

Sentencia T-342-09

Referencia: expedientes T-2107453 y T-2111501 (acumulados)

Acciones de tutela instauradas por Nelcy Johana Marín Sanabria e Ingrid Jhoana Chávez Coronado contra la Sexta Brigada Distrito Militar de Reclutamiento Ibagué y el Comandante del Batallón Jaime Rooke.

Magistrada Ponente:

Dra. MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por los Juzgados Segundo Civil del Circuito de Ibagué, el 26 de agosto de 2008, y Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, el 27 de agosto de 2008, en relación con las acciones de tutela instauradas por Nelcy Johana Marín Sanabria contra la Sexta Brigada Distrito Militar Reclutamiento Ibagué y el Batallón Jaime Rooke; y por Ingrid Jhoana Chávez Coronado contra el Comandante del Batallón Jaime Rooke, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Mediante auto del 18 de noviembre de 2008 la Sala de Selección número Once de la Corte Constitucional decidió acumular los expedientes T-2107453 y T-2111501 por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una sola sentencia. A continuación se resumen los hechos que originaron la presente acción de tutela.

1. Expediente T-2107453

El 1 de agosto de 2008, la señora Nelcy Johana Marín Sanabria interpuso acción de tutela contra la Sexta Brigada Distrito Militar de Reclutamiento de Ibagué y el Batallón Jaime Rooke, la cual correspondió en reparto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, con fundamento en los hechos que se presentan a continuación.

1.1 Hechos

La demandante, de bajos recursos económicos y con seis meses de embarazo al momento de interponer la acción de tutela, señaló que su compañero permanente durante más de siete (7) años, Duberney Roa Suárez, fue reclutado el 14 de junio de 2008 para prestar el servicio militar en el Batallón Rooke de Ibagué, a pesar de estar exonerado porque su hermano Wilder Roa Suárez, había sido reclutado en el mismo año.

La accionante sostiene que el llamamiento a filas de su compañero dejó desprotegidas económicamente a ella y a su madre, vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana y el derecho a la familia como núcleo fundamental. Solicita, entonces, que se ordene al Batallón Jaime Rooke el aplazamiento del servicio militar de su compañero, “mientras mi cuñado presta el servicio militar”, pues “la verdad en este momento no tengo como subsistir y necesito para mí y para mi hijo que está por nacer...”

1. Pruebas aportadas

* Prueba de embarazo realizada en el hospital San Francisco E.S.E. de Ibagué.

* Declaración extrajuicio rendida, en la notaria Tercera de Ibagué, por los señores Henry Ospina Montoya y Leonor Ramírez Pérez con las que hace constar la unión marital de hecho por más de siete (7) años entre la accionante y el señor Duberney Roa Suárez,

así como la dependencia económica de la señora.

* Certificación laboral expedida el 28 de julio de 2008 por el señor Henry Ospina Montoya, en la que hace constar que Duberney Roa Suárez labora a su servicio desde el año 2003.

1.3 Respuesta de la entidad demandada

El teniente coronel, Esau Acevedo Sánchez, comandante de la Sexta Zona de Reclutamiento de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército, mediante oficio fechado el 19 de agosto de 2008, respondió a los requerimientos de la accionante, señalando que la incorporación del señor Duberney Roa Suárez había sido efectuada de conformidad con la ley.

En concepto del coronel Acevedo, el soldado Duberney Roa Suárez, no se encuentra incurso en una causal de exención porque la Ley 48 de 1993 no contempla “la posibilidad de declarar exento de la prestación del servicio militar a aquel hombre que conviva con mujer que este (sic) en estado de gravidez, ya que la ley es enfática y sólo hace referencia a aquellos hombres que se encuentren casados y por tanto que hagan vida conyugal”.

Respecto del aplazamiento del servicio militar del soldado Duverney Roa Suárez por encontrarse su hermano prestando tal servicio, el Comandante respondió que, como la tutelante no indicaba el nombre del hermano,¹ era imposible establecer por parte del Comando, la veracidad de esas afirmaciones y que era deber del joven aducir en el momento mismo del proceso de incorporación, todas las situaciones que pudiesen dar lugar a un aplazamiento o a declarar la exención para la prestación del servicio militar, razón por la cual resultaba extemporáneo poner de manifiesto dicha situación.

También intervino el teniente coronel Fabián Guillermo Toro Ortiz, comandante del Batallón de Infantería No. 18 “CO JAIME ROOKE”, mediante escrito del 21 de agosto de 2008, en el que certificó la incorporación a filas del señor Duberney Roa Suárez al Batallón de Infantería No. 18 “CO JAIME ROOKE”, a partir del 14 de junio de 2008, y por el

término de 18 meses.

En relación con las pretensiones de la accionante, el Comandante indicó que el término legal de ocho (8) días para que los conscriptos presenten la documentación que acredita cualquier inhabilidad o incapacidad que los exima de la prestación del servicio militar obligatorio se encontraba vencido y que dentro del proceso de tutela no se había logrado probar plenamente la unión marital de hecho ni la paternidad del soldado. Por último, informó al juez de instancia que el señor Duberney Roa le había manifestado su deseo de continuar con la prestación del servicio militar.

1.4 Decisión judicial objeto de revisión

En única instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, por sentencia del 26 de agosto de 2008, denegó el amparo constitucional solicitado:

“...si bien es cierto la señora NELCY JOHANA MARIN SANABRIA a (sic) demostrado estar embarazada, también lo es que no ha demostrado mediante el REGISTRO CIVIL DE MATRIMONIO que haga vida conyugal con el soldado DUVERNEY ROA SUAREZ y que además éste sea hermano de WILDER ROA SUAREZ de quien tampoco aportó el registro civil de nacimiento tal y como se lo ordenó este Despacho en autos del 12 y 19 de agosto de 2008; de lo cual se sigue que no se ha demostrado en el plenario la vulneración a sus derechos fundamentales invocados, lo cual hace que no exista vulneración a dichos derechos por parte del COMANDANTE DEL BATALLON DE INFANTERIA No.18 JAIME ROOKE, y SEXTA BRIGADA DISTRITO MILITAR RECLUTAMIENTO IBAGÜE; todo lo cual hace que el amparo solicitado sea negado.”

1. Expediente T-2111501

El 15 de agosto de 2008, la menor de edad Ingrid Johana Chávez Coronado², interpuso acción de tutela contra del Coronel Comandante del Batallón Jaime Rooke de Ibagué, la cual correspondió en reparto al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad, con fundamento en los hechos y pruebas que se presentan a continuación.

2.1. Hechos

La accionante de bajos recursos económicos y próxima a cumplir cuatro meses de embarazo al momento de interponer la acción de tutela, señaló que su compañero permanente por cerca de dos años y medio, Wilson Eduardo Varón Carvajal, había sido reclutado el 22 de mayo de 2008 mientras se dirigía a su hogar en una buseta de servicio público y conducido al Batallón Jaime Rooke.

Sostuvo igualmente que, en múltiples ocasiones se había acercado al Batallón Jaime Rooke y hablado con el Mayor Guzmán y con el Capitán Reyes, para manifestarles que la prestación de servicio militar de su compañero permanente ponía en riesgo la vida de ella y de su hijo. La respuesta a su petición fue siempre negativa porque no había prueba suficiente de que ella fuera la compañera permanente del señor Varón Carvajal.

Adujó la menor Ingrid Johana Chávez Coronado que, al ser su “compañero de vida marital” la persona que trabaja para su sustento y el del hijo que está por nacer, el Comandante del Batallón Jaime Rooke estaba vulnerando sus derechos a la familia como núcleo esencial, a la vida, a la subsistencia y a la salud.” Solicitó al Juez como medida provisional ordenar el regreso de su compañero permanente de manera inmediata, hasta que se decidiera la acción de tutela.

2.2. Pruebas aportadas

* Prueba de embarazo y certificación médica expedida por Salud Total, en la que consta que la accionante, de dieciséis (16) años de edad, tiene ocho (8) semanas de gestación.

* Dos declaraciones extrajuicio rendidas en la Notaría Primera de Ibagué, con las que la accionante hace constar la unión marital de hecho por más de dos (2) años con el señor Wilson Eduardo Varón Carvajal, así como su dependencia económica de él.

2.3 Respuesta de la entidad demandada

Posteriormente, el 27 de agosto de 2008, el Juez solicitó al Comandante del Batallón Jaime Rooke poner a disposición de su despacho al soldado Wilson Eduardo Varón Carvajal, con el objeto de que se pronunciara bajo la gravedad del juramento sobre la paternidad alegada por la accionante.

La accionada no presentó escrito alguno, ni puso a disposición del despacho judicial al señor Varón Carvajal para que se pronunciara sobre la paternidad en cuestión.

2.4 Decisión judicial objeto de revisión

En única instancia conoció de la acción el Juez Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, quien mediante auto del 3 de agosto de 2008, denegó la medida provisional solicitada por no considerarla necesaria ni urgente para proteger el derecho vulnerado.

Posteriormente, por sentencia del 27 de agosto de 2008, a pesar de considerar que la señora Chávez Coronado y el hijo que espera se encontraban en riesgo, negó el amparo solicitado con el argumento de que las pruebas allegadas se limitaban a confirmar la unión marital de hecho entre el soldado y la señora Chávez Coronado, pero que no eran plena prueba para demostrar la paternidad.

1. Pruebas solicitadas en sede de revisión

En el proceso de la revisión, la Sala Segunda solicitó la siguiente información:

3.1 A la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército, sexta zona de reclutamiento:

1. Informe a esta Corporación si los señores Wilson Eduardo Varón Carvajal y Duberney Roa Suárez se encuentran prestando servicio militar en esa institución y, en caso de que sea así, certifique bajo qué modalidad, desde qué fecha y hasta cuando deberán prestarlo, así como sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que se llevó a cabo su reclutamiento;

1. Envíe copia de los documentos suscritos por los señores Eduardo Varón Carvajal y Duberney Roa Suárez en los que declaran no estar incurso en alguna causal de exención.

Respuesta: Expediente T-2107453

La Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército, sexta zona de reclutamiento, respondió a los requerimientos de la Sala respecto del conscripto Duberney Roa Suárez, en los siguientes términos: el conscripto perteneciente al 7° contingente del 2008, fue incorporado bajo la modalidad de soldado campesino y presta el servicio militar en el Batallón de Infantería No. 18 "Jaime Rooke" de la ciudad de Ibagué, por un periodo de dieciocho (18) meses, comprendido entre el 14 de junio de 2008 y el 12 de diciembre de 2009. Por tratarse de un contingente de soldados campesinos, la labor de concentración fue llevada a cabo por el Batallón de Infantería antes señalado, con la dirección y coordinación del Comando, previa convocatoria de ciudadanos de esta jurisdicción. En ningún momento el conscripto declaró exención alguna para la prestación del servicio militar, motivo por el cual libre de todo apremio firmó el freno extralegal en el cual declaró no estar incurso en exención alguna consagrada en la Ley 48 de 1993.

Respuesta expediente T-2111501

La Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército, sexta zona de reclutamiento, respondió a los requerimientos de la Sala referentes al conscripto Wilson Eduardo Varón Carvajal, en los siguientes términos: el conscripto perteneciente al 5° contingente del 2008 fue incorporado bajo la modalidad de soldado regular, prestando servicio militar en el Batallón de Infantería No. 18 "Jaime Rooke" de esta ciudad, por el periodo comprendido entre el 20 de mayo de 2008 y el 20 de noviembre de 2009. Al ser incorporado en contingente de regulares, el procedimiento llevado a cabo fue el siguiente: "en dicha concentración se procedió a realizar los exámenes de rigor el personal médico autorizado por el Comandante del Distrito, es decir, proceden a ser examinados los conscriptos (médica, odontológica y psicológicamente), para con ello evaluar la aptitud para la prestación del servicio militar, y jurídicamente se evalúa la

conurrencia de alguna causal de exención o aplazamiento para la prestación del servicio militar, las cuales se encuentran establecidas de manera taxativa y no enunciativa en la Ley 48 de 1993, es así, como si el ciudadano resulta apto para la prestación del servicio militar se incorpora a una unidad táctica en la cual prestará el mismo.” El conscripto libre de todo apremio firmó el freno extralegal en el cual declaró no estar incursos en exención alguna consagrada en la Ley 48 de 1993.

3.2 Al Comandante del Batallón de Infantería No. 18 Jaime Rooke:

“poner a disposición del Juez Cuarto Civil del Circuito de Ibagué al señor Wilson Eduardo Varón Carvajal; y del Juez Segundo Civil del Circuito al señor Duberney Roa Suárez, en ambos casos, para que expliquen las circunstancias de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se efectuó el llamamiento a filas; la razón por la que no declararon estar incursos en causal de exención; la situación familiar y conyugal que vivían al momento del reclutamiento y, para que se pronuncien sobre su supuesta paternidad. Para estos efectos, las autoridades militares deberán facilitar el desplazamiento de Wilson Eduardo Varón Carvajal y de Duberney Roa Suárez.”

Respuesta expediente T-2107453

Declaración del conscripto Duberney Roa Suárez ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué:

“(…) tengo 22 años de edad, natural de Garzón, Huila, estado civil soltero, grado de instrucción quinto de primaria, profesión soldado, ocupación soldado regular (...). A mi me cogieron por ahí en la avenida quince, estaba haciendo unas vueltas con un amigo, como a las once de la mañana, entonces me reclutaron, me llevaron al Batallón, me hicieron los exámenes, me peluquearon y ya.” Sobre su situación familiar y conyugal al momento del reclutamiento respondió: “Pues ella estudiaba y yo trabajaba por allá en el campo, yo venía a visitarla por ahí cada dos meses cada un mes (sic), hasta que me reclutaron”. Respecto a su presunta paternidad señaló: “Ella decía que el chino era mío, y después cuando nació resulto el papá y lo registró a nombre de él.”

Respuesta expediente T-21111501

Declaración del conscripto Wilson Eduardo Varón Carvajal ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Ibagué:

“...nací el 24 de mayo de 1989, natural de Rovira, Tolima, estado civil unión libre, estudios hasta décimo de bachillerato y actualmente estoy prestando el servicio militar en el Batallón Jaime Rooke de Ibagué, Tolima (...). A mi me reclutaron el día 22 de mayo del año 2007 cuando salía del trabajo en Itacol venía en la buseta que iba para la casa y al frente del Carrefour había un retén del Ejército donde me exigieron la libreta militar y como no tenía entonces me reclutaron.” Al preguntarle si había informado en ese momento sobre la causal de exención en la que estaba incurso, por convivir con Ingrid Jhoana Chávez Coronado respondió: “Si, yo les dije que convivía con ella hace más de dos años y medio y al parecer ella se encontraba en embarazo, ellos pidieron pruebas y a pesar de haberles llevado la prueba de embarazo, hicieron caso omiso a ello. (...). Sobre la paternidad del hijo que esperaba Ingrid Jhoana Chávez Coronado informo al despacho judicial que ya había nacido, que se trataba de una niña, que reconocía su paternidad y que no había podido registrarla porque se encontraba prestando el servicio militar en Cunday, Tolima. Finalmente, manifestó que como “padre de la menor era su deseo salir a trabajar para brindarle una mejor calidad de vida tanto a mi hija como a mi señora (...).”

3.3 A la señora Nelcy Johana Marín Sanabria:

1. remita a esta Corporación copia de su tarjeta de identidad y del registro civil de nacimiento de su hijo;

1. informe sobre su situación conyugal, familiar y económica actual y, en caso de que su hijo aún no haya nacido, aporte certificado médico actualizado en el que se verifiquen las semanas de gestación.

Respuesta expediente T-2107453

La señora Nelcy Johana Marín Sanabria no dio respuesta al requerimiento de la Sala.

3.4 A la señora Ingrid Jhoana Chávez:

1. remita a esta Corporación copia de su tarjeta de identidad y del registro civil de nacimiento de su hijo;

1. informe sobre su situación conyugal, familiar y económica actual y, en caso de que su hijo aún no haya nacido, aporte certificado médico actualizado en el que se verifiquen las semanas de gestación.

Respuesta expediente T-21111501

La señora Ingrid Jhoana Chávez no dio respuesta al requerimiento de la Sala.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas por los jueces dentro de los procesos de la referencia, en desarrollo de las facultades atribuidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y de conformidad con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Problema jurídico

La Sala de Revisión debe determinar si la renuencia de las autoridades militares a desvincular del servicio militar a un soldado campesino padre de familia que supuestamente está amparado por una causal de exención, vulnera los derechos fundamentales del niño que está por nacer y de la mujer embarazada, en razón a que la

ausencia del padre, en cumplimiento de una obligación constitucional, expone a la mujer embarazada, que no posee medios económicos para subsistir, y al niño que está por nacer, a una situación de desamparo y desprotección.

Con el fin de resolver este problema, la Sala recordará brevemente la doctrina sobre procedibilidad de la acción de tutela interpuesta a favor de soldados reclutados por familiares que actúan como agentes oficiosos. En seguida, hará referencia a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la prestación del servicio militar obligatorio y las exenciones legales; las eventuales incompatibilidades que genera frente a las obligaciones familiares; y el principio de reciprocidad en las relaciones individuo - Estado, y finalmente aplicará la anterior doctrina al caso.

1. Procedibilidad de la acción de tutela. La agencia oficiosa en los casos de tutelas interpuestas por terceras personas que solicitan la aplicación de exenciones del servicio militar

Sin embargo, el juez constitucional ha tenido en cuenta casos especiales, en los cuales la defensa de los derechos fundamentales de una persona implican a su vez, la defensa de los derechos fundamentales del propio agente oficioso o de otras personas a cargo de éste, como ocurre con los menores de edad, o en el caso de la pareja que espera un hijo y el hombre es incorporado a filas.⁴

Recientemente, por ejemplo, la sentencia T-774 de 2008,⁵ a pesar de considerar que “el vínculo de consanguinidad o el parentesco familiar, no son (...) argumentos suficientes para justificar la agencia de derechos ajenos”⁶ y que de tiempo atrás, se ha reiterado que incluso a una madre le está vedado defender los derechos fundamentales de su hijo mayor de edad, sin sustentar el impedimento de él para interponer la acción de tutela,⁷ reiteró que “en aquellas situaciones en las que se solicita la desincorporación de un ciudadano que presta el servicio militar, por parte de quien comparece en calidad de compañera permanente al proceso, la Corte ha reconocido que si bien a primera vista pareciese que se están agenciando los derechos del conscripto, lo cierto es que la decisión de incorporar al servicio militar al ciudadano puede generar la afectación de los deberes de esa persona con su núcleo familiar y

eventualmente con sus hijos pequeños”.⁸ Situación que perturba derechos fundamentales de las compañeras y de los menores, especialmente cuando el futuro soldado vela económicamente por la estabilidad de los suyos⁹ y se le exige al soldado, “el cumplimiento de su obligación de prestar el servicio militar a pesar de la situación económica de la madre que no posee los medios necesarios para el sostenimiento de sus hijos”.¹⁰

Para la Corte en tales casos, se encuentran vulnerados o en peligro también los derechos fundamentales de la compañera y de los hijos menores de edad, y por tanto en varias ocasiones ha resuelto situaciones relacionadas con la desincorporación de ciudadanos varones del servicio militar obligatorio, en condiciones como la que se señala, propiciada por las peticionarias.¹¹

1. Los fundamentos constitucionales del deber de prestar el servicio militar y de las exenciones legales

4.1. La jurisprudencia constitucional ha reconocido de manera reiterada que la prestación del servicio militar es una obligación de origen constitucional (arts. 95 y 216) de cuyo cabal cumplimiento depende el mantenimiento de la soberanía,¹² y que si bien los derechos constitucionales no se pueden desconocer bajo ninguna situación, no se vulneran cuando se regulan para su adecuado ejercicio, ni tampoco cuando se limitan por la ley o la misma Carta para viabilizar el cumplimiento de los deberes que la Constitución le impone a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado.

Para la Corte el servicio militar obliga en principio a todos por dos razones básicas: en el plano de los deberes constitucionales de los gobernados, por la imperiosa y constante necesidad que de él se tiene para la efectiva defensa de la patria y, en el terreno de los derechos, por elemental aplicación del principio de igualdad ante la ley (art. 13 de la Constitución).¹³

Respecto a las exenciones legales la Sala Plena en sentencia de unificación expresó:

“La Constitución Política defiere a la ley el establecimiento y la regulación de las situaciones

conforme a las cuales un colombiano puede ser excluido de la obligación del servicio militar, lo cual ocurre cuando se encuentra cobijado por los supuestos de hecho que consagra la norma.

“Si bien la Constitución establece la obligación, es la ley la que establece la dimensión del servicio militar y sus situaciones de exención, de manera que resulta necesario acudir a las disposiciones de esta última para resolver cada caso en particular”.¹⁴

En efecto, la Ley 48 de 1993 distingue entre las exenciones que operan en todo tiempo (art. 27), y las que sólo tienen lugar en tiempo de paz (art. 28). Dentro de estas últimas aparece contemplada, en el literal g) del artículo 28, la causal referente a “los casados que hagan vida conyugal”.¹⁵

Debe destacarse que esta causal cobija a quienes hacen vida marital sin haber contraído matrimonio, de conformidad con el artículo 42 de la Carta Política, más aún si de esa unión existen hijos menores de edad.¹⁶ De hecho, ha señalado la Corte que cuando la ley determinó tal exención, estaba defendiendo en su momento a la familia, de acuerdo con los criterios ético-jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución. Esta interpretación se desprende también de la reciente sentencia C-755 de 2008,¹⁷ en la que la Corporación concluyó que efectivamente la protección de la familia debe darse por la ley cuando surge de un vínculo matrimonial, al igual que cuando nace sin esas específicas formalidades, pues la Constitución ordena amparar a la familia, sin discriminación por razón de su origen.¹⁸

4.2. En relación con este tema, la Corte Constitucional también ha examinado la forma como se concilian las eventuales incompatibilidades entre las obligaciones constitucionales para con la familia y con el Estado. En la sentencia SU-491 de 1993¹⁹, la Corte sostuvo que las obligaciones emanadas del texto constitucional en relación con la familia, la sociedad y el Estado son exigibles de las personas llamadas a cumplirlas en diferentes momentos de la vida y que en ocasiones, la exigibilidad simultánea de deberes u obligaciones constitucionales puede generar un conflicto de derechos e intereses jurídicamente protegidos, debiendo el juez constitucional realizar una cuidadosa sopesación de los valores, derechos, principios y deberes en conflicto.

La Constitución y la ley imponen a la pareja la obligación de sostener y educar a sus

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

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

Sin embargo, para la Corporación, la permanencia en el Ejército del varón que es padre de familia no implica eo ipso la desprotección de los derechos de sus hijos, nacidos o por nacer. Pero esta circunstancia, unida a la ausencia, desempleo o desamparo de la madre de los menores, puede atentar contra los derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 de la Constitución. Sobre el particular se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Tener una familia y no ser separado de ella constituye un derecho fundamental de todo niño, porque, es sabido, el ámbito natural de su socialización y desarrollo es el núcleo familiar y nadie, ni siquiera 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 (...)”.³²⁰

Dentro de este contexto, la incompatibilidad entre la obligación de prestar el servicio militar y la obligación de sostener, alimentar y proteger a los hijos menores la ha resuelto la Corte en favor de los derechos cuya protección es prioritaria. La desprotección de los derechos de los niños, a la luz del pensamiento constituyente, se traduce en la negación del futuro de la sociedad, atendida la importancia que las generaciones venideras revisten para la prosperidad de la colectividad. Por otra parte, exigir el cumplimiento de la obligación de prestar el servicio militar en ciertas circunstancias, haciendo abstracción de cualquier interés particular o situación humana concreta,

implicaría para el Estado el desconocimiento, entre otros, del deber constitucional de amparar a la familia como núcleo esencial e institución básica de la sociedad.

4.3. El principio de reciprocidad en las relaciones individuo - Estado

La Corte ha sostenido que la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general (art. 1 de la Carta) son principios fundamentales de la organización política del Estado Social de Derecho que rigen las relaciones entre los individuos y el Estado y que cualquier interpretación sobre el alcance de los derechos y obligaciones sociales del Estado y de los particulares debe tener en cuenta que ninguno de los anteriores principios puede ser anulado en la aplicación de otro de igual jerarquía constitucional. Así lo ha manifestado la Corporación:

“En aras de la primacía del interés general las autoridades no pueden desconocer el principio de la dignidad humana ni deducir del deber de solidaridad obligaciones que rompen los principios de equilibrio en las cargas públicas (CP art. 13) o de reciprocidad en las relaciones entre el individuo y el Estado (CP arts. 2, 5 y 6).

Las autoridades están instituidas para proteger los derechos y libertades de todas las personas residentes en Colombia y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares (CP art. 2). El reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5) constituye un límite sustancial en el desarrollo de la misión encomendada por la Constitución a las autoridades. Es por ello que el Estado, al hacer efectivo el cumplimiento de un deber u obligación social, debe asegurar previamente que su actuación no vulnere derechos fundamentales de las personas. Los particulares no son responsables (CP art. 6) por rehusarse a cumplir una obligación manifiestamente injusta e ilegítima. Este sería el caso si el Estado, pese a no garantizar la protección material de la familia, hiciera exigible una obligación a una persona de la que depende el sostenimiento de los hijos, sin tomar en consideración que en las circunstancias concretas se exponen y arriesgan gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución como prioritarios.

Dentro de este contexto, la Corte ha reconocido que mientras la ley no regule lo concerniente a la asistencia y protección de la mujer, incluido el subsidio alimentario, durante el embarazo y después del parto (art. 43 de la Carta), el Estado no puede exigir de

la principal persona llamada por ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar. Solamente la asistencia y protección estatal de los menores que se verían abandonados ante la separación de su padre y la situación de desempleo o desamparo de la madre, darían legitimación al Estado para insistir en el cumplimiento del servicio militar del varón en las circunstancias anotadas. De lo contrario, los principios de reciprocidad y primacía de los derechos inalienables de la persona se verían desconocidos por la actuación inconstitucional de las autoridades.²¹

1. Los casos concretos

5.1. La Sala de Revisión consideró inicialmente que las solicitudes de tutela presentadas por Nelcy Johana Marín Sanabria e Ingrid Johana Chávez Coronado, en nombre propio y del hijo que está por nacer, estaban legitimadas para interponer acción de tutela en defensa de los derechos constitucionales de la mujer embarazada, del hijo que está por nacer y de la preservación del núcleo familiar.

Una vez agotado el período probatorio y valoradas las nuevas pruebas, la Sala considera que la solicitud de tutela presentada por Ingrid Johana Chávez Coronado (Expediente T-211501), en calidad de compañera permanente y madre de la hija ya nacida del conscripto Wilson Eduardo Varón Carvajal, no sólo implica la defensa de los derechos de su hija sino que también involucra los suyos propios por ser parte integrante del núcleo familiar, cuya integridad se ve vulnerada por el reclutamiento de su compañero permanente.

No ocurre lo mismo con el caso de la accionante Nelcy Johana Sanabria (Expediente T-2107453). En efecto, la unión marital de hecho entre Duberney Roa Suárez y Nelcy Johana Marín Sanabria, no quedó plenamente acreditada, puesto que el señor Roa Suárez negó ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué, tal convivencia, limitándose a aceptar una relación esporádica y sin ningún tipo de intención de continuidad y permanencia. Además, indicó que a pesar de que “ella decía que el chino era de él, después cuando nació resultó el papá y lo registro a nombre de él”. Por esta razón, afirma el conscripto Roa que al momento de su reclutamiento firmó señalando

no estar incurso en ninguna causal de exención.

No corresponde a esta instancia constitucional determinar la existencia o inexistencia de este vínculo marital, ni establecer la paternidad del menor, hijo de la accionante. Sin embargo, dado que la causal de exención se hizo tanto para proteger al llamado a filas como a su familia y en este caso, quien podía alegarla y beneficiarse con ella, no lo hizo, la Sala negará el amparo solicitado por la señora Nelcy Johana Marín Sanabria (Expediente T-2107453). Ello no impide que la señora Marín acuda a la jurisdicción de familia, para solicitar el eventual el reconocimiento de la unión marital de hecho y de la paternidad del menor, así como el cumplimiento de los demás deberes que surjan de tal reconocimiento.

5.2. En cuanto al fondo del asunto planteado en el expediente T-2111501, la accionante actúa en nombre propio y en el de su hijo próximo a nacer para solicitar el desacuartelamiento de su compañero que presta el servicio militar en el Batallón de Infantería No. 18 "Jaime Rooke" de Ibagué. De los medios probatorios aportados al proceso en primera instancia, los cuales no fueron controvertidos por el Ejército Nacional, debidamente notificado de la acción en su contra, se deduce que Ingrid Johana Chávez Coronado, menor de edad, al momento de solicitar la tutela, llevaba conviviendo con el señor Wilson Eduardo Varón Carvajal por más de dos (2) años y presentaba un embarazo de aproximadamente cuatro meses, fruto de esa unión. La situación de pobreza aducida por la accionante, ratificada por dos de sus conocidos y su imposibilidad de trabajar, revelan el desamparo a que se verían sometidos ella y su hijo al no contar con la protección efectiva del padre.

Los medios probatorios solicitados por la Sala reafirman la unión marital de hecho por más de dos años del señor Varón Carvajal con la menor Ingrid Johana Chávez Coronado y su paternidad sobre la hija ya nacida de la accionante.

Adicionalmente, el soldado Varón Carvajal no se presentó como voluntario para ingresar al Ejército, sino que fue incorporado de manera sorpresiva como soldado regular, a pesar de que tanto él como la señora Chávez Coronado dicen haber solicitado en varias oportunidades, al mayor Guzmán y al Capitán Reyes del Batallón Jaime Rooke de Ibagué, el desacuartelamiento con el argumento de que llevaban conviviendo cerca de dos años

y que estaban esperando un hijo. La pareja en sus respectivas intervenciones sostuvieron que el Ejército no accedió a lo solicitado con el argumento de que no había prueba suficiente de la convivencia.

Sin embargo, el freno extralegal -el documento en el que los jóvenes que van a ser incorporados manifiestan por escrito no estar incurso en ninguna de las causales de exención previstas en la Ley 48 de 1993- figura firmado por el conscripto Varón Carvajal sin ningún señalamiento, lo cual resulta contradictorio frente a la situación personal y familiar del soldado, más aún si se tiene en cuenta que éste afirma haber manifestado sus circunstancias familiares desde el primer momento. Esta situación también la puso en conocimiento del demandado la compañera del soldado.

Así las cosas, durante el proceso de instancia y el periodo probatorio ordenado por la Sala, se pudo verificar la veracidad de los siguientes hechos: (i) la convivencia por más de dos años y medio, (ii) el reconocimiento de la paternidad por parte del soldado respecto de quien se solicita el desacuartelamiento; (iii) la demostración de la situación de desempleo o desamparo de la madre que le impide asumir la carga del mantenimiento y cuidado de su hija recién nacida y la ausencia de apoyo económico por parte de sus familiares cercanos; y (iv) la contradicción entre su situación personal y familiar y la información consignada en el freno extralegal.

Debe en todo caso recordar la Sala que a partir de la sentencia C-755 de 2008,22 en la que la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 que, establece la exención al deber de prestar el servicio militar en tiempo de paz, para los casados que hagan vida conyugal, la Corporación precisó que “la protección a 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”.

En consecuencia, el soldado Wilson Eduardo Varón Carvajal, en virtud del literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 y de las circunstancias personales y familiares antes expuestas, es beneficiario de la causal de exención allí prevista, razón por la cual resulta procedente su desacuartelamiento.

Por último, la Sala llama la atención sobre la total ausencia de actividad probatoria por parte del juez de instancia que, se limitó a proferir una sentencia sin preocuparse por verificar y comprender a cabalidad los hechos, aspecto inexcusable si se tiene en cuenta que el Decreto 2591 de 1991, facilita su realización (arts 20, 21y 22) y además dispone la observancia de los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia (art.3) en el trámite de la acción de tutela. Acerca del importantísimo papel que, por expresa previsión constitucional, están llamados a cumplir los jueces de la República tratándose de la protección y de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales, la Corte ha expresado que “Si tales funcionarios no asumen con seriedad y realismo la delicada tarea que se les encomienda y frustran los fines primordiales del Estado, dejando inaplicada su preceptiva fundamental atentan gravemente contra las instituciones y son responsables de ello”, así pues, en sentir de la Corporación “resulta inadmisibles que el juez niegue o conceda de antemano, sin verificar ni sopesar a conciencia lo afirmado y lo acreditado por las partes. No puede resolver el fallador sin llegar a una persuasión racional y fundada sobre el trato que merece el asunto sometido a su juicio, pues la decisión carece de sustento si no se la pone en relación con los hechos probados, tanto como si se la adopta a espaldas de la normativa aplicable”.²³

5.3 Por lo anteriormente expuesto, la Sala Segunda de Revisión respecto del Expediente T-2107453 correspondiente a la acción de tutela instaurada por Nelcy Johana Marín Sanabria contra la Sexta Brigada Distrito Militar de Reclutamiento de Ibagué (Tolima), negará el amparo solicitado y confirmará la sentencia de primera y única instancia proferida el 26 de agosto de 2008 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia de primera y única instancia proferida el 26 agosto de 2008 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, por la cual se negó el amparo solicitado por la accionante Nelcy Johana Marín Sanabria, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, el 27 de agosto de 2008, por el cual se negó el amparo solicitado por la accionante Ingrid Jhoana Chávez Coronado.

Cuarto.- CONCEDER la tutela impetrada por Ingrid Jhoana Chávez Coronado y en consecuencia, SE ORDENA al Ejército Nacional disponer el desacuartelamiento del soldado Wilson Eduardo Varón Carvajal, en el término de dos (2) días y expedir la respectiva libreta militar en la forma establecida por la ley y el reglamento.

Quinto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La solicitud de tutela fue inadmitida por auto del 1 de agosto de 2008, por no haber aportado, la accionante , el registro civil de nacimiento de su compañero

permanente, Duberney Roa Suárez, y el nombre del hermano que estaría prestando el servicio militar obligatorio simultáneamente. La demanda fue subsanada por la accionante el 8 de agosto de 2008.

2 Contaba con 16 años de edad.

3 T-1081 de 2006, T-629 de 2006, T-540 de 2006, T-514 de 2006, T-287 de 2006 y T-062 de 2006, entre otras.

4 Sentencia SU-491 de 1993. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 M.P: Mauricio González Cuervo.

6 Para la Corte (Sentencia T-774 de 2008) ello es así, 'en la medida en que tales vínculos no son, a priori, evidencia de la imposibilidad real de un titular de derechos, de solicitar, personal o directamente, la protección de los [derechos]'. En tal sentido se reitera lo dispuesto en la sentencia T-542 de 2006 (M.P: Clara Inés Vargas Hernández).

7 Al respecto ver, sentencia T-299 de 2001 (M.P: Clara Inés Vargas Hernández) en este caso se confirmó la decisión de los jueces de instancia de negar la acción de tutela de una madre en representación de su hijo en contra de Emssanar ESS. Esta sentencia ha sido reiterada, entre otras, por la sentencias T-542 de 2006 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), la cual fue reiterada a su vez por la sentencia T-774 de 2008 (M.P: Mauricio González Cuervo).

8 Corte Constitucional, sentencia T-774 de 2008. M.P: Mauricio González Cuervo.

9 Sentencia T-132 de 1996. M.P: Hernando Herrera Vergara.

10 Sentencia SU-491 de 1993. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Ver sentencias T-300 de 1993, T-090 de 1994, T-122 de 1994, T-165 de 1994, T-451 de 1994, T-358 de 1995 y T-132 de 1996, entre otras.

- 12 Sentencia T-300 de 1993. M.P: José Gregorio Hernández.
- 13 Sentencia T-409 de 1.992. M.P: José Gregorio Hernández Galindo.
- 14 Sentencia U-277 de1993. M.P: Antonio Barrera Carbonell.
- 15 Sentencia T- 358 de 1995. M.P: Alejandro Martínez Caballero y C-755 de 2008. M.P: Nilson Pinilla Pinilla, que declaró exequible esa expresión de manera condicionada.
- 17 M.P: Nilson Pinilla Pinilla.
- 18 La Corte profirió una sentencia condicionada en la que declaró exequible el literal g) descrito, en el entendido de que la exención allí establecida se extiende a quienes convivan de manera permanente demostrada, conforme a la ley.
- 19 M.P: Antonio Barrera Carbonell.
- 3 Sentencia T- 326 de 1993. MP. Antonio Barrera Carbonell.
- 21 Ibid.
- 22 MP. Nilson Pinilla Pinilla.
- 23 Sentencia T- 264 de 1993. MP: José Gregorio Hernández Galindo.