

T-358-95

Sentencia No. T-358/95

SERVICIO MILITAR-Desacuartelamiento/SERVICIO MILITAR-Unión de hecho/DERECHOS DEL NIÑO

La orden de desacuartelamiento no se orienta a la protección de los derechos del soldado sino a amparar los derechos constitucionales fundamentales de los menores. Privar de esta ayuda a una joven de diecisiete años de edad, desempleada y en estado de gravidez entraña un enorme grado de desprotección que afecta a la madre y al hijo que espera, ante lo cual cobra notable importancia la presencia del esposo y padre que, en las circunstancias anotadas, es el único llamado a proveer lo necesario, toda vez que, en la práctica, tampoco se han implementado los programas orientados a brindar apoyo a la mujer que hallándose embarazada soporta el desempleo o el desamparo.

MATERNIDAD-Protección

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

REF: Expediente No. 72.444

Peticionaria: Flor Alba Mendoza Beltrán

Procedencia: Juzgado 46 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

MAGISTRADO PONENTE: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá D.C., agosto nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero quien la preside,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

SENTENCIA

en el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-72.444, adelantado por Flor Alba Mendoza Beltrán en contra del Distrito Militar No. 51 de Puente Aranda. Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

I.ANTECEDENTES

A. La solicitud

El 15 de mayo de 1995, Flor Alba Mendoza Beltrán compareció ante el Juzgado Sesenta y Seis Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá y manifestó su intención de impetrar una acción de tutela, con base en los hechos que expuso ante ese despacho judicial y que se resumen a continuación:

Manifestó la accionante que tiene 17 años de edad, que vive en esta ciudad y que formula la acción en contra del Distrito Militar No. 51 de Puente Aranda porque el día 1 de marzo del año su esposo, Jair Osorio Mendoza, fue reclutado para prestar el servicio militar en el Batallón Joaquín París de San José del Guaviare, sin tener en cuenta las obligaciones que él cumplía en favor de ella y de un niño de algo más de un año a quien sostenía y que, pese a no ser hijo de la peticionaria, se encontraba al cuidado de la pareja luego de haber sido abandonado por la madre.

Relató la accionante que vive en unión libre con el señor Osorio Mendoza y que en la actualidad se encuentra en estado de embarazo. Narró, así mismo que él trabajaba en construcción y respondía por el arrendamiento de una pieza que le están solicitando y por los gastos del hogar; dijo, además, hallarse privada de toda ayuda.

## B. La sentencia que se revisa

El Juzgado Cuarenta y seis Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de 24 de mayo de 1995, resolvió negar la tutela impetrada, con base en las siguientes consideraciones:

Se refirió el juez, en primer término, al artículo 86 de la Constitución Política y transcribió el artículo 21 de la ley 1 de 1945, relativo a las causales que eximen de la prestación del servicio militar, dentro de las cuales no encontró ninguna aplicable al caso en estudio, por lo tanto, estimó el Juzgado que “Jair Osorio Mendoza está en igualdad de condiciones frente a los demás compatriotas llamados a prestar el servicio militar”, de modo que “declarar la excepción específica y personal en su favor significaría un grave desconocimiento del principio fundamental constitucional de igualdad ante la ley y la invasión de otras instancias jurisdiccionales”.

Indicó, adicionalmente, que es la misma Constitución, en su artículo 216 la que permite legislar “en torno a las condiciones y excepciones de prestación del servicio militar, y la ley vigente no va en contravía del texto constitucional...”.

Señaló que “si la inconformidad de la señora Mendoza Beltrán está radicada en esa ley, la que regula lo relacionado con la obligatoriedad de prestar el servicio militar y sus excepciones, lo que debe hacer es demandarla ante la Corte Constitucional”.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

### A. La Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política y 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### B. La materia

1. Busca la accionante que se ordene al Ejército Nacional desacuartelar al soldado Jair Osorio Mendoza, reclutado para la prestación del servicio militar y aduce, como fundamento de su pretensión, que el cumplimiento de esa obligación impide al conscripto atender las

necesidades de ella, que es su compañera permanente y de dos niños, uno de los cuales es hijo de Osorio Mendoza y se encuentra a su cargo, mientras que el segundo, según información que reposa en autos, está por nacer y es fruto de la relación estable que mantiene el mencionado señor con la peticionaria quien, además, manifiesta carecer de toda ayuda y no estar en condiciones de sufragar los gastos del hogar.

2. La Carta Política en su artículo 216 se refiere al servicio militar y establece que “todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. La misma norma defiere a la ley el señalamiento de las “condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

La ley 48 de 1993 precisamente se ocupa de las exenciones al servicio militar y distingue, para tal efecto, las que operan en todo tiempo (art. 27) y las que sólo tienen lugar en tiempo de paz; dentro de estas últimas aparece contemplada, en el literal g del artículo 28, la causal referente a “los casados que hagan vida conyugal”.

3. La obligación de prestar el servicio militar es de carácter personal y, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, su cumplimiento afecta, en primer término los intereses del incorporado a filas y en ocasiones los predicables de los miembros de su familia, en particular de los niños que se ven privados de la protección paterna.

En este último evento se aprecia la existencia de un conflicto entre las obligaciones que el llamado a filas tiene respecto del Estado y las que le corresponde cumplir en relación con su familia. Conviene recordar que la Constitución Política impone a la pareja el deber de sostener y educar a los hijos “mientras sean menores o impedidos” y también que el artículo 44 superior reconoce los derechos de los niños a “tener una familia y no ser separados de ella”, así como al “cuidado y amor”, y a la vez impone a la familia, a la sociedad y al Estado “la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”

4. En torno a la solución de este conflicto, la Corte Constitucional fijó su doctrina en la sentencia de unificación No. 491 de 1993 en la que se indicó:

“La incompatibilidad entre la obligación de prestar el servicio militar y la obligación de

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

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

5. La Sala estima pertinente anotar que en un asunto similar al que ahora se examina la Corporación se refirió a la igualdad de derechos y de deberes de los hijos “habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica” (art. 42 C.P.) y, en alusión a la ley 1 de 1945, expuso criterios que en esta oportunidad resulta oportuno reiterar y de conformidad con los cuales “cuando la ley exencionó del servicio militar al ‘varón casado que haga vida conyugal’ (...) estaba defendiendo la familia que de acuerdo con los criterios éticos-jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución, merecía protección únicamente cuando se formaba por vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por los Constituyentes de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merece también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser

igualmente objeto de la exención que se otorga al casado”, de lo contrario, se daría paso a una reprochable discriminación (Sentencia No. T- 326 de 1993. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Fuera de lo anterior, es oportuno puntualizar que en la actualidad el Estado colombiano no cuenta con un sistema prestacional y de seguridad social que se encargue de brindar protección a los niños mientras su padre cumple sus obligaciones para con la patria, en esas condiciones “al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por la ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar.” (Sentencia No. 491 de 1993).

6. Ahora bien, la Corte ha sido enfática en precisar que no es posible convertir la acción de tutela en un mecanismo propicio para evadir el acatamiento debido a la obligación de prestar el servicio militar. La orden de desacuartelamiento no se orienta a la protección de los derechos del soldado sino a amparar los derechos constitucionales fundamentales de los menores y procede siempre que se acrediten los siguientes presupuestos: “(1)el reconocimiento de la paternidad por el soldado respecto de quien se solicita el desacuartelamiento; (2)la demostración de la situación de desempleo o desamparo de la madre que le impide asumir la carga del mantenimiento y cuidado de sus hijos menores y (3)la ausencia del apoyo económico de las personas llamadas por ley a prestar alimentos a sus familiares cercanos” (Sentencia No. 491 de 1993).

Sostuvo la peticionaria ante el juez que recibió su solicitud verbal de tutela que Jair Osorio Mendoza laboraba en construcción para obtener los recursos que dedicaba a la manutención del hogar. La Sala no duda en afirmar que privar de esta ayuda a una joven de diecisiete años de edad, desempleada y en estado de gravidez entraña un enorme grado de desprotección que afecta a la madre y al hijo que espera, ante lo cual cobra notable importancia la presencia del esposo y padre que, en las circunstancias anotadas, es el único llamado a proveer lo necesario, toda vez que, en la práctica, tampoco se han implementado los programas orientados a brindar apoyo a la mujer que hallándose embarazada soporta el desempleo o el desamparo.

La Corte, en las tantas veces citada sentencia No. SU-491 de 1993 puntualizó que “La asistencia y protección de la maternidad, establecida como obligación estatal en el artículo

43 de la Carta, busca velar no sólo por el bienestar de la madre sino también por la salvaguarda respecto de los derechos fundamentales del nasciturus, los cuales la Constitución reconoce al hacer remisión a lo que disponen los tratados internacionales sobre derechos humanos y protección de los niños”. Así las cosas, en el evento sub examine, la asistencia que se revela más segura es la de Jair Osorio Mendoza, cuyo desacuartelamiento se ordenará en la parte resolutive, bajo condición de que dentro del término de cinco días, contados a partir de la notificación de esta sentencia reconozca, personalmente, su paternidad sobre el hijo que Flor Alba Mendoza Beltrán espera.

7. Por último la Sala llama la atención 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” (Sentencia No. T- 264 de 1993. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

El juez, en este evento, se limitó a proferir una sentencia sin preocuparse por verificar y comprender a cabalidad los hechos. Es patente la total ausencia de actividad probatoria, 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.

Además, es necesario que el fallador sepa cuál es el derecho vigente. La ley 48 de 1993 sustituyó, en el punto bajo examen, a la ley 1 de 1945 que el juez cita en la sentencia revisada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de 24 de mayo de 1995, proferida por el Juzgado Cuarenta y seis Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en el asunto de la referencia.

SEGUNDO. CONCEDER la tutela impetrada por Flor Alba Mendoza Beltrán y en consecuencia, se ordena al Ejército Nacional disponer el desacuartelamiento del soldado Jair Osorio Mendoza, a quien el Ejército deberá otorgar libreta militar en la forma establecida por la ley y el reglamento, siempre que en un término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta providencia Jair Osorio Mendoza reconozca su paternidad sobre el hijo de Flor Alba Mendoza Beltrán. Se advierte que e reconocimiento deberá hacerse personalmente por Osorio Mendoza, ante la autoridad competente para lo cual las autoridades militares facilitarán el desplazamiento de Jair Osorio Mendoza. Satisfecha esta condición, el Ejército Nacional procederá al desacuartelamiento y a la expedición de la respectiva libreta militar.

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

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

