosa prestó el servicio militar hasta el 22 de diciembre de 2013, pues una vez se le otorgó un permiso de salida, decidió no regresar al Batallón de Infantería.

Como consecuencia de lo anterior, (iii) sostiene que al citado señor no se le ha expedido la libreta militar, la cual es necesaria para continuar trabajando en una empresa de agricultura, en la que está recibiendo un salario mensual de \$800.000 pesos, cuya fuente es el único ingreso familiar que, en la actualidad, alcanza para cubrir todas las necesidades básicas de él y su familia.

1.2. Expediente T-4.200.527

Esta acción se presentó por la señora Kelly Johana Castro Montoya, en nombre propio y en representación de su hijo que está por nacer, en contra del Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional de Colombia y el Batallón de Ingenieros No. 4 “General Pedro Nel Ospina”. Al respecto, se reclama la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la salud, a la unidad familiar y a la protección especial a la niñez.

1.2.1. Hechos

(i) La señora Kelly Johana Castro Montoya y el señor Juan Esteban Sánchez Vélez viven en unión libre desde hace más de tres años en el municipio de Concordia, Antioquia. Durante todo este tiempo los gastos de manutención del núcleo familiar han sido cubiertos por el citado señor.

(ii) Según manifiesta la accionante, el día 18 de mayo de 2013, el señor Sánchez Vélez se presentó voluntariamente ante el Batallón de Ingenieros No. 4 “General Pedro Nel Ospina”, sin que ninguno de los dos conociera el estado de embarazo en el que ella se encontraba. Para el momento en el que presentó la tutela, la actora tenía una edad gestacional de 4 meses y medio.

(iii) De acuerdo con lo expuesto en la demanda, el señor Sánchez Vélez fue enviado a

cumplir el servicio militar al municipio de Ituango, Antioquia, lo que le ha ocasionado a la accionante profundas depresiones y alteraciones nerviosas que, según indicaciones médicas, ponen en peligro la vida y normal desarrollo de su embarazo. Lo anterior, básicamente, porque los alrededores del citado municipio son considerados una zona de alto riesgo o zona roja.

(iv) Por último, la demandante sostiene que desde que su compañero permanente inició la prestación del servicio no ha contado con estabilidad económica para satisfacer sus necesidades básicas, sino que sobrevive con la poca ayuda que le brinda la abuela del señor Sánchez Vélez. En este contexto, manifiesta que ha tratado de conseguir un empleo, pero que su estado de embarazo parece convertirse en un obstáculo para dicho propósito.

1.2.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos anteriormente relatados, la accionante solicita al juez constitucional conceder el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la vida, a la unidad familiar y a la protección especial a la niñez. En consecuencia, pide ordenar el desacuartelamiento de su compañero permanente, el señor Juan Esteban Sánchez Vélez, ya que ella depende económicamente de él.

1.2.3. Contestación de la demanda

El Teniente Coronel que actuó en representación del citado Batallón, inicialmente sostuvo que no se tiene por probada la supuesta unión marital entre la accionante y el soldado Sánchez Vélez, ya que no se allegó ningún elemento probatorio que diera cuenta de dicha relación. Por esta razón, la causal de exención alegada no está llamada a prosperar, en los términos en que fue consagrada en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993. Aunado a lo anterior, afirmó que no le consta que el citado señor sea el padre del nasciturus.

Finalmente, el representante del Batallón hace referencia a la importancia de la obligación constitucional que se encuentra cumpliendo el soldado, pues por medio de la prestación del servicio militar, se propende por “la prevalencia del interés general como es el de preservar nuestra soberanía.”

1.2.4. Pruebas

Las pruebas relevantes que obran en el expediente son:

1. Declaración extrajuicio rendida por la accionante y ante dos testigos, en la que afirma (i) que hace tres años convive en unión libre con el señor Juan Esteban Sánchez Vélez, (ii) que se encuentra embarazada y (iii) que depende económicamente de él[9]. Esta declaración se realizó el 12 de septiembre de 2013 en la Notaria Veintitrés del Circuito de Medellín.
2. Copia de la ecografía gestacional con fecha del 10 de septiembre de 2013, que da cuenta del estado de embarazo de la actora[10].
3. Dictamen médico del 26 de septiembre de 2013, en el que se acredita el síndrome depresivo-ansioso que afecta a la señora Kelly Johana Castro Montoya y que, según afirma, pone en riesgo su estado de embarazo[11].

1.2.5. Sentencias objeto de revisión

1.2.5.1. Primera instancia

La Sala Tercera Civil de Decisión del Tribunal Superior de Medellín negó el amparo invocado, pues consideró que no se encuentra acreditada la presunta unión marital de hecho entre la accionante y el señor Sánchez Vélez. Por lo demás, aunque se vinculó al citado señor al proceso, sostiene que éste nunca se pronunció sobre su situación.

1.2.5.2. Impugnación

La accionante afirmó que su compañero permanente no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda de tutela, puesto que no fue notificado en debida forma por el Batallón o por quien -en su lugar- debió hacerlo.

Adicionalmente, sostiene que si bien el señor Sánchez Vélez se presentó voluntariamente para cumplir con la obligación constitucional del servicio militar, lo hizo sin conocer su estado de embarazo, por lo que dicho ingreso “se dio bajo unos hechos y circunstancias absoluta y radicalmente distintas a las existentes en el momento actual, pues desconocía (...) que iba a ser padre y que debido a mi calidad de desempleada la obligación de manutención del hogar recaería en él exclusivamente”.

1.2.5.3. Segunda instancia

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, confirmó la sentencia de primera instancia. Al respecto, entre otras, justificó su decisión en que “el desconocimiento de su presunta paternidad, por sí sólo, [no] sirve de excusa para justificar dicha omisión”. En la misma medida consideró que el a-quo actuó correctamente al no decretar los testimonios solicitados por la parte actora, ya que “no se indicó con exactitud lo que se pretendía demostrar con los mismos y tal autoridad estimó suficiente la [prueba] documental aportada con el escrito inicial para analizar la situación.”

1.2.6. Actuaciones en sede de revisión

En Auto del 25 de marzo de 2014, el Magistrado Sustanciador también le pidió a la accionante que se pronunciara acerca de los requerimientos económicos que actualmente tiene, en especial, en el caso de que su hijo ya hubiese nacido, y de las condiciones de afectación al mínimo vital. Una vez vencido el término de tres días otorgado en la mencionada providencia, no se recibió respuesta alguna.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. Los expedientes fueron seleccionados por medio de Auto del 30 de enero de 2014, proferido por la Sala de Selección número Uno.

3.2. Problema jurídico

A partir de las circunstancias que rodearon el ejercicio de las acciones de tutela y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Corporación debe determinar, si las autoridades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital y a la familia de las accionantes, como consecuencia de su decisión de no permitir el desacuartelamiento de los señores Jaime Humberto Huertas Velosa y Juan Esteban Sánchez Vélez, a pesar de que frente ambos se alega la causal de exención, referente al hecho de convivir en unión permanente.

Con el fin de resolver este problema jurídico, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: (i) la legitimación en la causa por activa, en especial, cuando la acción de tutela es interpuesta por un personero municipal; (ii) la obligación de prestar servicio militar y las causales eximentes; y finalmente, (iii) las tensiones que surgen entre la obligación de prestar dicho servicio y las obligaciones para con la familia.

3.3. De la procedencia de la acción de tutela: Legitimación por activa

3.3.1. Aun cuando la tutela ha sido caracterizada por la Corte como una acción informal, se ha puesto de presente que, en todo caso, es necesaria la observancia de unos requisitos mínimos de procedibilidad[12]. Uno de ellos es el concerniente a la legitimación en la causa por activa, cuya exigibilidad se deriva de lo previsto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[13]. Sobre este punto, este Tribunal ha afirmado que:

“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable. Es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito y debe entonces simplemente [declarar improcedente el amparo].”[14]

De acuerdo con el régimen normativo de la acción de tutela, por regla general, ésta debe ser ejercida por el titular del derecho vulnerado o amenazado, ya sea de manera directa o por medio de representante y/o apoderado. No obstante, se consagran dos excepciones, en primer lugar, la actuación a través de agente oficioso, siempre que el interesado no esté en condiciones de promover su propia defensa; y, en segundo lugar, la interposición de la acción por medio del Defensor del Pueblo o de los personeros municipales, cuando la persona así lo solicite o se encuentre en situación de desamparo e indefensión[15].

3.3.2. En el caso de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo, ya sean menores o mayores de edad, esta Corporación ha sostenido que están legitimadas no sólo para amparo sus derechos, sino también los de su hijo que está por nacer. Precisamente, este Tribunal ha precisado que el nasciturus “se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta fundamental reserva para los niños”[16], a partir de una lectura

armónica de lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. Así, en Sentencia T-179 de 1993[17], la Corte afirmó que:

“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”. [18]

3.3.3. Por otra parte, como ya se dijo, el Defensor del Pueblo y los personeros municipales también tienen la posibilidad de presentar la acción de tutela, con la finalidad de solicitar el amparo de los derechos de un tercero. Esta facultad se origina en el mandato consagrado en el numeral 3 del artículo 282 del Texto Superior, que faculta al Defensor para “interponer acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados”, como expresión de su deber institucional de velar “por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos”. En desarrollo de lo expuesto, el Decreto 2591 de 1991 dispone que:

“Artículo 46.- Legitimación. El Defensor del pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión. (...)

Artículo 49. Delegación a los personeros. En cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial, podrá por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer las acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente.”

En todo caso, siempre que se actúe por intermedio de las citadas autoridades del Ministerio Público, es preciso que se cumpla con una de dos condiciones: (i) que el titular de los derechos haya solicitado actuar en su representación; o (ii) que la persona se encuentre desamparada e indefensa, esto es, que carezca de medios físicos y/o jurídicos, en aras de evitar o resistir la amenaza o violación a sus derechos fundamentales[19]. De todos modos, cuando el amparo recae sobre un menor de edad, se considera que la citada legitimación por activa es amplia, en respuesta al carácter prevalente de sus derechos y al deber de asistencia y protección que el Constituyente le impone al Estado, en los términos consagrados en el artículo 44 del Texto Superior.[20]

Por último, en cuanto a la exigencia prevista en el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991, el Defensor del Pueblo profirió la Resolución No. 001 del 02 de abril del año en cita, en la que delegó la atribución de interponer acciones de amparo en los personeros municipales y distritales[21].

3.3.4. En cuanto a los casos objeto de estudio, la Sala encuentra que en el proceso T-4.200.527, la señora Kelly Johana Castro Montoya solicita en nombre propio la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, al mínimo vital y a la familia,

por lo que se encuentra acreditado el requisito de la legitimación por activa. Lo mismo ocurre frente a los derechos de su hijo que está por nacer, en relación con los cuales esta Corporación entiende que existe plena legitimidad en la causa, a partir de la extensión del régimen previsto para los niños. En efecto, no sobra recordar que a los padres les corresponde la representación legal de sus hijos, en virtud de lo previsto en el artículo 62 del Código Civil.

En relación con el expediente T-4.195.510, la acción fue interpuesta por el Personero Municipal de Madrid, Cundinamarca, con el propósito de obtener la defensa de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la menor Leidy Julieth Lizcano Rey y de su hija (que al momento de interponer la acción estaba por nacer). Con fundamento en las consideraciones expuestas en esta providencia, la Corte concluye que el citado funcionario se encuentra legitimado para interponer el presente amparo, pues su intervención se derivó de la solicitud expresamente realizada por la persona cuyos derechos fundamentales se encuentran supuestamente comprometidos.

3.3.5. Ahora bien, conforme se explicó en el acápite de antecedentes, de las pruebas allegadas en sede de revisión se desprende que el señor Huertas Velosa se encuentra de nuevo con la menor Leidy Julieth y su hija recién nacida. Adicionalmente, en la actualidad está trabajando en una empresa de agricultura y devenga un salario suficiente para cubrir los gastos de la familia.

Si bien en principio se podría considerar que se está en presencia de un hecho superado, ya que el señor Huertas Velosa no regresó a prestar el servicio militar después del permiso de salida otorgado en el mes de diciembre, en criterio de esta Sala, no es posible declarar la carencia actual de objeto, pues técnicamente no se ha ordenado su desacuartelamiento, lo que pone al citado señor en la condición de remiso[22] y, por ende, sometido a la contingencia de que nuevamente sea reclutado por las autoridades militares, en aras de cumplir con el término que resta de servicio militar. En caso de que esto ocurra, se generaría la misma situación de hecho que justifica el presente amparo, referente a la desprotección de la menor y su hija recién nacida. Por lo anterior, la Sala procederá a dirimir el conflicto objeto de controversia.

3.3.6. Finalmente, como lo ha reiterado esta Corporación, más allá de los problemas de

legitimación por activa, cuando la decisión del juez de tutela tenga como consecuencia afectar los derechos de un soldado reclutado, es preciso que se cuente con su consentimiento expresado de manera libre y voluntaria, para garantizar la efectividad de la orden de amparo, ya que de por medio se encuentra la salvaguarda de sus derechos a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior ocurre, básicamente, porque la protección de los derechos de las tutelantes, no puede conducir al sacrificio de los derechos de sus compañeros permanentes que, como se deriva de lo expuesto, no acudieron directamente en ejercicio del amparo constitucional.

Por esta razón, en la reciente Sentencia T-682 de 2013[23], se manifestó que: “[El soldado reclutado] debe confirmar mediante su consentimiento expresado de manera libre y espontánea, su voluntad de acatar la orden de protección que se pueda dispensar en favor de su compañera permanente y de su hijo que está por nacer.”

3.5. Del servicio militar obligatorio y sus causales eximentes

3.5.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido, en diversas oportunidades, que el servicio militar obligatorio es un deber constitucional en cabeza de todos los ciudadanos colombianos[24]. Bajo dicho panorama, este Tribunal ha explicado que el mandato constitucional del artículo 216, según el cual: “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”, debe interpretarse de forma armónica con: (i) la obligación estatal consagrada en el artículo 2º, por virtud de la cual el Estado colombiano debe “defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica”, y con (ii) algunos deberes estipulados en el artículo 95 del Texto Superior, como lo son el de “respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales” y para “defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; (...) y de propender al logro y mantenimiento de la paz”.

El servicio militar obligatorio se relaciona entonces con la prevalencia del interés general, en la medida en que constituye una herramienta dirigida a permitir el continuo fortalecimiento de la Fuerza Pública, como institución encargada de asegurar la soberanía, la independencia nacional, la integridad del territorio, la paz y el orden constitucional.

Desde esta perspectiva, como regla general, su prestación se ha impuesto a todos los nacionales, en aras de cumplir con los objetivos previamente mencionados.

3.5.2. Ahora bien, el artículo 216 de la Constitución Política, le otorga al Congreso de la República la potestad de determinar “las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”. En desarrollo de lo expuesto, se expidió la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”. El citado marco legal plasma la organización y planeación de la situación militar de los colombianos y reglamenta aspectos esenciales como los sujetos sobre los que recae dicha obligación[25], la duración en su prestación[26], las modalidades de servicio[27] y la estructura del reclutamiento y movilización.

Además de lo anterior, como lo ha admitido la Corte, el legislador se encuentra expresamente habilitado por el Constituyente para consagrar exenciones. Al respecto, se ha dicho que: “[I]a Constitución Política, (...), no sólo previó la posibilidad de que la ley estableciera la prestación del servicio militar, con carácter obligatorio, como se desprende de la habilitación expresa que otorga al legislador para la determinación de las condiciones que en todo tiempo eximen del mismo, sino que también lo facultó para establecer diferencias entre quienes deben prestarlo y quienes, por encontrarse en circunstancias específicas, no están obligados a hacerlo en tiempo de paz, de acuerdo con la habilitación expresa del artículo 216 superior.”[28]

En aras de concretar el citado mandato, en el Título III de la aludida Ley 48 de 1993, el legislador consagró las exenciones a la prestación del servicio militar obligatorio. Así se establece que, en todo tiempo, están exceptuados de prestar servicio militar y de pagar la cuota de compensación militar: (i) los limitados físicos y sensoriales permanentes, y (ii) los indígenas que vivan en su territorio y “conserven su integridad cultural, social y económica.”

Adicionalmente, en tiempos de paz, también están exentos de prestar servicio militar, pero con la obligación de inscribirse y pagar la cuota de compensación militar:

“a) Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Así mismo los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto;

- b) Los que hubieren sido condenados a penas que tengan como accesorias la pérdida de los derechos políticos mientras no obtengan su rehabilitación
- c) El hijo único hombre o mujer, de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada separada o madre soltera;
- d) El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento;
- e) El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia siempre que dicho hijo vele por ellos;
- f) El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos, que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo;
- g) Los casados que hagan vida conyugal;
- h) Los inhábiles relativos y permanentes;
- i) Los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos que siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo.” (Se subraya fuera del original)

Como en esta ocasión se alega por las accionantes la causal consagrada en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, se procederá al examen de dicha causal de exención, referente a la consolidación de una vida marital.

3.6. De la exención al servicio militar obligatorio: Los casados que hagan vida conyugal

3.6.1. Tal como lo ha señalado esta Corporación, la mayoría de las causales de exención al servicio militar obligatorio tienen su origen en la salvaguarda al principio constitucional de protección especial a la familia como institución básica de la sociedad (CP art. 5), en el

entendido que el cumplimiento del citado deber constitucional supone la separación del entorno familiar, por un período prolongado de tiempo, lo cual podría repercutir en la estabilidad y en las condiciones de vida de sus miembros[29]. No sobra recordar que el artículo 42 del Texto Superior, establece que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia (...)”.

Esta misma finalidad es la que explica la causal prevista en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, cuyo propósito es velar por la protección a la vida en común que, de manera permanente y estable, una pareja decide manifestar.

3.6.2. Desde esta perspectiva, aun cuando textualmente la causal se limita “a los casados que hagan vida conyugal”, la Corte ha concluido que una interpretación restrictiva podría llegar a atentar contra la familia, pues la misma no sólo se constituye por vínculos jurídicos, esto es, por el matrimonio, sino también por vínculos naturales, es decir, por la unión marital de hecho.

Como consecuencia de lo expuesto, en la Sentencia C-755 de 2008[30], este Tribunal decidió declarar la exequibilidad condicionada del citado literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, en el entendido de que “la exención allí establecida se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley.”

En palabras de la Corte: “Analizada la exención que para prestar el servicio militar establece el literal acusado para los casados que hagan vida conyugal, salta a la vista que cabe dentro del ejercicio de la potestad de configuración del legislador el establecimiento de tal prerrogativa, pues su finalidad aparece razonable, habida consideración de la protección a la vida en común de manera permanente que a los cónyuges se asigna en virtud del matrimonio.

No obstante, ello deja por fuera de similar protección a quienes sin contraer matrimonio optaron por constituir una familia sin vínculo matrimonial pues, en este caso, resulta igualmente cierto que la vida en común podría verse interrumpida cuando uno de sus integrantes se vea compelido a la prestación del servicio militar.

Es claro que la protección de la familia ha de darse por la ley cuando surge de un vínculo matrimonial, pero también si nace sin el formalismo, pues la Constitución ordena darle igual amparo a la familia, constituida por la decisión responsable y libre de un hombre y una mujer, sin discriminación en razón de su enlace.”

3.6.3. Llegado a este punto, es necesario recordar que el legislador ha desarrollado los supuestos que permiten acreditar la existencia de una unión material de hecho, con miras a hacer efectiva la exención prevista en la citada ley. Al respecto, el artículo 4° de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005, establece que:

“La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.

3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia.”

A partir del citado artículo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la prueba de la existencia de la unión marital de hecho, se supedita a que la declaración de la misma se hubiere realizado por alguno de los tres medios mencionados[31]. Esto, salvo en circunstancias excepcionales y especialísimas, en las que por estar en juego derechos fundamentales de los accionantes y con el objeto de conceder un amparo por vía de la tutela, se exija su reconocimiento ante los jueces constitucionales, tal como se verá más adelante.

3.7. De la tensión entre la obligación de prestar el servicio militar y las obligaciones para con la familia

3.7.1. Con base en lo expuesto en la Sentencia T-358 de 1995, este Tribunal afirmó que el servicio militar obligatorio compromete diferentes niveles de afectación: “en primer término, afecta los intereses del incorporado a las filas, cuya situación personal está delimitada por la Constitución y la ley al cumplimiento de un deber, del cual en principio no

puede sustraerse. En segundo lugar, el acatamiento de ese deber también afecta a los miembros de la familia, en particular a los niños que se ven privados de la protección paterna.”[32]

Es natural que las circunstancias especiales en las que se presta el servicio militar obligatorio, se contrapongan y tengan incidencia directa en el cumplimiento de las obligaciones que existen con el núcleo familiar[33]. Ello se presenta, por ejemplo, en los casos en que el esposo o compañero permanente es reclutado y a su cargo se halla la satisfacción de los deberes económicos de la familia. En este supuesto de hecho se genera un ambiente de inestabilidad frente a quienes existe una relación de dependencia, con la potencialidad de afectar sus derechos al mínimo vital y a la vida digna.

Esta tensión cobra mayor relevancia cuando se trata de una familia compuesta por niños menores de edad o recién nacidos, pues en dichos casos se encuentran de por medio sujetos de especial protección, los cuales demandan una asistencia y cuidado especial por parte del Estado[34]. Precisamente, como previamente se señaló, la Constitución dispone que: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...)”.[35]

3.7.2. Esta realidad es la que justifica, como ya se dijo, la consagración de las causales de exención, cuyo objetivo principal es salvaguardar el principio constitucional de protección especial a la familia. Por esta razón, en criterio de este Tribunal, las exenciones adquieren trascendencia constitucional y su observancia se convierte en un imperativo en todos los casos. En efecto, ante la falta de soluciones alternativas brindadas por el Estado, con miras a salvaguardar a las familias que dependen económicamente del esposo o del compañero permanente, no le es dable al Estado exigirle a una persona que se sustraiga “del acatamiento de sus deberes para con su núcleo familiar y para con sus hijos menores de edad o que se encuentran por nacer”[36], mientras cumple con su obligación constitucional con el país.

Es claro entonces que la tensión que existe entre la prestación del servicio militar y las obligaciones para con la familia, se resuelve en términos constitucionales y legislativos con la prevalencia de esta última y de los derechos de los niños (CP arts. 5 y 44). Esto significa

que, por una parte, las exenciones legales consagradas para tal efecto en la Ley 48 de 1993, al constituirse en una herramienta de protección a la institución básica de la sociedad, pueden ejercerse de manera libre por quienes son sus beneficiarios; y, por la otra, como contrapartida, las autoridades militares -en representación del Estado- deben garantizar su debida y efectiva aplicación.

3.7.3. Ahora bien, en lo que respecta a la causal referente a los casados o compañeros que hagan vida conyugal o que convivan en unión permanente[37], esta Corporación ha establecido varias subreglas que permiten la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de hipótesis vinculadas (i) con la falta de declaratoria de la unión marital de hecho y (ii) con la circunstancia de que el amparo sea solicitado por la compañera permanente, tenga o no hijos con aquél, (a) sin que medie la voluntad del conscripto en el ejercicio del derecho de acción, (b) siempre que se acredite la amenaza o la vulneración de un derecho fundamental, en relación con los miembros del núcleo familiar.

Según lo expuesto en la Sentencia T-682 de 2013, en estos casos, el juez de tutela debe tener en cuenta:

“(i) Que la exención prevista en el literal g), del artículo 28, de la Ley 48 de 1993, se aplica también a las uniones de hecho y a las uniones maritales de hecho. De tal forma, están exentos de prestar el servicio militar obligatorio en tiempos de paz: (i.i.) los casados que hagan vida conyugal, (i.ii.) quienes convivan en unión de hecho y no hayan declarado su unión marital tal y como dispone el artículo 4º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2º de la Ley 979 de 2005, y también, (i.iii.) quienes sí han declarado la existencia de su unión marital de hecho conforme a las exigencias legales, y;

(ii.i.) Si interpone la acción de tutela en su nombre, en el de sus hijos nacidos o, en el de los que se encuentran por nacer, solicitando se le amparen sus derechos fundamentales, debe acreditar (ii.i.i) la unión de hecho y, (ii.i.ii) las razones por las cuales sus derechos se encuentran amenazados o vulnerados en razón a que su compañero ha sido acuartelado para prestar el servicio militar obligatorio y, ella y su familia se encuentran desprotegidos porque él era el proveedor de ésta.

(ii.ii.) Que demostradas las anteriores condiciones, la solicitud de amparo puede concederse, pero está sujeta a:

(ii.ii.i.) La ratificación que el soldado haga de la existencia de la unión de hecho y

(ii.ii.ii.) El reconocimiento que el soldado haga de la paternidad de los hijos nacidos o que se encuentran por nacer, así:

(ii.ii.ii.i.) Si los hijos ya han nacido, el reconocimiento debe darse ante el notario,

(ii.ii.ii.ii.) Si los hijos están por nacer, éste acto debe llevarse a cabo ante el juez de primera instancia de la acción de tutela”[39].

A partir lo expuesto, se procederá al análisis de estas subreglas frente a los casos objeto de estudio, según pasa a explicarse.

3.9. Casos concretos

3.9.1. Expediente T-4.195.510

3.9.1.1. Tal como se expuso en el acápite 3.3.4., la acción de tutela impetrada por el señor Luis Hernando Machado Ávila, como Personero Municipal de Madrid, Cundinamarca, a favor de los derechos de la menor Leidy Julieth Lizcano Rey y de su hija, es procedente en el caso concreto como mecanismo de protección de los derechos al mínimo vital y a la vida digna.

Como ya fue esbozado, el señor Jaime Humberto Huertas Velosa decidió no regresar al Batallón de Infantería de Selva No. 24 “General Luis Carlos Camacho Leyva”, después de que le fue otorgado un permiso de salida en diciembre de 2013. Actualmente se encuentra trabajando en una empresa de agricultura y, según afirmó la menor[40], por las labores que desempeña recibe un salario que es suficiente para cubrir las necesidades económicas de él y de su familia, esto es, su presunta compañera permanente y su hija que nació el día 14 de febrero de 2014[41].

No obstante, al encontrarse como remiso y, por ende, no contar con la libreta militar, el citado señor Huertas Velosa está sometido a la contingencia de que nuevamente sea reclutado por las autoridades militares, en aras de cumplir con el tiempo que resta de servicio militar. Esta circunstancia no sólo pone en riesgo la estabilidad de su trabajo, sino que también genera un peligro inminente frente a los derechos fundamentales al mínimo

vital y a la vida digna de su presunta compañera y de su hija recién nacida, pues de acuerdo con las declaraciones extra juicio que aparecen en el expediente y según lo manifestado por el Personero Municipal de Madrid, Cundinamarca, el núcleo familiar depende de los ingresos del señor Huertas Velosa, los cuales ascienden a la suma de \$ 800.000 pesos. Por esta razón, en principio, se hace necesaria la protección por vía del amparo constitucional.

3.9.1.2. En efecto, los hechos descritos hasta el momento evidencian la existencia de una tensión entre la prestación del servicio militar y la protección constitucional a la familia, en este caso, a la conformada presuntamente por el citado señor Huertas Velosa, la menor Leidy Julieth Lizcano Rey y la bebe que nació el 14 de febrero de 2014. De acuerdo con lo expuesto en esta providencia, la familia debe ser protegida de manera prevalente por parte del Estado, lo que exige verificar si se encuentra o no acreditada la causal de exención referente a los casados o compañeros que hagan vida conyugal o que convivan en unión permanente, según lo previsto en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 y la Sentencia C-755 de 2008.

3.9.1.3. En este contexto, es preciso tener en cuenta las subreglas expuestas en la citada Sentencia T-682 de 2013, en lo que se refiere a la interposición de la acción, sin que medie la voluntad del conscripto. Al respecto, se constata que:

(i) Aunque la unión marital de hecho entre el señor Huertas Velosa y la menor Lizcano Rey, no se encuentra probada mediante los instrumentos legales destinados para dicho fin, por lo que -en principio- se podría pensar que no es procedente la causal que permita ordenar de manera inmediata el desacuarte-lamiento. De las pruebas allegadas al proceso, en concreto, de las declaraciones extra juicio y de lo manifestado por el Personero Municipal, es posible inferir que entre ellos se presenta una comunidad de vida permanente y singular, la cual permite la procedencia de la solicitud de amparo, bajo la condición de que la existencia de dicha unión se ratifique expresamente ante el juez de tutela.

(ii) Por lo demás, está acreditado de que el señor Huertas Velosa puede llegar a ser nuevamente reclutado por su condición de remiso, lo que genera un peligro inminente frente a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de la menor Lizcano Rey y de su hija recién nacida, pues de acuerdo con las declaraciones extra juicio y según lo

manifestado por el Personero Municipal, el núcleo familiar depende exclusivamente de los ingresos del primero.

(iii) También se encuentra probado en el expediente, que la bebe recién nacida fue reconocida por el señor Huertas Velosa, como consta en el Registro Civil Nacimiento.

(iv) Por último, como en este tipo de casos, la decisión judicial afecta los derechos de un soldado reclutado, en aras de salvaguardar sus derechos a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad, como se explicó en el acápite 3.3.6 de esta providencia, es preciso que el señor Huertas Velosa confirme los efectos del fallo, mediante su consentimiento expresado de manera libre y espontánea, antes de que el mismo se haga exigible.

En conclusión, al encontrarse amenazados los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de la menor Lizcano Rey y de la hija recién nacida del señor Huertas Velosa, es procedente conceder el amparo solicitado, sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones: en primer lugar, que el señor Huertas Velosa ratifique la existencia de la unión marital de hecho con la menor Leidy Julieth y, en segundo lugar, confirme los efectos de este fallo de tutela, en el sentido de estar de acuerdo con su desacuartelamiento, a partir de la existencia de la citada comunidad de vida permanente y singular. Estas declaraciones deberán hacerse de forma personal por el señor Jaime Humberto Huertas Velosa, pues, de no ser así, deberá retornar de nuevo al ejército para cumplir integralmente con la obligación de prestar el servicio militar.

3.9.2. Expediente T-4.200.527

3.9.2.1. Tal como se expuso en el acápite 3.3.4, la acción de tutela impetrada por la señora Kelly Johana Castro Montoya, es procedente en el caso concreto como mecanismo de protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la unidad familiar. Igualmente, es procedente la acción frente a los mismos derechos y en representación de su hijo no nacido.

Como previamente se manifestó, según la citada señora, el hecho determinante para la presentación de la tutela, fue el conocimiento de su estado de embarazo después de que el señor Juan Esteban Sánchez Vélez se presentara voluntariamente al ejército, pues no

contaba con los recursos necesarios para responder con los gastos que ello le implicaba. La Sala pone de presente que, en este caso, no se allegaron las pruebas solicitadas por esta Corporación, por lo que no es posible determinar con certeza: (i) si el bebe de que se encontraba embarazada nació y, en caso afirmativo, (ii) si fue efectivamente reconocido por el señor Sánchez Vélez.

3.9.2.2. No obstante lo anterior, y sin importar que el citado señor se haya presentado de manera voluntaria a prestar el servicio militar, no se puede negar que por la circunstancia de tener una unión de hecho con la señora Castro Montoya, como se afirma en las declaraciones extra juicio, en caso de ratificarse dicha convivencia, estaría inmerso en una causal de exención y, con fundamento en ella, podría exigir su desacuartelamiento en cualquier momento, como expresión del carácter prevalente del principio constitucional de protección especial a la familia.

La voluntariedad en este tipo de casos no deja sin efectos la posibilidad de hacer cumplir la aludida causal de exención, pues pueden presentarse eventos que hagan necesaria la presencia del conscripto en el hogar, como lo sería, por ejemplo, el embarazo de su esposa o compañera permanente, que ante la falta de recursos económicos de esta última, le obliguen al padre a cumplir con los deberes del núcleo familiar, en defensa de los derechos al mínimo vital y a la vida digna.

En el presente caso, la señora Castro Montoya afirmó vivir de la ayuda que la madre del soldado reclutado esporádicamente le brinda y que, además, no le ha sido posible conseguir un trabajo por su estado de embarazo, circunstancias que claramente amenazan los derechos del nasciturus y que harían procedente el amparo constitucional.

3.9.2.3. Por esta razón, al igual que en el caso anterior, ante la afectación de los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la unidad familiar de la accionante y de su hijo que está por nacer, es procedente conceder el amparo, bajo las siguientes condiciones: en primer lugar, que el señor Sánchez Vélez ratifique expresamente ante el juez de tutela la existencia de la unión marital de hecho con la señora Kelly Johana Castro Montoya; en segundo lugar, reconozca el niño que ella espera (en el caso que ya hubiere nacido, se deberá realizar ante notario, en caso contrario, el reconocimiento se podrá manifestar ante el juez de tutela de primera instancia); y finalmente, confirme los efectos de este fallo de tutela, en el

sentido de estar de acuerdo con su desacuartelamiento, a partir de la existencia de la citada comunidad de vida permanente y singular. Estas declaraciones deberán hacerse de forma personal por el señor Juan Esteban Sánchez Vélez, pues, de no ser así, deberá continuar en el ejército para cumplir integralmente con la obligación de prestar el servicio militar.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR en el expediente T-4.195.510, la sentencia del 7 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Luis Hernando Machado Ávila, Personero Municipal de Madrid, Cundinamarca, a favor de la menor Leidy Julieth Lizcano Rey y de su hija; y en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la unidad familiar de las citadas menores. En consecuencia, se ORDENA el desacuartelamiento del señor Jaime Humberto Huertas Velosa.

SEGUNDO.- CONDICIONAR el desacuartelamiento del señor Jaime Humberto Huertas Velosa, a que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, éste reconozca la existencia de la unión marital de hecho con la menor Leidy Julieth Lizcano Rey, al tiempo que consiente de forma libre y espontánea en los efectos del presente fallo, de conformidad con lo expuesto en el numeral 3.9.1.3 de la parte considerativa de esta providencia. Estas declaraciones deberán hacerse de forma personal por el señor Jaime Humberto Huertas Velosa ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia.

TERCERO.- ORDENAR al Ejército Nacional, Batallón de Infantería de Selva No. 24 "General Luis Carlos Camacho Leyva", que, una vez cumplidas las órdenes previamente expuestas, proceda inmediatamente a la expedición de la libreta militar, del señor Jaime Humberto Huertas Velosa, sin exigencias adicionales.

CUARTO.- REVOCAR en el expediente T-4.200.527, la sentencia del 27 de noviembre de 2013, proferida en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Kelly Johana Castro Montoya, en su propio nombre y en representación de su hijo no nacido y, en su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la unidad familiar. En consecuencia, se ORDENA el desacuartelamiento del señor Juan Esteban Sánchez Vélez.

QUINTO.- CONDICIONAR el desacuartelamiento del señor Juan Esteban Sánchez Vélez, a que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, éste ratifique (i) la existencia de la unión marital de hecho con la señora Kelly Johana Castro Montoya, (ii) reconozca su paternidad respecto del hijo que ella espera y (iii) manifieste su consentimiento de forma libre y espontánea en relación con los efectos del presente fallo, de acuerdo con lo expuesto en el numeral 3.9.2.3 de la parte considerativa de esta providencia. Estas declaraciones deberán hacerse de forma personal por el señor Juan Esteban Sánchez Vélez ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, a menos que, el niño ya hubiere nacido, caso en el cual únicamente la paternidad deberá reconocerla ante notario.

SEXTO.- ORDENAR al Ejército Nacional, Batallón de Ingenieros No. 4 “General Pedro Nel Ospina”, que, una vez cumplidas las órdenes previamente expuestas, proceda inmediatamente al desacuartelamiento definitivo y a la expedición de la libreta militar del señor Juan Esteban Sánchez Vélez, sin exigencias adicionales.

SÉPTIMO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Según las pruebas allegadas a esta Corporación, se sabe que la bebe nació el 14 de febrero de 2014 en Facatativá, Cundinamarca.

[2] Expediente T-4.195.510, cuaderno 1, folio 1.

[3] Expediente T-4.195.510, cuaderno 1, folios 3 y 4.

[4] Expediente T-4.195.510, cuaderno 1, folio 17.

[5] Expediente T-4.195.510, cuaderno 1, folio 5.

[6] Expediente T-4.195.510, cuaderno 1, folio 6.

[7] Expediente T-4.195.510, cuaderno 1, folio 8.

[8] Se remitió copia del registro civil de nacimiento de la bebe, en la que el señor Huertas Velosa realiza el reconocimiento de su hija.

[9] Expediente T-4.200.527, cuaderno 1, folio 6.

[10] Expediente T-4.200.527, cuaderno 1, folio 8.

[11] Expediente T-4.200.527, cuaderno 1, folio 9.

[12] Al respecto, en la Sentencia T- 317 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), esta Corporación manifestó que: “De acuerdo con el principio de informalidad, la acción de tutela no está sometida a requisitos especiales ni fórmulas sacramentales que puedan implicar una prevalencia de las formas sobre la búsqueda material de protección de los derechos de las personas que la invocan. Así, por ejemplo, la tutela puede ser solicitada de manera verbal en caso de urgencia, o cuando el solicitante sea menor de edad, o no sepa

escribir; no se requiere de apoderado judicial; y no es necesario citar el artículo en el que se encuentra la norma constitucional infringida, siempre que se identifique de manera suficiente cuál es el derecho que se considera amenazado o violado, y se narren los hechos que lo originan.” En el mismo sentido, entre otras, se pueden consultar las Sentencias: T-501 de 1992, T-544 de 2000, T-529 de 2001, T-961 de 2002, T-924 de 2003, T-379 de 2005, T-623 de 2005, T-483 de 2008 y T-1097 de 2008.

[13] Artículo 10: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”
(Subrayado fuera del original)

[14] Sentencia T-799 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[15] Véanse, entre otras, las Sentencias T-239 de 2003, T-623 de 2005 y T-444 de 2012.

[16] Sentencias T-223 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-588 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[17] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[18] En este mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-491 de 1993, T-342 de 2009, T-489 de 2011 y T-682 de 2013.

[19] Sentencias T-161 de 1993 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y T-682 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[20] La norma en cita señala que: “(...) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente

su cumplimiento y la sanción de los infractores”. Sobre el alcance de este precepto constitucional se puede consultar la Sentencia T-494 de 2005.

[21] Sentencia T-682 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[22] El artículo 41 de la Ley 48 de 1993 dispone que: “Artículo 41. Infractores. Son infractores los siguientes: (...) g) Los que habiendo sido citados a concentración no se presenten en la fecha, hora y lugar indicados por las autoridades de Reclutamiento, son declarados remisos. Los remisos podrán ser compelidos por la Fuerza Pública, en orden al cumplimiento de sus obligaciones militares, previa orden impartida por las autoridades del Servicio de Reclutamiento (...)”. Por su parte, los artículos 42 y 43 del mismo estatuto legal, establece que: “Artículo 42. Sanciones. Las personas contempladas en el artículo anterior, se harán acreedoras a las siguientes sanciones: (...)e) Los infractores contemplados en el literal g), serán sancionados con multa equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por cada año de retardo o fracción, sin exceder 20 salarios. El remiso que sea incorporado al servicio militar quedará exento de pagar dicha multa (...)”, “Artículo 43. Junta para remisos. El remiso definirá su situación militar mediante incorporación para prestar el servicio militar, salvo las excepciones legales determinadas por la Junta para Remisos. El Ministerio de Defensa reglamentará la organización y funcionamiento de la Junta para Remisos.”

[23] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[24] Sentencias SU-277 de 1993, C-511 de 1994, T-350 de 2010, T-412 de 2011 y T-682 de 2013.

[25] “Artículo 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad. // Parágrafo. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los

estímulos y prerrogativas que establece esta ley no importando la modalidad en que se preste el servicio.”

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

[27] “Artículo 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación de] servicio militar: a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses; b) Como soldado bachiller durante 12 meses; c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses; d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses. // Parágrafo 1°. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica. //Parágrafo 2° Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.”

[28] Sentencia T-412 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

[29] Sentencias C-755 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-420 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

[31] Sentencias C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-847 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda).

[32] Sentencia T-682 de 2013. Esta posición también se encuentra plasmada en la Sentencia T-774 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[33] Sentencia T-326 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[34] Sentencia T-326 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[35] Artículo 44 de la Constitución Política.

[36] Sentencia T-682 de 2013. Ver también las Sentencias T-358 de 1995, SU- 491 de 1993, T-090 de 1994, T-122 de 1994, T-132 de 1996, T-489 de 2011.

[37] Literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 y Sentencia C-755 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

[38] Esto es, con base en lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2º de la Ley 979 de 2005.

[39] Sentencia SU-491 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[40] Expediente T-4.195.510, cuaderno 2, folio 23.

[41] Según consta en el Registro Civil de nacimiento, el señor Jaime Humberto Huertas Velosa reconoció a la bebe como su hija, pues se encuentra registrado su nombre como el del padre y aparece su firma en el espacio previsto para el efecto. Folio 25 del cuaderno 2 del expediente T-4.195.510.