

Sentencia T-489/11

PERSONERO MUNICIPAL-Legitimación para interponer tutela

El Decreto 2591 de 1991 reglamentó la posibilidad de solicitar al juez de tutela el amparo de los derechos fundamentales de aquellos sujetos que no pueden promover de manera directa la acción de tutela. En concordancia con lo anterior, es claro que los Personeros Municipales en atención a sus funciones constitucionales y legales de guarda y promoción de los derechos fundamentales, están legitimados para presentar acciones de tutela. Es esta medida, si se percatan de la amenaza o violación de derechos fundamentales de una persona, podrán interponer la acción en nombre del individuo que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión.

DERECHO DE PETICION-Elementos fácticos que deben demostrarse

No basta que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta. Es necesario respaldar dicha afirmación con elementos que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad o particular demandado o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación.

SERVICIO MILITAR-Obligatoriedad y eximentes fijados por la Constitución y la Ley con respecto a su prestación

El servicio militar se encuentra concebido como una forma de responsabilidad social que se conserva entre la sociedad civil y el Estado. Es decir, es la posibilidad de que el ciudadano participe en la tarea de asegurar la convivencia pacífica de los habitantes del territorio colombiano, sin que ello propiamente implique una vulneración a los derechos de los particulares, en la medida en que su esencia materializa el ejercicio de la solidaridad ciudadana en un servicio especial e impostergable que requiere, en todos los tiempos, la sociedad. La prestación del servicio militar, si bien es exigible a todos los nacionales, con las excepciones que la ley consagra, debe someterse a los postulados constitucionales y legales, y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas. En cuanto a las exenciones de prestación de ese servicio, la Ley 48 de 1993, en sus artículos 27

y 28 establece las causales y realiza una distinción entre las que operan en todo tiempo y las que tienen lugar en tiempo de paz.

DERECHOS DEL MENOR-Orden al Ejército Nacional para exonerar al accionante del servicio militar por ser padre cabeza de familia

Es procedente que el juez de tutela, en una situación como la que es objeto de estudio, ordene el desacuartelamiento del padre de familia, independientemente de que esta condición emane del contrato matrimonial o de la unión permanente de dos personas, por cuanto se hace necesaria la protección de los derechos fundamentales de su menor hijo, a quien la madre por sí sola no puede proporcionarle el cuidado y afecto, así como la atención económica que requiere, sino que es notable y necesaria la presencia de su padre en el seno del hogar, para que a través de su actividad laboral pueda brindar el sustento requerido por su hijo.

Referencia: expediente T- 2.968.860

Acción de Tutela instaurada por Edwin Alexander Figueroa en contra del Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diez (2010) por la Sala Civil del Tribunal Superior de Tunja, en cuanto denegó la tutela incoada por el Personero Municipal de Paipa, Boyacá, en representación del señor Edwin

Alexander Figueroa Calderón en contra del Ejército Nacional, Dirección de Reclutamiento del Batallón Bolívar de Tunja.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional, mediante Auto del veinticinco (25) de febrero de dos mil once (2011) escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

En ejercicio de sus funciones el Personero Municipal de Paipa, Boyacá, en representación del señor Edwin Alexander Figueroa Calderón, demanda al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales y los de su hijo que está por nacer, al debido proceso, a la igualdad y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por el Ejército Nacional, Dirección de Reclutamiento del Batallón Bolívar de Tunja, al ordenar su reclutamiento sin tener en consideración que se encuentra eximido de prestar el servicio militar.

Sustenta su solicitud en los siguientes hechos y argumentos de derecho:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Manifiesta que el joven Edwin Alexander Figueroa Calderón se presentó el día 23 de septiembre de 2010 en el Batallón de Artillería de la ciudad de Bogotá con la finalidad de definir su situación militar.

1. Indica que en dicha oportunidad adjuntó los documentos que acreditaban que se encontraba incurso en una causal de exoneración de prestar el servicio militar obligatorio, toda vez que convive en unión marital de hecho con la señora Gloria Asunción Parra Parra, quien para ese momento tenía cuatro meses de gestación.

1. Señala que dentro de la documentación presentada se anexaron los exámenes médicos que acreditaban el estado de embarazo de la compañera permanente del accionante, así como declaraciones extrajuicio que daban fe de su convivencia marital.

1. De igual forma, el joven Edwin Alexander Figueroa Calderón al momento de presentarse a definir su situación militar se encontraba vinculado laboralmente a la Empresa Asesores de Mercadeo ASOMER LTDA., constituyéndose la remuneración percibida, en la única fuente de subsistencia de su núcleo familiar.

1. Relata que ante la omisión por parte del Ejército Nacional de eximir al demandante del servicio militar dadas sus condiciones particulares y especiales, su compañera permanente Gloria Asunción Parra Parra presentó derecho de petición ante el Batallón Bolívar de Tunja solicitando su desvinculación, sin que hasta el día de presentación de la tutela se hubiera emitido ninguna respuesta, por lo que de igual forma, se configura una vulneración al derecho fundamental de petición.

1. Por lo expuesto, solicita al juez de tutela amparar los derechos fundamentales del accionante y, en consecuencia, ordenar al Ejército Nacional el descuartelamiento del joven Edwin Alexander Figueroa Calderón.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, la Sala Civil y Familia del Tribunal Superior de Tunja procedió a admitirla y ordenó correr traslado al Comandante del Ejército Nacional de Colombia y al Comandante de la Oficina de Reclutamiento del Batallón Bolívar de Tunja.

1. El Comandante del Distrito Militar No. 07 de Reclutamiento del Ejército Nacional contestó la acción de tutela en los siguientes términos:

Manifestó no ser el competente para ordenar el descuartelamiento del ciudadano Edwin Alexander Figueroa, toda vez que el joven se encuentra incorporado en el Batallón de Infantería No. 1 "General Simón Bolívar", siendo en consecuencia, dicha Unidad, la encargada de realizar el trámite interno para la desincorporación del accionante.

Indicó que el peticionario debe allegar la documentación que acredite la existencia de la unión marital de hecho alegada y, adicionalmente, la constancia del tiempo de servicio prestado expedida por el Batallón respectivo, a efectos de determinar si se hace efectivo o no el pago de la cuota de compensación militar.

Por otra parte, advirtió que Edwin Alexander Figueroa con 23 años de edad, ha desatendido su deber legal y con la patria de definir su situación militar, lo cual de conformidad con la Constitución y la ley 48 de 1993, debe hacerse una vez se cumpla la mayoría de edad.

1. El Comandante del Batallón de Infantería No. 1 "General Simón Bolívar" contestó la acción de tutela de la referencia. Frente a los hechos aducidos en el libelo de demanda, señaló que desconoce la prueba del estado de gravidez de la compañera del accionante, así como la dependencia donde, según lo dicho, se radicó la documentación referida.

Finalmente, afirmó que una vez verificados los libros radicadores de esa Unidad Técnica, no se encontró registro alguno relacionado con el derecho de petición presentado por la señora

Gloria Asunción Parra Parra.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Gloria Asunción Parra Parra.

1. Declaración extrajuicio en la que se certifica que Edwin Alexander Figueroa y Gloria Asunción Parra Parra conviven de forma permanente, pública e ininterrumpida desde hace nueve meses. De igual manera, se afirma que Gloria Asunción Parra, quien se encuentra en estado de embarazo, depende económicamente de Edwin Alexander Figueroa.

1. Prueba de embarazo de la señora Gloria Asunción Parra Parra de fecha 30 de agosto de 2010.

1. Resultado de la ecografía realizada a la señora Gloria Asunción Parra, de fecha 14 de septiembre de 2010, donde se especifica que tiene 11,5 semanas de gestación.

1. Derecho de petición presentado por la señora Gloria Asunción Parra Parra solicitando la desvinculación del Ejército de su compañero Edwin Alexander Figueroa.

1. Copia del contrato laboral de obra celebrado entre Edwin Alexander Figueroa Calderón y la empresa ASOMER LTDA. con fecha de iniciación 21 de julio de 2010.

1. Copia de la solicitud realizada por Edwin Alexander Figueroa Calderón al Personero Municipal de Paipa, Boyacá, para adelantar en su nombre acción de tutela en contra del Ejército Nacional.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA - TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA, SALA CIVIL Y FAMILIA.

La Sala Civil y Familia del Tribunal Superior de Tunja, mediante sentencia proferida el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diez (2010), decidió denegar la acción de tutela instaurada por el personero municipal de Paipa, en representación de Edwin Alexander Figueroa Calderón.

Resaltó que el artículo 216 Superior establece 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, e igualmente señala que la Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

Al respecto, explicó que aunque la Constitución Política de Colombia consagra la obligación de prestar el servicio militar obligatorio, en cada caso concreto, las autoridades militares son quienes deben valorar la situación particular y establecer si el cumplimiento de dicha obligación se opone a la atención de otros deberes, como sería el caso de aquella persona que vela económicamente por la estabilidad de su familia.

En todo caso, en atención al artículo 29 del Decreto 2048 de 1993, siempre que se pretenda obtener una exención para no cumplir con el servicio militar obligatorio, necesariamente debe allegarse la prueba documental y sumaria sobre la existencia de la causal invocada

Frente al caso objeto de estudio, consideró el a quo que no existe prueba que evidencie la presentación a ninguna autoridad militar de los documentos soporte de las condiciones

particulares alegadas por el peticionario, lo cual sumado a la afirmación de los entes accionados de no haber recibido la referida documentación, permite concluir que los documentos no fueron presentados en debida forma, razón por la cual, no pudo darse el trámite correspondiente por las autoridades competentes.

En ese orden de ideas, manifestó que no puede el juez de tutela definir por esta vía la exoneración aludida, por lo que negó la tutela incoada y ordenó al Personero Municipal de Paipa, Boyacá, efectuar la petición ante las autoridades militares adjuntando los documentos necesarios para el efecto.

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

1. PROBLEMA JURÍDICO

En el asunto de la referencia, la Sala establecerá si la renuencia de las autoridades militares a desvincular del servicio militar a un soldado padre de familia que supuestamente está amparado por una causal de exención, vulnera los derechos fundamentales del niño que está por nacer y de la mujer embarazada, en razón a que la ausencia del padre, en cumplimiento de una obligación constitucional, expone a la mujer que no posee medios económicos para su subsistencia y la de su hijo, en una situación de desamparo y desprotección.

Con el fin de solucionar el problema jurídico, esta Sala estudiará: primero, la legitimación de los Personeros Municipales para instaurar acciones de tutela; segundo, los elementos del derecho fundamental de petición y la necesaria existencia de los extremos fácticos para la procedencia de la acción de tutela; tercero, la prestación del servicio militar su obligatoriedad y eximentes fijados por la Constitución y la ley con respecto a su prestación y; cuarto, el caso concreto.

1. Legitimación de los Personeros Municipales para instaurar acciones de tutela.

Antes de avanzar en el análisis sustancial del asunto que ahora ocupa a esta Sala, es necesario indicar sumariamente la legitimación de los Personeros Municipales para interponer acciones de tutela en representación de otras personas. Lo anterior, por cuanto en el presente caso es el Personero Municipal de Paipa, Boyacá, quien impetra la presente acción en representación de Edwin Alexander Figueroa Calderón.

Inicialmente ha de señalarse que el artículo 86 de la Carta Política establece:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Como desarrollo de este precepto constitucional, el Decreto 2591 de 1991 reglamentó la posibilidad de solicitar al juez de tutela el amparo de los derechos fundamentales de aquellos sujetos que no pueden promover de manera directa la acción de tutela, en este sentido, el artículo 10 señala lo siguiente:

La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

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

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. (Negrilla por fuera del texto original).

En concordancia con lo anterior, es claro que los Personeros Municipales en atención a sus funciones constitucionales y legales de guarda y promoción de los derechos fundamentales, están legitimados para presentar acciones de tutela.

Es esta medida, si se percatan de la amenaza o violación de derechos fundamentales de una persona, podrán interponer la acción en nombre del individuo que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión.

En el caso objeto de revisión, el joven Edwin Alexander Figueroa Calderón acudió al Personero Municipal de Paipa, Boyacá, con el fin de que en su nombre interpusiera acción de tutela contra el Ejército Nacional, Dirección de Reclutamiento del Batallón Bolívar de Tunja, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales y los de su hijo que está por nacer, al debido proceso, a la igualdad y al mínimo vital.

En atención a lo expuesto, para esta Sala de Revisión es claro que se cumple lo preceptuado en el citado artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en la medida en que el Personero Municipal de Paipa, Boyacá se encuentra legitimado para actuar.

Una vez tratado este punto preliminar, procede la Sala a examinar los fundamentos jurídicos restantes sobre los cuales se apoya la decisión del presente caso.

1. Elementos del derecho fundamental de petición y la necesaria existencia de los extremos fácticos para la procedencia de la acción.

La jurisprudencia constitucional² ha señalado los elementos del derecho de petición que deben concurrir para hacerlo efectivo. Al respecto esta Corporación en Sentencia T-377 del 3 de abril 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero, fijó los supuestos fácticos mínimos del mismo:

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a

la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días,

en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i. El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.”

Ante el deber de las autoridades de responder las solicitudes presentadas por los ciudadanos, la Corte Constitucional ha sostenido que debe hacerse dentro del plazo establecido por la ley, resolviendo de fondo y claramente lo pedido.³

Ahora bien, la violación de ese derecho puede dar lugar a la iniciación de una acción de tutela para cuya prosperidad se exigen dos extremos fácticos que han de cumplirse con rigor. Primero la existencia con fecha cierta de una solicitud dirigida a una autoridad, y segundo el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que se haya dado una respuesta oportuna al solicitante. Así las cosas, para la prosperidad de la acción de tutela por violación del derecho de petición, el accionante debe acreditar dentro del proceso que elevó la correspondiente petición y, que la misma no fue contestada.⁴

Por lo anterior, es pertinente agregar que si bien toda persona tiene derecho a elevar solicitudes respetuosas ante la administración o contra particulares, es requisito indispensable para obtener el fin perseguido con la acción de tutela, demostrar así sea de forma sumaria, que se presentó la petición.

En este sentido, la Sentencia T - 997 de 2005, resaltó:

La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la

fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha traslada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición sí fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.

En este orden, no basta por tanto que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta. Es necesario respaldar dicha afirmación con elementos que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad o particular demandado o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación.⁵

1. La prestación del servicio militar, su obligatoriedad y eximentes fijados por la Constitución y la Ley con respecto a su prestación.

El artículo 2 de la Carta Política establece que entre los fines esenciales del Estado Social de Derecho se encuentran, la defensa de la independencia nacional, el mantenimiento de la integridad territorial, el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Por su parte, el artículo 216 de la Constitución señala que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades del país así lo exijan, con el objeto de defender la independencia Nacional y las instituciones públicas, dejando a la Ley no solo la determinación de las condiciones que eximen del servicio militar, sino las prerrogativas que pueden recibir los ciudadanos por la prestación del mismo.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 216 constitucional, el servicio militar se encuentra concebido como una forma de responsabilidad social que se conserva entre la sociedad civil y el Estado. Es decir, es la posibilidad de que el ciudadano participe en la tarea

de asegurar la convivencia pacífica de los habitantes del territorio colombiano, sin que ello propiamente implique una vulneración a los derechos de los particulares, en la medida en que su esencia materializa el ejercicio de la solidaridad ciudadana en un servicio especial e impostergable que requiere, en todos los tiempos, la sociedad⁶.

Al ser analizado sistemáticamente el artículo 2 y el artículo 216 Superior que establece el imperativo de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, permite concluir que la obligación de colaborar con las fuerzas armadas, o prestar el servicio militar, se encuentra vinculada a la necesidad de que las personas cuyos derechos y libertades se hallan garantizados por el ordenamiento constitucional colombiano, participen en la defensa de la soberanía, en el mantenimiento de la integridad del territorio, la salvaguarda de la paz, y la vigencia de las instituciones.⁷

Así lo ha sostenido esta Corporación:

La propia Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de “respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituídas para mantener la independencia y la integridad nacionales” o para “defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica”; y de “propender al logro y mantenimiento de la paz” (art. 95 C.N.). Deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública; de suerte que no están desprovistos los asociados del cumplimiento de obligaciones expresas que les son impuestas por el orden superior.

Lo que responde, sin lugar a dudas, a una concepción del Estado moderno y contemporáneo, que al tiempo que rodea de garantías al hombre para su realización en los distintos ámbitos de su existencia, le encarga, en la dimensión de los deberes autoconstructivos, de las cargas de autobeneficio, del cumplimiento de un conjunto de deberes, la mayoría de los cuales con alcances solidarios, cuando no de conservación de los principios de sociabilidad, que permitan realizar una civilización mejor o hacer más humanos los efectos del crecimiento económico, y de los desarrollos políticos y sociales.⁸

De la misma manera, y conforme a esta línea de orientación se ha establecido que resulta indudable que, a menos que se configure una de las causales legales de exención, la prestación del servicio militar corresponde a un deber ineludible de la persona, que tiene su fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.) y que se exige a los nacionales como expresión concreta de la obligación genérica, a todos impuesta, de cumplir la Constitución y las leyes (artículos 4º, inciso 2º, y 95 C.P.). Este último precepto ordena a las personas, de manera específica, el respeto y apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.⁹

Conforme a lo anterior, la prestación del servicio militar, si bien es exigible a todos los nacionales, con las excepciones que la ley consagra, debe someterse a los postulados constitucionales y legales, y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas.

Ahora bien, la Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización, establece que todos los hombres tienen la obligación de definir su situación militar, a partir de la fecha en que cumplan su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller.

En cuanto a las exenciones de prestación de ese servicio, la Ley 48 de 1993, en sus artículos 27 y 28 establece las causales y realiza una distinción entre las que operan en todo tiempo y las que tienen lugar en tiempo de paz, así:

ARTÍCULO 27. Exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar:

- a) Los limitados físicos y sensoriales permanentes;
- b) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.

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:

- a) Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Así mismo los

similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto;

b) Los que hubieren sido condenados a penas que tengan como accesorias la pérdida de los derechos políticos mientras no obtengan su rehabilitación;

c) El hijo único hombre o mujer;

d) El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento;

e) El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia siempre que dicho hijo vele por ellos;

f) El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio militar obligatorio, a menos, que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo;

h) Los inhábiles relativos y permanentes;

i) Los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos que siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo.

En relación con el literal g) de este artículo, los casados que hagan vida conyugal, esta causal fue declarada exequible de manera condicionada en la Sentencia C-755 del 30 de julio de 2008, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, en el entendido que la exención se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo a la ley.

En dicha providencia, se estudió precisamente un cargo relacionado con la presunta vulneración por parte del numeral g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, del derecho a la igualdad, al desconocer que la unión marital de hecho o la familia conformada por vínculos naturales, también se encuentra protegida constitucionalmente según el artículo 42 superior.

En esa oportunidad concluyó la Corte que efectivamente la protección de la familia debe

darse por la ley cuando surge de un vínculo matrimonial, al igual que cuando nace sin esas específicas formalidades, pues la Constitución ordena amparar a la familia, sin discriminación por razón de su origen. En consecuencia, la Corte profirió una sentencia condicionada en la que declaró exequible el literal g) descrito, en el entendido de que la exención allí establecida se extiende a quienes convivan de manera permanente demostrada, conforme a la ley.

Bajo este entendido, la causal cobija a quienes hacen vida marital sin haber contraído matrimonio, de conformidad con el artículo 42 de la Carta Política, más aún si de esa unión existen hijos menores de edad¹⁰. De hecho, ha señalado la Corte¹¹ que cuando la ley determinó tal exención, estaba defendiendo en su momento la familia, de acuerdo con los criterios ético-jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución. Con los principios establecidos por los constituyentes, a la luz de la norma superior actual, 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 que se encuentra en tales condiciones, deber ser igualmente objeto de la exención que se le otorga por ley al casado.

Así, si bien la obligación de prestar el servicio militar afecta en primer término los intereses del incorporado a las filas, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, también en ocasiones lesiona a los miembros de la familia en particular de los niños que se ven privados de la protección paterna¹².

En tales circunstancias, cuando surge un conflicto entre la obligación de acatar el llamado a filas y cumplir con las obligaciones que se le imponen constitucionalmente a una familia, teniendo en cuenta que la pareja es la encargada de sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos; que el artículo 44 superior reconoce los derechos de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, e 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, la incompatibilidad entre la obligación de prestar el servicio militar y la obligación de sostener, alimentar y proteger a los hijos menores de edad se resuelve generalmente en favor de los derechos cuya protección es prioritaria¹³, es decir en favor de los derechos de los niños.

Además, como 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 patria¹⁴, no le es dable al Estado exigirle a la principal persona llamada por la ley a asistir y proteger a su familia, el cumplimiento de una obligación legal que precisamente la separa de ese núcleo familiar¹⁵.

Con todo, la Corte ha sido enfática en precisar que no es posible convertir la acción de tutela en un mecanismo propicio para evadir el acatamiento de la obligación de prestar el servicio militar.

La orden de desacuartelamiento procede según la jurisprudencia entonces, generalmente cuando se acreditan 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 ¹⁶.

Bajo esta orientación, la Corte en la Sentencia SU 491 de 1993, se pronunció en relación con la solicitud de la demandante, quien actuando en nombre propio y en el de sus hijos próximos a nacer, pretendía el desacuartelamiento de su compañero, quien prestaba el servicio militar en el Batallón PIGOANZA de Pitalito, Huila.

De los medios probatorios aportados al proceso, en dicha oportunidad, dedujo la Corte que la accionante al momento de solicitar la tutela presentaba un embarazo gemelar de aproximadamente siete meses y medio, fruto de las relaciones íntimas sostenidas con el soldado Leonardo Fabio Merchán Díaz; la situación de pobreza aducida por la petente y ratificada por su madre, quién se ofreció a aportar ayuda económica en la medida de sus escasos ingresos, revelaban el desamparo a que se encontrarían sometidos ella y sus hijos de no contar con la protección efectiva del padre de los menores. Adicionalmente, del hecho de que el soldado Merchán Díaz se presentó como voluntario para ingresar al Ejército, consideró esta Corporación que su intención no era de evadir el cumplimiento de un deber

constitucional.

De esta manera, la Corte sostuvo que las obligaciones emanadas del texto constitucional en relación con la familia, la sociedad y el Estado son exigibles de las personas llamadas a cumplirlas en diferentes momentos de la vida y que en ocasiones, la exigibilidad simultánea de deberes u obligaciones constitucionales puede generar un conflicto de derechos e intereses jurídicamente protegidos, debiendo el juez constitucional realizar una cuidadosa sopesación de los valores, derechos, principios y deberes en conflicto.

En un pronunciamiento más reciente, este Alto Tribunal Constitucional en Sentencia T-342 de 200917, al estudiar el caso de una mujer que solicitaba el descuartelamiento de su compañero permanente, quien se encontraba prestando servicio militar en el Batallón de Infantería No. 18 "Jaime Rooke" de la ciudad de Ibagué, pudo determinar que la accionante llevaba conviviendo con el señor Wilson Eduardo Varón Carvajal por más de dos (2) años y presentaba un embarazo de aproximadamente cuatro meses, fruto de esa unión; la situación de pobreza aducida por la accionante, ratificada por dos de sus conocidos y su imposibilidad de trabajar, revelan el desamparo a que se verían sometidos ella y su hijo al no contar con la protección efectiva del padre.

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

En ambas oportunidades, coligió la Corte que al conceder el amparo deprecado no sólo se promovía por la unidad familiar sino que defendía los derechos fundamentales de los menores y las mujeres embarazadas, cuya integridad se veía vulnerada por el reclutamiento de su compañero permanente, quien velaba por la subsistencia de su núcleo familiar.

1. CASO CONCRETO

Precedentemente esta Sala de Revisión consideró que el Personero Municipal de Paipa, Boyacá, se encuentra legitimado, en virtud del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, para interponer la presente acción de tutela en representación de Edwin Alexander Figueroa Calderón y de su hijo ya nacido, en defensa de sus derechos fundamentales, por lo cual, una vez verificada la legitimación por activa de la presente actuación, entrará la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

Ahora bien, al revisar la presente actuación observa la Sala la necesidad de distinguir dos problemas jurídicos a saber: primero, la eventual violación al derecho fundamental de petición alegado por la señora Gloria Asunción Parra Parra, compañera permanente del accionante y; segundo, la eventual violación a los derechos fundamentales del accionante y de su menor hijo, al ser incorporado al Ejército Nacional sin tener en consideración que se encuentra en una causal de exención de prestar el servicio militar.

En relación con el primer problema jurídico planteado, debe recordarse que según lo indicado en la parte motiva de esta providencia, la carga de la prueba recae sobre el demandante, quien debe acreditar la existencia de los dos extremos fácticos necesarios para configurar una violación al derecho fundamental de petición.

Al respecto, ha de señalarse en relación con la supuesta vulneración del derecho de petición presentado por la señora Gloria Asunción Parra Parra, solicitando el descuartelamiento de su compañero permanente, que revisado el material probatorio que obra en el expediente, sólo se observa que la señora Parra Parra realizó una petición dirigida al accionado sin que exista constancia de que dicho escrito haya sido efectivamente presentado ante ninguna dependencia del Ejército Nacional. Es por ello, que si se tiene en consideración que la carga de la prueba radica, en este caso, en cabeza de la señora Parra Parra, sumado a la afirmación del demandado de no haber recibido ninguna solicitud al respecto, se tendrá para efectos de esta acción que no se realizó dicha petición.

Por otra parte, y a efectos de determinar si las autoridades militares han vulnerado los derechos fundamentales del accionante, al no permitir su descuartelamiento pese a que alega encontrarse amparado por una causal de exención, observa la Sala que en el asunto sub examine existe un conflicto evidente entre la obligación del soldado Edwin Alexander Figueroa Calderón de prestar el servicio militar, y la situación particular de su compañera

Gloria Asunción Parra Parra y de su hijo menor, pues ambos dependen económicamente de aquél para subsistir.

Lo anterior, teniendo en consideración que dentro del acervo probatorio se encuentra la declaración juramentada de dos conocidos de la pareja, quienes afirman que llevan una convivencia de 9 meses y que Edwin Alexander Figueroa es padre cabeza de familia y es el encargado del sostenimiento de su núcleo familiar, declaración que se ve corroborada con la copia del contrato laboral suscrito entre Edwin Alexander Figueroa y la Empresa ASOMER LTDA., lo que permite inferir que es el proveedor económico de su familia.

Es de esta manera que, resultan claramente tutelables los derechos del menor hijo del soldado Edwin Alexander Figueroa, de acuerdo con la especial protección consagrada en la Carta Política en favor de los niños, y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más aún teniendo en cuenta que la madre no goza de los medios para sostenerse económicamente, ya que depende de la actividad laboral de su compañero, tal como se desprende de las pruebas allegadas al expediente, las cuales no fueron controvertidas por el Ejército Nacional, sino que simplemente alegaron no haber recibido en debida forma.

Por lo expuesto, es procedente que el juez de tutela, en una situación como la que es objeto de estudio, ordene el desacuartelamiento del padre de familia, independientemente de que esta condición emane del contrato matrimonial o de la unión permanente de dos personas, por cuanto se hace necesaria la protección de los derechos fundamentales de su menor hijo, a quien la madre por sí sola no puede proporcionarle el cuidado y afecto, así como la atención económica que requiere, sino que es notable y necesaria la presencia de su padre en el seno del hogar, para que a través de su actividad laboral pueda brindar el sustento requerido por su hijo.

Debe en todo caso recordar la Sala lo dicho en antelación, en relación con la sentencia C-755 de 2008, en la que la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 que, establece la exención al deber de prestar el servicio militar en tiempo de paz, para los casados que hagan vida conyugal, donde la Corporación precisó que la protección a la familia ha de darse por la ley cuando surge de un vínculo matrimonial, pero también si nace sin el formalismo, pues la Constitución ordena darle igual amparo a la

familia, constituida por la decisión responsable y libre de un hombre y una mujer, sin discriminación en razón de su enlace.

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

Por último, debe señalarse respecto a la definición de la situación militar del accionante y en consecuencia la expedición de la respectiva libreta militar que la misma debe realizarse previo pago de la correspondiente cuota de compensación militar, la cual habrá de liquidarse según lo establecido en la normativa respectiva.

En este sentido, y en relación con la cuota de compensación militar observamos que el artículo 21 de la Ley 48 de 1993 señala que serán clasificados quienes por razón de una causal de exención, inhabilidad o falta de cupo, hayan sido eximidos de la prestación del servicio militar bajo banderas. (negrilla fuera de texto original).

En razón a lo anterior, el artículo 22 de la citada normativa consagra la cuota de compensación militar y la define de la siguiente manera: El inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado debe pagar una contribución pecuniaria al Tesoro Nacional, denominada "cuota de compensación militar". El Gobierno determinará su valor y las condiciones de liquidación y recaudo.

Y a su vez, el artículo 1° de la Ley 1184 de 2008 por la cual se regula la cuota de compensación militar y se dictan otras disposiciones, puntualiza la manera en la cual debe ser liquidada dicha cuota.

En consecuencia, la Sala Séptima de Revisión revocará el fallo de instancia y, en su lugar, ordenará al Ejército Nacional que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda al desacuartelamiento del conscripto Edwin Alexander Figueroa y realice la expedición de su respectiva libreta militar, teniendo para ello en consideración la normativa que regula la cuota de compensación militar, esto es, la Ley 48 de 1993 y la Ley 1184 de 2008.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la Sentencia proferida el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diez (2010), por la Sala Civil y Familia del Tribunal Superior de Tunja, la cual denegó la tutela incoada por el Personero Municipal de Paipa, Boyacá, en representación de Edwin Alexander Figueroa en contra del Ejército Nacional, Dirección de Reclutamiento del Batallón de Infantería No. 1 “General Simón Bolívar” y, en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales del señor Edwin Alexander Figueroa y de su menor hijo.

SEGUNDO. ORDENAR al Ejército Nacional, Dirección de Reclutamiento del Batallón de Infantería No. 1 “General Simón Bolívar” que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda al desacuartelamiento del soldado Edwin Alexander Figueroa y a la expedición de su libreta militar, teniendo en consideración la normativa que regula la cuota de compensación militar, en atención a las condiciones particulares del accionante.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente en comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T- 266 del 18 de marzo de 2004, MP.ÁlvaroTafur Galvis

2Puede consultarse entre otras las sentencias T-012 de 1992, T-419 de 1992, T-172 de 1993, T-306 de 1993, T-335 de 1993, T-571 de 1993, T-279 de 1994, T-414 de 1995, T-529 de 1995, T-604 de 1995, T-614 de 1995, SU-166 de 1999, T-307 de 1999.

3 Sentencias T-170 del 24 de febrero de 2000 y T-1166 del 6 de noviembre de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-250 del 9 de abril de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

4 Sentencia T-1224 del 25 de octubre de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

5Sentencia T- 767 del 12 de agosto de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis

6Sentencia T-224 del 15 de junio de1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7 Sentencia T-350 del 11 de mayo de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

8 Sentencia C-511 del 16 de noviembre de1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

9Sentencia C-728 del 14 de octubre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

10 Sentencia T-132 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

11 Sentencia T-326 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

12 Sentencia T-358 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

13 Sentencia SU-491 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

14 Sentencia T- 358 del 9 de noviembre de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

15 Sentencia SU- 491 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver además las sentencias T-132 del 28 de marzo de 1996 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-090 del 3 de marzo de 1994 y T-122 del 14 de marzo de 1994.

16 Sentencia SU- 491 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz