

Sentencia T-412/11

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

SERVICIO MILITAR Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DEBER DE PRESTARLO/SERVICIO MILITAR Y EXENCIONES LEGALES-Causal referente a los que conviven en unión permanente

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS EXENCIONES AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

EXENCION CONSAGRADA EN EL LITERAL G DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 48 DE 1993-Declaratoria de exequibilidad condicionada mediante sentencia C-755 /08

OBLIGACION DE PRESTAR SERVICIO MILITAR Y EXENCION A LOS CIUDADANOS QUE CONVIVEN EN UNION PERMANENTE

DEFINICION DE LA SITUACION MILITAR EN EL CASO DE LA POBLACION DESPLAZADA/SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO DE DESPLAZADO

Así, queda claro que las personas víctimas del desplazamiento forzado son titulares de una protección reforzada que les permita, a ellas y a sus familias, superar la situación que de esa circunstancia se deriva, lo cual incluye la expedición provisional de la libreta militar y una prórroga en la prestación del servicio militar obligatorio, en aras de no agravar su situación de vulnerabilidad socio-económica y psicológica.

SUBREGLAS QUE SE APLICAN EN LOS CASOS QUE SE SOLICITA DESACUARTELAMIENTO POR PRIMAR LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Con las subreglas aplicables, esta Sala considera que el Ejército Nacional efectivamente vulneró los derechos de la accionante y del soldado Guerra Botina a la unidad familiar y al mínimo vital, así como los derechos de los niños del hijo que está por nacer al negarse a desacuartelar al recluta por no estar acreditada la unión marital de hecho. Dicha conculcación deviene del lugar prevalente que ocupan los derechos de los niños, de la mujer embarazada y de las personas en situación de desplazamiento forzado en nuestro

ordenamiento superior, así como del hecho de que la causal de exención de prestación del servicio militar no se configura únicamente cuando la unión permanente se ha declarado como unión marital de hecho. De igual manera, esta Sala de Revisión no comparte la interpretación realizada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quien actuó como juez constitucional en el presente caso, al considerar igualmente que el amparo no era procedente al no estar declarada la unión marital de hecho. Se reitera que los derechos fundamentales en juego no pueden dejar de ser protegidos ante la existencia de una unión de hecho, a pesar de no haber sido declarada como unión marital, pues la exención también cobija a las primeras, máxime cuando se evidencia la afectación de los derechos de los niños y de la mujer embarazada. Como quedó establecido en las consideraciones de la presente providencia, las causales de exención de la prestación del servicio militar atienden al propósito de proteger a la familia, pues el deber con la patria debe ceder ante los derechos de sus miembros a no ser separados de ella. En el caso objeto de revisión la actora pone de manifiesto que es la compañera permanente de José Heriberto Guerra Botina, quien fue reclutado para prestar el servicio militar. De igual manera dice que la pareja tiene a su cargo a una sobrina del conscripto, que ella se encuentra en estado de embarazo y que el grupo familiar depende económicamente de los ingresos que éste obtiene. Adicional a lo anterior, poco antes del reclutamiento de su compañero, se vieron forzados a abandonar la vereda en la que residían por acciones de grupos al margen de la ley, por lo cual ha solicitado su inscripción en el Registro Único de Población Desplazada de la Agencia Presidencial para la Acción Social.

ORDEN DE DESACUARTELAMIENTO CONDICIONADA Y ENTREGA DE LIBRETA MILITAR/SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Esta Sala considera que el amparo no puede otorgarse sin condicionarlo al reconocimiento que de estas circunstancias haga el señor Guerra Botina, pero tampoco es válido, en clave constitucional, negar la protección con base en esta deficiencia probatoria. Si así se procediera, se estaría anteponiendo una consideración de tipo formal al deber de garantía de esta Corte Constitucional de los derechos fundamentales de un grupo familiar que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad especial en tanto personas desplazadas por la violencia, los derechos de la mujer embarazada y, lo que es aún más grave, del niño que está por nacer. Es importante, empero, aclarar que la Sala no está haciendo pronunciamiento alguno sobre dichos vínculos civiles y que al conceder la protección invocada no está

asignando consecuencias en este sentido. Lo que se busca entonces es no dejar desprotegidos los derechos fundamentales conculcados, bajo la condición de que el señor Guerra Botina reconozca su paternidad sobre el hijo que espera la accionante, si considera que debe hacerlo. Está claro así, que la tutela de los derechos invocados sólo puede concederse en caso de que él reconozca su vínculo con la accionante, así como la paternidad sobre el niño que está por nacer. Así, si bien no ha sido acreditada la existencia suficientemente de la unión permanente entre la actora y el señor Guerra Botina, sí hay pruebas concluyentes del estado de embarazo de la peticionaria, y de que inició el trámite pertinente para que ella y su núcleo familiar fueran incluidos en el Registro Único de Población Desplazada de Acción Social. Además, (i) el hecho de que la tutelante esté siendo atendida por la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S.E., Hospital Local Civil, en el régimen de “Desplazado no Asegurado Vinculado” y que (ii) el municipio del que alega, fueron forzados a huir, sea Policarpa (Nariño), una de las zonas del país con mayores índices de desplazamiento forzado, permiten concluir a la Sala que el grupo familiar de la accionante ha sido efectivamente víctima de la violencia y forzada a abandonar su lugar habitual de residencia, por lo que merecen especial protección del Estado. En consideración a lo anterior, la Sala Primera de Revisión estima necesario brindar el amparo tutelar al señor Guerra Botina, a la actora y al pequeño que está por nacer, siguiendo la línea jurisprudencial descrita, según la cual, priman los derechos de los niños -y del nasciturus- así como de la mujer embarazada, sobre la obligación de los colombianos de prestar el servicio militar obligatorio.

Referencia: expediente T-2934614

Acción de tutela interpuesta por Blanca Lidia Inca Ojeda contra el Ministerio de Defensa Nacional y otros.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de

sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en única instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - Sala de Decisión Penal -, el 29 de octubre de 2010, en el trámite de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Blanca Lidia Inca Ojeda presentó acción de tutela el 6 de octubre de 2010 contra el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional - Batallón Batalla de Boyacá de Pasto y Batallón Domingo Rico de Villagarzón (Putumayo), con el objeto de que se ampararan sus derechos fundamentales a la unidad familiar, al mínimo vital, a la dignidad humana y los derechos fundamentales de los niños, presuntamente vulnerados por las actuaciones de dichas entidades.

1. Hechos

1.1. La accionante afirma que en la actualidad es la compañera permanente del señor José Heriberto Guerra Botina, y que lo ha sido por un período de tres años y medio.

1.3. Relata que el 14 de septiembre de 2010 fueron víctimas de grupos al margen de la ley que los obligaron a abandonar su lugar habitual de residencia en la vereda Santa Cruz del municipio de Policarpa (Nariño), por lo cual se vieron en la necesidad de desplazarse a la ciudad de Pasto.

1.4. En la misma fecha, cuando buscaban instalarse donde algunos conocidos en la ciudad a donde se vieron forzados a desplazarse, su compañero fue reclutado por personal del Ejército Nacional, adscrito al Batallón Batalla de Boyacá de la ciudad de Pasto, con el fin de que prestara el servicio militar obligatorio.

1.5. La ciudadana Inca Ojeda señala que solicitó su desacuartelamiento, pero que en el batallón donde inicialmente lo habían reclutado negaron tenerlo, hasta que finalmente logró establecer que lo habían trasladado al Batallón Domingo Rico de Villagarzón (Putumayo), donde se encuentra prestando el servicio militar obligatorio desde el mismo 14 de septiembre de 2010, fecha en que fue reclutado.

1.6. Sostiene que ha solicitado en reiteradas ocasiones su desacuartelamiento, exponiendo las circunstancias particulares referidas, esto es, que el ciudadano Guerra Botina es el único sustento de su familia y que, además, contribuye con la manutención de sus padres. Adicional a lo anterior, la señora Inca subraya dos hechos que agravan su situación: (i) se encuentra desempleada y (ii) ella y su grupo familiar han sido víctimas del fenómeno del desplazamiento forzado interno.

1.7. Considera, por todo lo anterior, que la negativa de desacuartelamiento de parte del batallón en el que se encuentra reclutado su compañero permanente prestando el servicio militar, le causa un grave perjuicio, por lo que se vio obligada a acudir a esta acción constitucional, con el objeto de obtener el amparo de los derechos fundamentales a la unidad familiar, al mínimo vital y a la dignidad humana, así como los derechos de los niños de que es titular la menor Thalia Pamela Pantoja Guerra. En consecuencia, solicita que se ordene al Ejército Nacional eximir al señor José Heriberto Guerra Botina de la prestación del servicio militar obligatorio, con fundamento en la Ley 48 de 1993, art. 28, lit. g.

2. Actuación de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

2.1. El juez colegiado de única instancia, por auto del 12 de octubre de 2010, admitió la acción de tutela y vinculó al proceso a las siguientes entidades: (i) Distrito Militar 23 de Nariño, (ii) Comando del Ejército Nacional de Nariño y (iii) Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional.

2.2. Adicional a lo anterior, citó a la señora Blanca Lidia Inca Ojeda con el fin de que rindiera declaración de ampliación de la tutela.

La ciudadana demandante acudió a la ampliación de la acción de tutela el 15 de octubre de 2010. En dicha diligencia ratificó los hechos expuestos en el escrito. Añadió la siguiente información: (i) la niña Thalia Pamela Pantoja Guerra está a cargo de ella y su compañero

permanente, José Heriberto Guerra Botina, desde hace tres años, cuando la madre de la menor la dejó bajo su cuidado por unos días, pero no regresó; (ii) al momento de ampliar su declaración, cuenta con siete semanas de embarazo;² (iii) deriva su sustento, a partir del momento en que su compañero permanente fue reclutado, de las ayudas que la Cruz Roja le ha entregado por ser víctima del desplazamiento forzado, a pesar de que no ha sido incluida en el Registro Único de Población Desplazada;³ (iv) no puede trabajar porque por su estado de embarazo no se le facilita conseguir un empleo y, por cuanto se encuentra a cargo de la sobrina y los padres de su compañero, quienes son adultos mayores y tampoco tienen ningún tipo de trabajo; (v) a pesar de que el señor Guerra Botina tiene más hermanos, él es el único que colabora en la manutención de sus padres.

3. Respuesta de las entidades demandadas y de las vinculadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala Penal

3.1. Batallón de Infantería N° 9 Batalla de Boyacá

En escrito presentado el 15 de octubre de 2010, el Comandante del Batallón de Infantería N° 9 Batalla de Boyacá, solicitó la denegatoria de la acción de tutela por considerar que su actuación se ha ajustado a los parámetros legales que la rigen y que no ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales de la demandante en tutela.

A su juicio, la peticionaria desconoce que, de conformidad con la Ley 48 de 1993, corresponde al Servicio de Reclutamiento y Movilización la planeación, organización, dirección y control de todo lo atinente a la definición de la situación militar de los colombianos, así como la expedición de las libretas militares a través de las zonas y los distritos militares de reclutamiento.

3.2. Vigésima Tercera Brigada

El Jefe de Estado Mayor de la Vigésima Tercera Brigada se limitó a informar al a quo que mediante oficio N° 0010943 del 14 de octubre de 2010 remitió la acción de tutela al Batallón Domingo Rico Díaz, con sede en Villagarzón (Putumayo), por competencia.

3.3. Distrito Militar N° 62 - Dirección de Reclutamiento y Control Reservas, Novena Zona de Reclutamiento

El Comandante del Distrito Militar N° 62 -Dirección de Reclutamiento y Control Reservas Novena Zona de Reclutamiento-, mediante oficio allegado al juez colegiado de conocimiento el 15 de octubre de 2010, señaló que las actuaciones realizadas en el reclutamiento, antes de la incorporación del soldado Guerra Botina, se adelantaron de conformidad con los mandatos de la Ley 48 de 1993.

Afirma que en dicho trámite se respetaron todas las reglas de organización y estructura funcional. Así, el Distrito Militar N° 62 realizó el proceso de inscripción, que es el primer requerimiento para iniciar los trámites tendentes a la definición de la situación militar (Ley 48 de 1993, art. 14). Una vez realizada la inscripción, el señor Guerra Botina tuvo valoración psicofísica (Ley 48 de 1993, art. 16) por médico, odontólogo y psicólogo, quienes dictaminaron que era apto. Adicional a ello, refiere que el ciudadano Guerra Botina no manifestó en ningún momento estar incurso en ninguna de las causales de exención o inhabilidad consagradas en la ley.

Por último, sostiene que, apegado a la reglamentación legal referida, después de finalizado el procedimiento de competencia del Distrito Militar N° 62, el soldado fue incorporado al Batallón Especial Energético y Vial N° 9, razón por la cual le remitió la acción de tutela para que éste diera respuesta de fondo en relación con la situación del soldado.

3.4. Dirección de Reclutamiento y Control Reservas

El Subdirector de Reclutamiento y Control Reservas dio contestación a la acción de tutela por oficio allegado el 19 de octubre de 2010. Informó al a quo que dio traslado de la acción constitucional al Distrito Militar N° 62 adscrito a la Novena Zona de Reclutamiento, con el fin de que se pronunciara sobre los hechos que le dieron lugar, pues fue en ese Distrito en el que se dio inicio al proceso de definición de la situación militar del señor Guerra Botina.

Solicitó, entonces, la desvinculación de dicha Dirección del proceso de tutela.

3.5. Batallón Especial Energético y Vial N° 9 General José María Gaitán

3.5.1. Mediante auto del 20 de octubre de 2010, el Tribunal de conocimiento decidió vincular al Batallón Especial Energético y Vial N° 9 de Orito (Putumayo).

3.5.2. El Batallón, actuando por intermedio del Teniente Coronel Leonardo Adolfo Vargas

Villegas, quien lo comanda, solicitó la denegatoria de la presente acción constitucional, por oficio allegado el 27 de octubre de 2010. Considera que ésta es improcedente, por cuanto la accionante ha debido elevar primero un derecho de petición con la solicitud de exención del servicio militar obligatorio de su presunto compañero permanente, junto con toda la documentación acreditativa de dicha situación, a fin de que la Jefatura de Personal de Comando Ejército, Sección Soldados Regulares evaluara en primera instancia tal solicitud.

Por otra parte, informó que el ciudadano Guerra Botina se encuentra prestando el servicio militar obligatorio en la jurisdicción de la Compañía de Instrucción de Villagarzón (Putumayo), adscrito a la Vigésima Séptima Brigada de Selva con sede en la ciudad de Mocoa. Además, señala que la institución desconocía la situación familiar que alega la peticionaria en la acción de tutela, por cuanto el soldado Guerra Botina no hizo mención de la misma y, de hecho, aceptó firmar el “freno extralegal” sin ningún tipo de coacción.⁴

Estima, en consecuencia, que los derechos de la señora Inca Ojeda no han sido vulnerados por la institución militar, como quiera que ésta no tenía ningún conocimiento de la situación familiar que ahora pretende hacer proteger, en tanto no fue allegada la prueba de la unión marital de hecho existente entre el recluta y la peticionaria, en los términos de la ley. Adicionalmente, encuentra que la actora no logró demostrar los hechos que presenta como ciertos y con los cuales pretende justificar la petición de desacuartelamiento del señor Guerra Botina. Por esa razón, considera que el soldado debe continuar con la prestación del servicio militar obligatorio, en tanto se trata de un deber ineludible que tiene fundamento en el principio constitucional de prevalencia de interés general y que se exige a los nacionales como expresión concreta de la obligación genérica de cumplir la Constitución y la ley.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto -Sala de Decisión Penal, mediante fallo proferido el 29 de octubre de 2010, denegó el amparo solicitado.

El Juez colegiado tuvo en consideración que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-755 de 2008,⁵ en la cual examinó la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, que prevé las exenciones al deber de prestar el servicio militar obligatorio, declaró la exequibilidad condicionada del literal g, según el cual “[e]stán exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar: [...] g. Los casados que

hagan vida conyugal”, en el entendido de que dicha exención se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley.

Por último, indicó que, contrario a lo afirmado por la peticionaria, el señor Guerra Botina suscribió oficialmente y bajo la gravedad de juramento el freno extralegal, en el que de manera libre y voluntaria afirmó, al momento de su reclutamiento, no estar incurso en ninguna de las causales de ley para ser eximido de prestar el servicio militar, entre las que se encuentra, la de vivir en unión libre.

Así pues, concluyó que la accionante no logró acreditar la calidad de compañera permanente del señor Guerra Botina, lo cual hace inconducente presumir su dependencia económica y la afectación de su mínimo vital por la vinculación de éste a las filas del Ejército Nacional.

En relación con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la menor Thalia Pamela Pantoja Guerra, señaló que está plenamente demostrado que la niña no es hija del soldado, por lo que no se podría alegar su derecho a la unión familiar o a la manutención por parte de éste.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, mediante auto del 31 de enero de 2011, la Sala de Selección Número Uno dispuso su revisión por la Corte Constitucional. En sede de revisión se decretaron las siguientes pruebas:

1. Por medio de auto del 11 de marzo de 2011, el Despacho, ordenó oficiar a la peticionaria para que allegara prueba mediante la cual acreditara la existencia de la unión marital de hecho entre ella y el señor José Heriberto Guerra Botina, así como de que la menor Thalia Pamela se encuentra a cargo de la pareja y por qué razón. De igual manera, se le advirtió que contaba con los medios ordinarios de prueba reconocidos por el ordenamiento procesal civil.

2. El 28 de marzo de 2011, la peticionaria allegó a la Secretaría de esta Corporación escrito mediante el cual ratificó su petición de tutela e informó que se encuentra en estado de embarazo. Adjuntó, asimismo, las declaraciones rendidas por Eider Omar Almeida de la Cruz y Reinalda Claudia Revelo Díaz.

2.1. El señor Eider Omar Almeida de la Cruz declaró bajo la gravedad del juramento ante el Notario Segundo del Círculo de Pasto, lo siguiente: (i) conoce a Blanca Lidia Inca Ojeda desde hace diez (10) años y tiene con ella una relación de amistad; (ii) le consta que desde hace cuatro (4) años convive en unión libre o unión marital de hecho, estable y continua, y bajo el mismo techo, con el señor José Heriberto Guerra Botina; (iii) la menor Thalia Pamela Pantoja Guerra, quien es sobrina de su compañero, está bajo el cuidado de la pareja y depende económicamente del señor Guerra Botina; (iv) la señora Inca Ojeda se encuentra en el séptimo mes de embarazo y su compañero permanente es cabeza de familia por ser quien sostiene económicamente al grupo familiar, dependiendo exclusivamente de los ingresos que éste obtiene al desempeñarse en oficios varios ocasionales, especialmente relacionados con la construcción.⁷

2.2. De igual manera, la señora Reinalda Claudia Revelo Díaz declaró bajo la gravedad del juramento ante el Notario Segundo del Círculo de Pasto que (i) conoce desde hace seis (6) años a la ciudadana Inca Ojeda y que en la actualidad mantiene con ella una relación de amistad; (ii) la accionante convive en unión libre estable y continua, y bajo el mismo techo, con el señor José Heriberto Guerra Botina; (iii) la niña Thalia Pamela Pantoja Guerra es sobrina de su compañero y se encuentra bajo su cuidado y dependencia económica; (iv) la peticionaria se encuentra en el séptimo mes de embarazo; y (v) el sostenimiento de ella y su núcleo familiar corre por cuenta del señor Guerra Botina, quien obtiene trabajos ocasionales en el sector de la construcción.⁸

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y problema jurídico objeto de estudio

2.1. La señora Inca Ojeda presentó acción de tutela con el fin de obtener el desacuartelamiento de su compañero permanente, por cuanto considera que está incurso en una de las causales de exención de la prestación del servicio militar obligatorio. Dicha causal

es aquella de vivir en unión permanente y ser cabeza de familia de su grupo familiar conformado por ella, la menor Thalia Pamela Pantoja Guerra (su sobrina) y el hijo de ambos que está por nacer. Su situación se agrava por haber sido víctimas de desplazamiento forzado interno por acciones de grupos al margen de la ley, por lo que considera que la conculcación de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la unidad familiar, así como los derechos de los niños, resulta palmaria.

2.2. Las autoridades militares demandadas y vinculadas por el Juez de instancia consideraron que no han incurrido en vulneración alguna de los derechos de la demandante, como quiera que se han ceñido estrictamente al procedimiento legal establecido para el reclutamiento y asignación de los ciudadanos en la prestación del servicio militar obligatorio. Además, por cuanto el señor Guerra Botina firmó de manera libre y espontánea el freno extralegal, mediante el cual afirmó, bajo la gravedad del juramento, no estar incurrido en ninguna de las causales de exención establecidas por la ley. Agregaron que en ningún momento fue allegada copia del registro de la unión marital entre el conscripto y la accionante, por lo cual no pudieron considerar que el soldado se encontraba incurrido en causal de exención para la prestación del servicio militar.

2.3. El Juez de única instancia denegó el amparo por considerar que la ciudadana Inca Ojeda no logró acreditar la existencia de la unión marital de hecho que según ella tiene hace varios años con el señor Guerra Botina, pues no allegó al proceso ningún elemento probatorio reconocido en el artículo 2° de la Ley 979 de 2005 que modificó parcialmente la Ley 54 de 1990, como medios para declarar una unión de esta naturaleza. Estimó, asimismo, que tampoco se encuentra probado que la menor Pantoja Guerra dependa económicamente del ciudadano enlistado en las filas del ejército, como quiera que no es su hija.

Para efectos de resolver el anterior problema jurídico, la Sala (i) estudiará la procedencia de la acción de tutela interpuesta a favor de soldados reclutados por familiares que actúan como agentes oficiosos; (ii) hará una breve referencia a la obligación de prestar el servicio militar y, en seguida, (iii) estudiará el alcance de la exequibilidad condicionada del artículo 28, lit. g de la Ley 48 de 1993 que esta Corporación declaró en la sentencia C-755 de 20089, al hacer extensiva la causal de exención de prestación de dicho servicio a los ciudadanos que

conviven en unión permanente; (iv) posteriormente, hará un repaso de la jurisprudencia proferida en casos similares al que ahora se presenta a la Sala; (v) analizará el punto relativo a la situación de desplazamiento forzado del señor Guerra Botina y su familia; y (v), finalmente, extraerá las subreglas necesarias para resolver el caso concreto.

3. 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

3.1. Uno de los primeros requisitos que se debe verificar cuando se interpone una acción de tutela tiene que ver con la legitimación en la causa que hace referencia a la idoneidad del demandante para acudir ante el juez y solicitar la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados. En virtud de los artículos 86 de la Constitución y 10 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha sostenido que la operancia de la agencia oficiosa en tutela se supedita a (i) la manifestación de que se actúa en dicha calidad y que (ii) el titular de los derechos que se agencian no esté en condiciones de ejercer la defensa.¹⁰

3.2. 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.¹¹

Recientemente, por ejemplo, la sentencia T-774 de 2008,¹² a pesar de considerar que “el vínculo de consanguinidad o el parentesco familiar, no son (...) argumentos suficientes para justificar la agencia de derechos ajenos”¹³ 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,¹⁴ 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”.¹⁵ Situación que perturba

derechos fundamentales de las compañeras y de los menores, especialmente cuando el futuro soldado vela económicamente por la estabilidad de los suyos¹⁶ 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’.¹⁷

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 el desacuartelamiento de ciudadanos varones del servicio militar obligatorio, en condiciones como la que se señala, propiciada por la peticionaria en esta ocasión.¹⁸

4. La obligación de prestar el servicio militar

4.1. Las fuerzas militares –Ejército, Armada, Fuerza Aérea- son la institución encargada de garantizar la defensa de la soberanía e independencia nacional, la integridad del territorio y el orden constitucional (CP. Art. 217). De la misma manera, el artículo 2° de la Carta Fundamental establece como fines esenciales del Estado Social de Derecho mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Para asegurar la realización de estos fines ha sido instituida la fuerza pública, de la que también forma parte la Policía Nacional.

Asimismo, la Constitución Política en su artículo 95 establece como uno de los deberes de los ciudadanos respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales. A su turno, el artículo 216 constitucional consagra la obligación de todos los colombianos de “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas” y agrega que tanto las condiciones eximentes del servicio militar, como las prerrogativas por la prestación del mismo, serán determinadas por ley.

4.2. Como se ve, en los mandatos constitucionales a que se ha hecho referencia se encuentra el fundamento del servicio militar obligatorio. Queda claro así que existe un deber de parte de los colombianos de incorporarse a la fuerza pública para reforzar su labor de defensa de la independencia, la soberanía nacional, y la convivencia pacífica. Estos deberes se derivan de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social, que imponen ciertas cargas

a los sujetos sobre quienes recaen, a fin de alcanzar cometidos sociales valiosos en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.¹⁹

Así pues, el propio Estatuto Superior consagra la necesidad de que los colombianos presten un servicio militar, para lo cual atribuye al legislativo la potestad de reglamentación en cuanto a las condiciones y prerrogativas para que dicha prestación se lleve a cabo. La Constitución Política, entonces, 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.²⁰

5. Marco normativo y jurisprudencial de las exenciones al servicio militar obligatorio

5.1. En desarrollo de las disposiciones constitucionales arriba referidas, el Congreso de la República expidió la Ley 48 de 1993 “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”. Este cuerpo normativo atribuyó a dicho servicio la planeación, organización, dirección y control de la definición de la situación militar de los colombianos, a la vez que le encomendó la tarea de “integrar a la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional” (art. 4°).

De igual manera, establece la reglamentación del servicio militar obligatorio en aspectos básicos como la duración de la prestación y sus modalidades (Título II, Capítulo I). Se ocupa de la definición de la situación militar como una obligación de todo varón colombiano a partir del momento en que adquiere la mayoría de edad y hasta los cincuenta (50) años, a excepción de los estudiantes de bachillerato (art. 10). También contiene una clasificación taxativa de las causales de inhabilidad y de aquellas de exención de la prestación del servicio. El artículo 27 exime de prestar el servicio militar en todo tiempo a dos categorías de sujetos. La primera de ellas está conformada por quienes tienen discapacidad física y sensorial permanente; la segunda, la integran los indígenas que residan en su territorio y conserven la cultura de su comunidad.

5.2. Por su parte, el artículo 28 trae el listado de quienes están exentos de prestar el servicio

militar en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar. Incluye en tal categoría a (i) los clérigos y religiosos de otras religiones dedicados de manera permanente a su culto; (ii) aquellos que hayan sido condenados a penas que tengan como accesorias la pérdida de los derechos políticos, mientras no se hayan rehabilitado; (iii) los hijos únicos²¹; (iv) los huérfanos de padre o madre que deban velar por la manutención de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento; (v) los hijos de padres incapacitados para trabajar, o mayores de 60 años, siempre y cuando carezcan de medios de subsistencia y el hijo vele por ellos; (vi) hermanos o hijos de quienes hayan muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio, o durante la prestación del servicio militar obligatorio; (vii) los casados que hagan vida conyugal o convivan en unión permanente²²; (viii) los inhábiles relativos y permanentes; y, por último, (ix) 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.

Aparece claro que a la mayoría de las causales de exención de prestación del servicio militar en tiempo de paz, subyace la intención, por parte del legislador, de proteger a las familias de los potenciales reclutas, cuando éstas dependen de los ingresos económicos que el eventual prestador del servicio, obtiene. En otros casos, como la causal relativa a los hijos únicos, o quienes estén casados o convivan en unión permanente, no sólo está presente el elemento pecuniario, sino que también se hace presente un componente emocional fuerte, pues en estos casos el legislador no supeditó la configuración de la causal a la dependencia económica, esto es, no estableció que el hijo único, o el casado o en unión permanente debía ser el sustento de su padre/madre o de su esposa/compañera permanente, sólo se limitó a establecer que estas categorías de sujetos se verían eximidas de prestar el servicio militar obligatorio, por el solo hecho de serlo, sin requisitos adicionales.

6. La exención consagrada en el literal g. del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 y su declaratoria de exequibilidad condicionada mediante sentencia C-755 de 2008²³

6.1. Esta Corporación, como ya ha sido mencionado en la presente providencia, por sentencia C-755 de 2008,²⁴ declaró la exequibilidad condicionada del literal g. del artículo 28 de la Ley 48 de 1993.²⁵

La Corte consideró que la protección a la familia, como institución básica de la sociedad, de conformidad con el artículo 42 de la Carta Fundamental, se extiende tanto a la familia constituida por vínculos jurídicos, como a aquella conformada por vínculos naturales por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla, ya sea que hayan contraído matrimonio, o no. Reiteró la doctrina constitucional, según la cual cuentan con igual reconocimiento y protección constitucional la familia surgida por el vínculo matrimonial y aquella que se conforma en ejercicio de la libertad, sin acudir expresamente a una declaración formal.

Consideró entonces que si bien es evidente que el establecimiento de esta prerrogativa para los casados que hagan vida conyugal cabe dentro del ejercicio de la potestad de configuración del legislador, “habida consideración de la protección a la vida en común de manera permanente que a los cónyuges se asigna en virtud del matrimonio”, surge claramente que la ley dejó por fuera de protección similar a quienes sin haber contraído matrimonio optaron por constituir una familia sin vínculo matrimonial, pues “la vida en común podría verse interrumpida cuando uno de sus integrantes se vea compelido a la prestación del servicio militar”, y concluyó:

“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”.

Por esa razón, decidió declarar exequible el literal g. del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, “en el entendido de que también se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley”.

En consideración a lo anterior, queda fuera de toda duda que la exención de prestar el servicio militar cobija también a quienes convivan en unión permanente y no solamente a quienes hayan contraído matrimonio.

6.2. Previo a la extensión efectuada por esta Corporación en la sentencia que acaba de reseñarse, al declarar que la causal de exención del literal g. también cobijaba a las personas que convivieran en unión permanente, esta Corte ya había aplicado la causal en varios casos de personas que vivían en unión permanente y en la cual habían sido procreados hijos

menores de edad.

La Corte señaló que la exención del servicio militar al “varón casado que haga vida conyugal”, de la legislación anterior (Ley 1ª, art. 45 - f) defendía a la familia que, de conformidad con los criterios previos a la Carta de 1991, sólo era sujeto de protección cuando se originaba en el acto del matrimonio. Aclaró, no obstante, que a partir de los principios instaurados a partir del pacto político establecido en la nueva Constitución, la familia surgida entre compañeros permanentes merece igual reconocimiento y protección, por lo que el varón que se encuentre en estas condiciones debe ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado. Agregó que, en consideración a que la Constitución equiparó los derechos de la familia y reconoció también los mismos derechos a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, resulta ilegítimo que la ley o la administración favorezcan regímenes discriminatorios, pues ello es a todas luces contrario a la Constitución.

Finalmente precisó que los derechos de los niños tienen un valor superior a los de los demás, por lo que “[e]l servicio militar, a pesar de constituir un deber de los colombianos y un derecho de la Patria a exigirlo, no puede sobreponerse a los intereses de los niños, que la Constitución Política consagró como derechos fundamentales y les reconoció una evidente preeminencia sobre los derechos de los demás (C.P. art. 44). Pretender lo contrario, significa ignorar esa primacía, que el Estado no puede desconocer, porque uno de sus fines esenciales, al decir del artículo 2º de la Carta, es el de ‘garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución’.

En consecuencia, concedió las tutelas interpuestas y ordenó el desacuartelamiento de los soldados con el fin de que se reintegraran a sus familias, al igual que la entrega de sus libretas militares.

Con posterioridad, la sentencia SU-491 de 199327 reiteró el precedente citado. Se trataba en aquella ocasión de una accionante que solicitaba el desacuartelamiento de su compañero permanente y padre de sus hijos por nacer, alegando en este sentido que ella y los gemelos que esperaba dependían económicamente de él. La Corte reiteró que la protección de la familia reconocida constitucionalmente se extendía a aquellas con origen diferente al vínculo del matrimonio y que, en consecuencia, la exención de la legislación anterior, que

mencionaba exclusivamente a los casados que hicieran vida conyugal, cobijaba a quienes convivieran en unión permanente y a los hijos menores que dentro de ella hubiesen sido procreados.

Señaló que la obligación de prestar el servicio militar supone la restricción temporal de los derechos del conscripto, así como la imposibilidad parcial de cumplir con las obligaciones propias de la paternidad. Así, consideró que la permanencia en el Ejército de quien es padre de familia no implica necesariamente la desprotección de los derechos de los hijos -nacidos o por nacer-, pero dicha circunstancia unida al desempleo o desamparo de la madre de los menores, puede constituir un auténtico atentado contra los derechos fundamentales de los niños consagrados en el artículo 44 de la Constitución. Al respecto puntualizó:

“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 éstos los derechos del Estado a exigir de sus miembros la contribución efectiva al sostenimiento de la independencia y soberanía nacionales (CP 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 (CP arts. 5 y 42)”.

Indicó, asimismo, en reiteración de la doctrina constitucional, que aún cuando en el caso bajo examen los hijos de la actora no habían nacido, ellos, en su condición de nasciturus eran titulares de derechos fundamentales en virtud de la Constitución y los tratados internacionales (CP. Arts. 44, 93 y 94). Menciona el Preámbulo y el artículo 11 de la Constitución (del derecho a la vida) como fundamento directo, y como fundamento indirecto el artículo 43 sobre la protección de la mujer en estado de embarazo, además del artículo 44 de la Carta que establece como primer derecho fundamental de los niños, el derecho a la vida.

La Corte estableció para concluir, que mientras la ley no regule lo concerniente a la asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y después del parto, el Estado no puede exigir válidamente de la principal persona llamada por ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación cuya consecuencia práctica es su separación del núcleo familiar.

Con base en las consideraciones referidas, concedió el amparo deprecado por la actora, pero condicionó el desacuartelamiento de su compañero a que éste reconociera su paternidad sobre los hijos gemelos por nacer.

Otro caso similar fue objeto de estudio por la Sala Sexta de Revisión, mediante sentencia T-132 de 1996.²⁸ En aquella ocasión la acción de tutela también había sido interpuesta por la compañera permanente y madre de la hija de un ciudadano reclutado para prestar el servicio militar, por depender económicamente de él.

Tras reiterar que la protección de la familia que se perseguía con la causal de exención para quienes estuvieran casados e hicieran vida conyugal -consagrada en la anterior legislación sobre la materia- era aplicable igualmente a quienes convivieran en unión permanente, como manifestación del marco axiológico subyacente a la Constitución de 1991, la cual no hace diferenciación alguna entre la familia originada en el vínculo matrimonial y aquella conformada por la mera voluntad de los compañeros de crearla, la Corte decidió conceder el amparo.

Encontró probado que los hechos referidos por la peticionaria eran ciertos por cuanto durante el proceso de la acción de tutela se habían recibido tres declaraciones que confirmaban sus afirmaciones relativas a: (i) su unión permanente con el ciudadano reclutado para prestar el servicio militar, (ii) la paternidad de éste sobre su hija y (iii) la ausencia de recursos económicos propios para el sustento de ambas; además, por cuanto el propio soldado había reconocido y registrado civilmente a la menor y en una ocasión se había evadido del servicio para estar junto a ellas.

Uno de los argumentos esgrimidos por el Ejército Nacional en su defensa dentro del proceso era que el joven reclutado había firmado el llamado freno extralegal en el que afirmaba bajo la gravedad del juramento no estar incurso en ninguna de las causales de exención. Al respecto, esta Corporación encontró una contradicción entre lo declarado por éste en el

documento que firmó al momento de su incorporación al Ejército y lo manifestado al registrar a su hija y lo expresado en la declaración que rindió ante el juez de tutela, cuando dijo que la accionante y su hija dependían económicamente de su actividad laboral. Consideró procedente, entonces, compulsar copias de las actuaciones adelantadas, a la Fiscalía General de la Nación para que investigara sobre esta irregularidad.

6.3. En asuntos similares se encuentran varios pronunciamientos recientes de esta Corporación.

Así, por ejemplo, en sentencia T-342 de 200929 se estudiaron dos casos acumulados que planteaban la misma situación fáctica que ha presentado la peticionaria en la acción de tutela sub examine. En ambos, además, los hijos en cuyo nombre se solicitaba la protección, estaban por nacer, pues las actoras contaban con seis meses de embarazo, una de ellas, y la otra, con cuatro, al momento en que interpusieron las acciones de tutela.

La Sala Segunda de Revisión reiteró la jurisprudencia arriba referida, sobre el tema de la conciliación entre el deber de prestar el servicio militar obligatorio y los derechos de la mujer embarazada, del hijo que está por nacer y del padre llamado a cumplir dicha obligación, a la unidad familiar. Con fundamento en esas consideraciones, concedió la acción de tutela en uno de los dos casos, al establecer acreditada la condición de compañera permanente y de hija (ya nacida) de uno de los conscriptos, a la accionante y a su hija. No obstante, al examinar el material probatorio recaudado en el otro caso, concluyó que la peticionaria no había podido demostrar los hechos que relataba en su escrito de tutela y, adicionalmente, el propio soldado había negado la existencia de una unión permanente, limitándose a aceptar que había tenido con ella una relación esporádica y sin ningún tipo de intención de continuidad y permanencia. Al respecto señaló la Sala que no era esta instancia constitucional el escenario para determinar la existencia o inexistencia del vínculo marital, ni para establecer la paternidad del menor, hijo de la accionante. Por consiguiente, en ese caso, negó el amparo.

La Sala hizo, asimismo, un pronunciamiento en el caso en el que concedió el amparo, en relación con la firma del freno extralegal por parte del joven al momento de su incorporación. Señaló que, en consideración a que se encontraba acreditado el vínculo marital permanente entre la peticionaria y el conscripto, así como su filiación con la hija de ésta, al igual que la

situación de desempleo de la madre de la niña y la ausencia de apoyo económico por parte de sus familiares cercanos, en este caso se debía dar aplicación a la subregla establecida en la sentencia C-755 de 2008,³⁰ antes referida, según la cual la exención al deber de prestar el servicio militar en tiempo de paz, para los casados que hagan vida conyugal, se extiende a las familias surgidas de una unión sin el formalismo del matrimonio, 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.

7. La definición de la situación militar en el caso de la población desplazada

7.1. En consideración a que el joven Guerra Botina -reclutado para que prestara el servicio militar- y su familia, fueron víctimas del desplazamiento forzado, es importante que esta Sala tenga en cuenta esta circunstancia que cobra gran relevancia para la resolución del presente caso.

7.2. La población que se ha visto forzada a abandonar su entorno por amenazas contra su vida o su integridad personal por parte de los grupos armados al margen de la ley, constituye un grupo particularmente vulnerable. La situación de destierro forzado a la que estas personas se ven sometidas con el fin de salvaguardar su integridad, lesiona gravemente sus derechos fundamentales y conlleva consecuencias especialmente negativas en materia de satisfacción de derechos sociales como la vivienda digna, la salud, la educación y la seguridad social.

Tal situación de vulnerabilidad manifiesta, derivada de la situación de violencia que origina el desplazamiento y agravada por las precarias condiciones socio-económicas en las que se ven inmersas las víctimas del fenómeno del desplazamiento interno en el país al tener que movilizarse fuera de su entorno habitual y enfrentarse a la marginación y a la discriminación, a la falta de empleo y de vivienda, exigen del Estado todas las actuaciones necesarias para garantizar la materialización de los derechos fundamentales de los desplazados, así como unas condiciones mínimas de vida digna para ellos.

En dicho marco, esta Corporación sostuvo, mediante sentencia T-025 de 2004,³¹ que existe una obligación del Estado de corregir las desigualdades sociales, así como de facilitar la inclusión y participación de los sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida social, económica y política del país y que para ello es preciso adelantar todas las

actividades necesarias, a fin de lograr una mejora progresiva de las condiciones materiales de existencia de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Adicionalmente, al declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas en situación de desplazamiento forzado, derivada de la constatación de una situación estructural de violación de los derechos fundamentales de esta población, la Corte indicó que uno de los derechos desconocidos con mayor frecuencia es el derecho a la personalidad jurídica por pérdida de documentos de identidad, lo que dificulta el procedimiento de registro y, consecuentemente, el acceso a las distintas ayudas.

7.3. En el Auto 008 de 2009, mediante el cual esta Corporación declaró la persistencia del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, se estableció la obligación de tomar medidas puntuales e inmediatas para avanzar en la protección efectiva de los derechos desconocidos a la población desplazada. Una de estas medidas, relacionada con la salvaguardia del derecho a la personalidad jurídica, es “el establecimiento de una estrategia para la solución de la situación militar y la provisión de la libreta militar sin costo para los hombres, en especial entre 18 y 25 años, desplazados que no cuenten con este documento”.

En cumplimiento de la orden derivada de esta consideración, el Ministerio de Defensa Nacional ordenó a la Dirección de Reclutamiento del Ejército, mediante las resoluciones 2341 de 2009, 1700 de 2006 y 181 de 2005, expedir en favor de las personas en condición de desplazamiento una tarjeta provisional militar con una vigencia de tres años, con un costo mínimo. Todo ello, con el fin de eliminar el obstáculo que supone la falta de documentos como la libreta militar en el acceso a bienes y servicios de la población en situación de desplazamiento, dentro de las tareas propias para la superación de la misma, como conseguir un nuevo domicilio o nuevas fuentes de ingresos.

En sentencia T-372 de 201032 la Corte subrayó la importancia de esta medida, por cuanto releva a los ciudadanos desplazados, víctimas directas de situaciones de violencia o de conflicto armado, de prestar al Estado el servicio militar que, si bien es obligatorio por mandato constitucional, en el corto plazo les impone la carga desproporcionada de retornar al escenario de conflicto que fueron forzados a abandonar, poniéndolos en una situación aún mayor de vulnerabilidad física y psicológica”. Y concluyó:

“[...]Atendiendo a los fines mencionados, carece de sentido que se aplaque la definición de la situación militar de la población desplazada mediante la expedición de una tarjeta provisional, si ello apareja de manera inmediata la obligación de prestar efectivamente el servicio militar. La interpretación más razonable de las disposiciones que regulan la expedición de la tarjeta militar para la población desplazada, consiste en que la población desplazada beneficiaria del otorgamiento de la tarjeta militar provisional, lo sea también de una prórroga en la prestación del servicio militar obligatorio durante el tiempo en el que la persona tenga derecho a portar el documento”.

En consideración a lo anterior y a las circunstancias específicas del joven desplazado que había sido reclutado para prestar el servicio militar obligatorio, la Sala Novena de Revisión decidió conceder el amparo solicitado y ordenar su desincorporación, al igual que la expedición de su tarjeta militar de reservista.

Así, queda claro que las personas víctimas del desplazamiento forzado son titulares de una protección reforzada que les permita, a ellas y a sus familias, superar la situación que de esa circunstancia se deriva, lo cual incluye la expedición provisional de la libreta militar y una prórroga en la prestación del servicio militar obligatorio, en aras de no agravar su situación de vulnerabilidad socio-económica y psicológica.

7.4. A continuación procederá la Sala Primera de Revisión a consignar las subreglas establecidas en la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido esta Corporación y que son relevantes en la resolución del caso sometido a estudio.

8. Subreglas aplicables y análisis del caso concreto

8.1. Del repaso jurisprudencial que se ha hecho a lo largo de esta providencia, se extraen las siguientes subreglas, relevantes en la solución del caso bajo estudio:

a. La compañera permanente del recluso que ha sido incorporado a la Fuerza Pública para prestar el servicio militar obligatorio, con mayor razón cuando es la madre de los hijos menores de éste o se encuentra en estado de embarazo, tiene la legitimación activa para interponer la acción de tutela en su propio nombre y como agente oficiosa de sus hijos

(nacidos o por nacer) y de su compañero.

a. En virtud de los mandatos constitucionales que consagran la especial protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, sin diferenciación alguna entre aquellas originadas en el acto del matrimonio y aquellas conformadas sin dicha formalidad (arts. 5, 42, 43, 44), al igual que como consecuencia directa del pronunciamiento hecho por esta Corte en sentencia C-755 de 2008, la exención al deber de prestar el servicio militar obligatorio para los casados que hagan vida conyugal (Ley 48 de 1993, art. 28 - g.) es aplicable a quienes convivan en unión permanente.

a. La exigencia de acreditar la unión permanente sólo a través de los medios establecidos en la ley para declarar una unión marital de hecho (Ley 979 de 2005, art. 2°, que modificó parcialmente la Ley 54 de 1990), cuales son: (i) escritura pública ante Notario, acta de conciliación suscrita por los compañeros permanentes, y (iii) sentencia judicial dictada por los jueces de familia, no atiende la jurisprudencia de la Corte, en la que señala que no existe una tarifa probatoria para acreditar la unión marital de hecho, y que esta puede demostrarse por medio de declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento, sobre la convivencia de la pareja, por testigos. Incluso en la sentencia C-755 de 200833 hizo extensiva la causal de exención del artículo 28, lit. g, a “quienes convivan en unión permanente”, no a quienes hayan declarado su unión marital de hecho.

a. La tensión presente entre el deber de prestar el servicio militar obligatorio y los derechos a la unidad familiar, al amor, al cuidado y a la asistencia económica de que son titulares los niños, y cuyo correlato necesario es el deber de los padres de garantizarlos, debe ser resuelta a favor de los derechos de los niños, pues estos últimos ocupan un lugar prevalente en el ordenamiento constitucional (C.P., art. 44).

a. Los derechos fundamentales de los niños son extensibles a los nasciturus, en virtud de la

Constitución y los tratados internacionales (C.P., arts. 44, 93 y 94). Así mismo, se debe reconocer en este caso la especial asistencia y protección que consagra el ordenamiento superior en favor de la mujer embarazada (C.P., art. 43).

a. Para que la acción de tutela pueda ser concedida, debe encontrarse probado: (i) la unión permanente entre la peticionaria y el conscripto a favor de quien se solicita la protección; (ii) en caso de que hayan sido procreados hijos menores, la filiación paterna entre el soldado y estos últimos; y, (iii) la falta de capacidad económica de ella para su subsistencia y la de sus hijos menores por encontrarse desempleada y no contar con ayuda de parte de sus familiares.

a. Una vez acreditadas estas circunstancias, no resulta válido oponer la firma, bajo la gravedad del juramento, del freno extralegal por quien es llamado a prestar el servicio militar al momento de su incorporación.

a. Si no está probada la paternidad del compañero, esta se presumirá, pero el amparo constitucional y consecuente orden de desacuartelamiento definitivo serán condicionados al reconocimiento de la unión de hecho con quien dice ser su compañera permanente, y si reconoce la paternidad del niño o niña o del nasciturus, por parte de quien sea eximido del deber de prestar el servicio militar, como quiera que la exención a su deber con la patria sólo tiene sentido en la medida en que se trate de sus hijos y tenga respecto de ellos el deber de cuidado, amor y asistencia económica. (Este acto debe ser voluntario, porque existe la posibilidad de que el soldado quiera prestar el servicio militar de todas formas, porque lo ve como una opción económica, entre otras).

a. La población en situación de desplazamiento forzado es titular de una protección reforzada, derivada de la manifiesta vulnerabilidad en que tal circunstancia la sitúa. En relación con el servicio militar obligatorio, si bien no constituye una causal de exención de su prestación, sí genera el beneficio de la prórroga, al menos por los tres años para los que

debe ser expedida la libreta militar provisional, con el fin de proteger la integridad física y psicológica de estas víctimas de la violencia.

De conformidad con las subreglas consignadas, esta Sala considera que el Ejército Nacional efectivamente vulneró los derechos de la ciudadana Blanca Lidia Inca Ojeda y del soldado José Heriberto Guerra Botina a la unidad familiar y al mínimo vital, así como los derechos de los niños del hijo que está por nacer al negarse a desacuartelar al recluta por no estar acreditada la unión marital de hecho. Dicha conculcación deviene del lugar prevalente que ocupan los derechos de los niños, de la mujer embarazada y de las personas en situación de desplazamiento forzado en nuestro ordenamiento superior, así como del hecho de que la causal de exención de prestación del servicio militar no se configura únicamente cuando la unión permanente se ha declarado como unión marital de hecho.

De igual manera, esta Sala de Revisión no comparte la interpretación realizada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quien actuó como juez constitucional en el presente caso, al considerar igualmente que el amparo no era procedente al no estar declarada la unión marital de hecho. Se reitera que los derechos fundamentales en juego no pueden dejar de ser protegidos ante la existencia de una unión de hecho, a pesar de no haber sido declarada como unión marital, pues la exención también cobija a las primeras, máxime cuando se evidencia la afectación de los derechos de los niños y de la mujer embarazada. Como quedó establecido en las consideraciones de la presente providencia, las causales de exención de la prestación del servicio militar atienden al propósito de proteger a la familia, pues el deber con la patria debe ceder ante los derechos de sus miembros a no ser separados de ella.

8.2. En el caso objeto de revisión la señora Inca Ojeda pone de manifiesto que es la compañera permanente de José Heriberto Guerra Botina, quien fue reclutado para prestar el servicio militar. De igual manera dice que la pareja tiene a su cargo a una sobrina del conscripto, que ella se encuentra en estado de embarazo y que el grupo familiar depende económicamente de los ingresos que éste obtiene. Adicional a lo anterior, poco antes del reclutamiento de su compañero, se vieron forzados a abandonar la vereda en la que residían por acciones de grupos al margen de la ley, por lo cual ha solicitado su inscripción en el Registro Único de Población Desplazada de la Agencia Presidencial para la Acción Social.

Durante el trámite de revisión de la presente acción de tutela, fueron recaudadas las declaraciones ante Notario Público rendidas por dos personas, quienes confirmaron la situación fáctica por ella referida en su escrito. No obstante, al encontrarse el conscripto prestando el servicio militar en la jurisdicción de la Compañía de Instrucción de Villagarzón (Putumayo), zona de difícil acceso, no ha sido posible establecer de manera definitiva la unión de hecho entre él y la señora Inca Ojeda, ni tampoco su filiación de paternidad respecto del hijo que ella espera.

En esa medida, esta Sala considera que el amparo no puede otorgarse sin condicionarlo al reconocimiento que de estas circunstancias haga el señor Guerra Botina, pero tampoco es válido, en clave constitucional, negar la protección con base en esta deficiencia probatoria. Si así se procediera, se estaría anteponiendo una consideración de tipo formal al deber de garantía de esta Corte Constitucional de los derechos fundamentales de un grupo familiar que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad especial en tanto personas desplazadas por la violencia, los derechos de la mujer embarazada y, lo que es aún más grave, del niño que está por nacer.

Es importante, empero, aclarar que la Sala no está haciendo pronunciamiento alguno sobre dichos vínculos civiles y que al conceder la protección invocada no está asignando consecuencias en este sentido. Lo que se busca entonces es no dejar desprotegidos los derechos fundamentales conculcados, bajo la condición de que el señor Guerra Botina reconozca su paternidad sobre el hijo que espera la ciudadana Inca Ojeda, si considera que debe hacerlo. Está claro así, que la tutela de los derechos invocados sólo puede concederse en caso de que él reconozca su vínculo con la accionante, así como la paternidad sobre el niño que está por nacer.

Así, si bien no ha sido acreditada la existencia suficientemente de la unión permanente entre la ciudadana Inca Ojeda y el señor Guerra Botina, sí hay pruebas concluyentes del estado de embarazo de la peticionaria,³⁴ y de que inició el trámite pertinente para que ella y su núcleo familiar fueran incluidos en el Registro Único de Población Desplazada de Acción Social.³⁵ Además, (i) el hecho de que la tutelante esté siendo atendida por la Empresa Social del Estado Pasto Salud E.S.E., Hospital Local Civil, en el régimen de “Desplazado no Asegurado Vinculado” y que (ii) el municipio del que alega, fueron forzados a huir, sea Policarpa (Nariño), una de las zonas del país con mayores índices de desplazamiento forzado, permiten

concluir a la Sala que el grupo familiar de la señora Blanca Lidia Inca Ojeda ha sido efectivamente víctima de la violencia y forzada a abandonar su lugar habitual de residencia, por lo que merecen especial protección del Estado.

En consideración a lo anterior, la Sala Primera de Revisión estima necesario brindar el amparo tutelar al señor Guerra Botina, a la actora y al pequeño que está por nacer, siguiendo la línea jurisprudencial descrita, según la cual, priman los derechos de los niños -y del nasciturus- así como de la mujer embarazada, sobre la obligación de los colombianos de prestar el servicio militar obligatorio.

Con todo, en atención a que no hay prueba concluyente del vínculo de paternidad de José Heriberto Guerra Botina y el hijo de la señora Inca Ojeda que está por nacer, debido a la imposibilidad de comparecencia por la circunstancia de encontrarse prestando el servicio militar en una zona de difícil acceso, como ya se dijo, se seguirá el precedente establecido en la sentencia SU-491 de 1993,³⁶ y la Sala condicionará el otorgamiento del amparo de los derechos fundamentales del nasciturus, a que el presunto padre, señor José Heriberto Guerra Botina, reconozca, en un plazo prudencial, su paternidad respecto del hijo de la peticionaria.³⁷ Tal reconocimiento deberá hacerse en forma personal por el señor Guerra Botina. De no ser así, éste deberá retornar de nuevo al Ejército para cumplir integralmente la obligación de prestar el servicio militar.

9. Conclusión

Para terminar, es importante reiterar que el Ejército Nacional vulnera los derechos del conscripto, de su esposa/compañera permanente y de los niños/nasciturus que hayan sido procreados dentro de dicha unión, al exigir como prueba de la misma alguno de los medios establecidos por la ley para declarar la unión marital de hecho, con el fin de dar aplicación a la exención de prestación del servicio militar contenida en el artículo 28, lit. g. de la Ley 48 de 1993. Lo anterior se deriva del hecho de que la exención, de conformidad con la sentencia C-755 de 2008,³⁸ opera cuando quiera que haya una unión permanente conformada por quien ha sido convocado a cumplir con la obligación de prestar el servicio militar, pues el propósito que subyace a dicha causal de exención es la protección a la familia.

Cuando el vínculo no haya podido ser establecido de manera definitiva, el amparo únicamente se verá materializado cuando el soldado reconozca su vínculo con la accionante

y su filiación de paternidad con el niño que está por nacer.

En mérito de lo expuesto, la Corte procederá a revocar la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Penal, el 29 de octubre de 2010 y condicionará el otorgamiento del amparo de los derechos fundamentales del nasciturus, a que el presunto padre, señor José Heriberto Guerra Botina, reconozca, en un plazo prudencial, su paternidad respecto del hijo de la peticionaria.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 29 de octubre de 2010, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y, en su lugar, CONCEDER la acción de tutela interpuesta por la ciudadana Blanca Lidia Inca Ojeda. En consecuencia, se ordena al Ejército Nacional disponer el desacuartelamiento del soldado José Heriberto Guerra Botina, en el término de ocho (8) días.

Segundo.- CONDICIONAR el desacuartelamiento definitivo del señor José Heriberto Guerra Botina a que, en el término de veinte (20) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, éste se presente ante un notario y reconozca al niño o niña ya nacido o que esta por nacer, si considera que es el padre del hijo nacido o por nacer de la señora Blanca Lidia Inca Ojeda. Esto como requisito para expedir la respectiva libreta militar en la forma prevista en la ley y el reglamento.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 1 del cuaderno principal. En adelante, los folios que se refieran harán parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente lo contrario.

2 A folio 26 aparece copia del diagnóstico emitido por la atención médica que recibió la accionante en el Hospital Local Civil de Pasto el 14 de octubre de 2010, en el que consta su estado de embarazo. A folio 27, obra copia del resultado positivo de la prueba de embarazo realizada a la peticionaria en Profamilia, de fecha 13 de octubre de 2010. Adicionalmente, a folios 55 a 62 aparece historia clínica del seguimiento del embarazo de la actora.

3 A folio 25 se encuentra copia del registro de la Personería municipal de la solicitud elevada por la señora Inca Ojeda para ser incluida en el Registro Único de Población Desplazada junto con tres personas más. El documento tiene fecha 12 de octubre de 2010 y se presentó ante la Unidad de Atención a Población Desplazada -UAO de la Alcaldía de Pasto.

4 Aparece copia del “freno extralegal” firmado por el ciudadano José Heriberto Guerra Botina, en el que manifiesta que no está incurso en ninguna de las causales de exención del servicio militar obligatorio. (Fl. 69). También obra copia del acta de compromiso de prestación del servicio militar como soldado regular, firmada por él. (Fl. 70).

6 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 Folio 21 del cuaderno N° 2.

8 Folio 20 del cuaderno N° 2.

9 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. S.V. Jaime Araújo Rentería.

10 Sentencias T-062 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-287 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-514 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-540 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-629 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1081 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

11 Sentencia SU-491 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, unánime).

12 M.P. Mauricio González Cuervo.

13 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).

14 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 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la cual fue reiterada a su vez por la sentencia T-774 de 2008 (M.P. Mauricio González Cuervo).

15 Corte Constitucional, sentencia T-774 de 2008. (M.P. Mauricio González Cuervo).

16 Sentencia T-132 de 1996. (M.P. Hernando Herrera Vergara).

17 Sentencia SU-491 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

18 Ver sentencias T-300 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-090 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-122 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-165 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-451 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-358 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-132 de 1996 (M.P. Hernando Herrera Vergara), entre otras.

19 Sentencia SU-491 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, unánime).

20 Sentencia C-511 de 1994 (M.P. Fabio Morón Díaz. S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero). En esta sentencia la Corte Constitucional estudió varios cargos dirigidos contra una serie de disposiciones de la Ley 48 de 1993, principalmente por la presunta vulneración del derecho a la igualdad al establecer diferentes categorías con consecuencias distintas, por ejemplo, en cuanto al tiempo de servicio.

21 La Corte Constitucional, por sentencia C-755 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla S.V. Jaime Araújo Rentería), declaró la inexecutable del aparte subrayado del literal c del artículo 28 de la Ley 48 de 1993: “El hijo único, hombre o mujer, de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera”. La razón que adujo esta Corporación para declarar la inconstitucionalidad es que al establecer la exención sólo con respecto al hijo único de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera, la norma incurrió en una discriminación no justificada ni razonable respecto del varón que se encuentre en las mismas circunstancias fácticas tenidas en cuenta para establecer la exención (violatoria de los artículos 42, 43 y 13 de la Constitución Política). En relación con la expresión “de matrimonio o de unión permanente” señala la sentencia que el legislador no puede desconocer la procedencia de hecho o por vínculos naturales de algunas personas, lo cual hace que dicho enunciado resulte inconstitucional.

22 De esta causal se ocupará la Sala de manera más extensa con posterioridad. Baste aquí anotar que el enunciado referido a quienes convivan en unión permanente es una extensión elaborada por la Corte Constitucional en la sentencia C-755 de 2008, arriba referida, para declarar la exequibilidad condicionada del literal g. del artículo 28 de la Ley 48 de 1993. Así, el numeral segundo de la parte resolutive del fallo señala expresamente: “Declarar EXEQUIBLE el 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”. (Subrayas fuera del texto original).

23 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, S.V. Jaime Araújo Rentería.

24 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, S.V. Jaime Araújo Rentería.

25 El texto original de dicho literal era el siguiente: “ARTÍCULO 28. EXENCIÓN EN TIEMPO DE PAZ. Están exentos del servicio militar en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar: [...] g. Los casados que hagan vida conyugal”.

26 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

27 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, unánime.

28 M.P. Hernando Herrera Vergara.

29 M.P. María Victoria Calle Correa.

30 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

31 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Esta sentencia fue proferida en sede de revisión, con ocasión de varias acciones de tutela presentadas por personas en situación de desplazamiento forzado interno. Ante el nivel de desprotección y de violación de los derechos fundamentales de la población desplazada, esta Corporación decidió declarar el “estado de cosas inconstitucional” referido a la vulneración masiva y continuada de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales. Para superar tal situación, la Corte profirió una serie de órdenes dirigidas a las autoridades estatales concernidas en la protección y satisfacción de los derechos de esta colectividad, a fin de que las mismas adoptaran decisiones y adelantaran las actividades necesarias dentro de la órbita de sus competencias, enderezadas principalmente a superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional.

32 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

33 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

34 Folios 26 y 55 a 62.

35 Folio 25.

36 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, unánime.

37 La Sala puntualiza que se trata de la manifestación expresa de reconocimiento del nasciturus por parte del señor José Heriberto Guerra Botina o de la niña o niño ya nacido ante la autoridad competente para el efecto.

38 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.