

Sentencia T-517/93

SERVICIO MILITAR/PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO

El 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.

DERECHO A LA FAMILIA/UNION MARITAL DE HECHO-Reconocimiento/SERVICIO MILITAR-Exenciones

Cuando la ley exención del servicio militar al “varón casado que haga vida conyugal (ley 1a-45,f,) estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios éticos- jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución, merecía protección únicamente cuando se formaba por el vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por los constituyentes de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merecen también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado.

REF. Expediente No. 15399

PETICIONARIO: RICARDO MEJIA GONZALEZ, PERSONERO MUNICIPAL DE CORDOBA (QUINDIO)  
POR SOLICITUD DE MARIA ISAURA OCAMPO GUZMAN “quien representa a sus hijos menores JEFFERSON LOAIZA OCAMPO y JAYSON DAVID LOAIZA OCAMPO.

TEMA: Los derechos de los niños y el deber de prestar el servicio militar

PROCEDENCIA: Juzgado Promisivo Municipal de Córdoba (Quindío)

MAGISTRADO PONENTE: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

La Sala Sexta de Revisión, integrada por los Honorables magistrados ALEJANDRO MARTINEZ

CABALLERO, FABIO MORON DIAZ y HERNANDO HERRERA VERGARA, previo estudio del Magistrado Ponente, procede a revisar la sentencia que para decidir la acción de la referencia fue proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba (Quindío), el veintiseis (26) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

## I. INFORMACION PRELIMINAR

El doce (12) de mayo de 1993, el señor RICARDO MEJIA GONZALEZ, Personero Municipal de Córdoba (Quindío), facultado por el Artículo 10 del Decreto 2591 de noviembre 19 de 1991 y del Artículo 10. de la Resolución 001 de abril de 1992, emitida por el Defensor del Pueblo..." impetró la acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Constitución Política, "por solicitud de la señora MARIA ISAURA OCAMPO GUZMAN, mayor de edad, natural de Calarcá Quindío, residenciada en este municipio... de profesión jornalera, alfabeto, soltera de veinte años de edad, sin cédula de ciudadanía, quien representa a sus hijos JEFFERSON LOAIZA OCAMPO y JAYSON DAVID LOAIZA OCAMPO, ... el primero con un año y nueve meses de nacido y el segundo con un mes y doce días de nacido", en contra de "EL EJERCITO COLOMBIANO, OCTAVA ZONA DE RECLUTAMIENTO, BATALLON CISNEROS, DISTRITO MILITAR No. 39 ARMENIA Q.".

## A. HECHOS

Según el peticionario, sirven de fundamento para el ejercicio de la acción de tutela los siguientes hechos:

1. El diez (10) de noviembre de 1992, el señor EDILBERTO LOAIZA BOTERO "fue incorporado al servicio militar activo, pese a la solicitud que en forma verbal hiciera su compañera permanente MARIA ISAURA OCAMPO GUZMAN para que se le declarara inhábil de ingresar al servicio militar debido a que sostenía con él una relación de convivencia desde hacía tres años y fruto de ello se encontraba en EMBARAZO".
2. Según la señora OCAMPO GUZMAN "los oficiales del ejército le manifestaron que el único matrimonio válido era el celebrado legalmente, bien por la Iglesia Católica o por los ritos civiles". Agrega que "presentó unas declaraciones extraproceso con fecha de febrero 23 de 1993, recepcionadas a los señores MARIO SANCHEZ y FANNY MARIN SANCHEZ, en los cuales constaba el actual y precario estado, tanto de los menores como de la señora OCAMPO

GUZMAN, además de su relación con EDILBERTO LOAIZA BOTERO...”.

3. El diecisiete (17) de junio de 1991, MARIA ISAURA OCAMPO GUZMAN dió a luz a JEFFERSON LOAIZA OCAMPO y “el cinco (5) de febrero de 1993, le fue atendido un parto en el Hospital San Roque de este municipio, naciendo el menor JAYSON DAVID LOAIZA OCAMPO”.

4. “Desde el instante en que EDILBERTO LOAIZA BOTERO fue incorporado al ejército “han sido múltiples las DIFICULTADES ECONOMICAS que ha afrontado su compañera que lo tenía como el UNICO SOSTEN y ESPERANZA para garantizar su vida y el crecimiento de sus hijos”.

La imposibilidad “física y económica” en que se encuentra la madre no le ha permitido brindar a los menores la atención y cuidados médicos que requieren.

5. La abuela materna provee a los niños y a su madre de lo mínimo para subsistir mediante recursos que obtiene “jornaliando” como recolectora de café, además cuentan con “la colaboración de algunos vecinos, quienes conociendo la situación actual, en medio de su pobreza le procuran algo para sus menores hijos”. Otra fuente de ingresos es la proveniente del lavado de ropas “por parte de MARIA ISAURA hasta poder volver a ‘jornaliar’ en el campo, pues es lo único que sabe hacer, según lo manifiesta ella”.

Considera el accionante que la situación descrita vulnera el derecho a la vida, los derechos de los niños y el principio de igualdad.

## II. LA SENTENCIA OBJETO DE REVISION

Previas algunas diligencias probatorias, el Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba (Quindío), mediante sentencia de mayo veintiseis (26) de mil novecientos noventa y tres (1993), resolvió “DECLARAR improcedente la acción de tutela invocada por el Defensor del Pueblo Dr. Ricardo Mejía González...” de conformidad con las siguientes consideraciones:

1. La Constitución Política contempla “en el Artículo 2 como fines esenciales del Estado, defender la independencia nacional, mantener la integridad nacional y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y para ello, requiere de cuerpos especializados, dotado de material técnico y un grupo humano capaz e idóneo para el cumplimiento de la misión”, siendo necesario para la integración y el obligado relevo que cada cierto lapso de tiempo se produce en las filas, el concurso permanente y eficaz de “los

habitantes que en virtud de la Ley que por el sistema de conscripción o de ingreso voluntario sean incorporados”.

2. La regla general es la obligación de prestar el servicio militar obligatorio y las excepciones son taxativas, “lo que indica que si EDILBERTO LOAIZA BOTERO no se encuentra en una de tales circunstancias debe acudir y permanecer en las filas y con su ausencia provisional o temporal, considera este despacho no se ha vulnerado el derecho a la vida del padre, la madre o sus hijos, por cuanto está demostrado, éste los visita cada quince o veinte días y existe un trato continuo, frecuente”.

3. Los infantes no han quedado abandonados porque “se han unido solidariamente los abuelos, los amigos de la pareja y velan conjuntamente por el bienestar de los menores durante el tiempo que ha permanecido LOAIZA BOTERO cumpliendo con el deber de ciudadano”. Por lo anterior, prima “el cumplimiento del deber y la obligación transitoria que tiene como ciudadano, lo que no implica que sus hijos estén abandonados, desprotegidos o se hayan vulnerando los principios consagrados en el Artículo 44 de la Constitución Nacional”.

El señor Defensor del Pueblo, Dr. Jaime Córdoba Triviño insistió en la selección para revisión de la acción de tutela que ahora se examina.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En atención a lo dispuesto por los Artículos 86, Inciso tercero y 241, Numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los Artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de las sentencias que resolvió acerca de la acción de tutela de la referencia. Se procede a la revisión en virtud de la selección practicada por la Sala correspondiente y del reparto efectuado según lo establecido por el Reglamento de esta Corporación .

### B. LA MATERIA

Una de las temáticas que con mayor claridad revela la necesaria relación entre el Estado y la sociedad es la de los deberes constitucionales que, en un sentido general, implican situaciones de sujeción impuestas a las personas en aras de proteger un interés de carácter colectivo. Los deberes comportan la observancia de un conjunto de comportamientos de

contenido positivo o negativo que se traducen en la vinculación de la conducta de los particulares a la realización de algunas prestaciones de índole personal y patrimonial, desarrolladas primordialmente, con base en intereses generales de la comunidad.

Especial importancia adquiere la consagración de los deberes de la persona y del ciudadano si se tiene en cuenta que estos constituyen un marco ético de naturaleza civil que, en concordancia con la finalidad de propender por la tutela de intereses colectivos, persigue el acatamiento de las Constituciones y de las leyes (Artículo 4) así como el logro de ciertos fines de la organización política dentro de los que se inscribe el de defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial (Artículo 2).

A ese propósito tan relevante que compromete la existencia misma del Estado corresponde cabalmente el deber contemplado en el Artículo 95, Numeral 3 de la Carta, consistente en “respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales”. En armonía con estos postulados el Artículo 216 de la Constitución establece que “todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. Sobre el particular, en la Sentencia No. 277 de 1993, de la que fue ponente el Honorable Magistrado Antonio Barrera Carbonell, se expuso:

“Sería ingenuo admitir, que el Estado pueda responder por su obligación de `defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica’ (C.P., Artículo 20.), si no dispone de los medios coercitivos, que dentro de `la vigencia de un orden justo’ requiere para asegurar esos fines. Por eso la misma Carta apela, entre otros mecanismos, el expediente de autorizar la confirmación de un ejército dentro de la organización de su fuerza pública, que se encargue de `... la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional’ (Artículo 217, C.P.)”

“Ciertamente es a partir de la admisión de estos dos supuestos, esto es del deber y del medio para lograrlo, como se justifica la obligación de todos los colombianos de prestar el servicio militar...”

Este servicio, entonces, es uno de los clásicos deberes de carácter personal cuyo cumplimiento trae consigo la restricción temporal de ciertos derechos y libertades de modo

que

“... compromete intereses diferentes, tanto por el sujeto pasivo de la obligación como pues la naturaleza de los derechos individuales que puede afectar. El primer afectado es, por supuesto el obligado, es decir el colombiano cuya situación personal se encuadra dentro de los parámetros que la Constitución y la Ley establecen sobre el particular, el cual, por lo mismo, ve limitados algunos de sus derechos personales al resultar sometido a un deber, en relación con el cual, no puede, en principio, sustraerse”. (Sentencia No. 326 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell)

Empero, en algunas ocasiones además de los derechos del conscripto pueden verse comprometidos los derechos de miembros de su familia y en particular los correspondientes a los hijos menores de edad. Surge de tal manera una indiscutible incompatibilidad entre los deberes que el llamado a filas debe atender respecto del Estado y aquellos otros deberes u obligaciones que la misma Carta le impone en relación con su familia. La exigencia simultánea de unos y otros “genera 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”. (Sentencia 491/93)

Así pues, el Artículo 42 de la Carta impone a la pareja el deber de sostener y educar a los hijos “mientras sean menores o impedidos” al paso que el Artículo 44 recoge los derechos fundamentales de los niños señala a la familia, la sociedad y el Estado, como obligados a “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral” e indica, además, que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Así las cosas, cuando a la ausencia del padre, motivada por la prestación del servicio militar, se suman circunstancias que tienen que ver con el desempleo y la desprotección de la madre de los menores, puede presentarse una vulneración de los derechos fundamentales que el Artículo 44 de la Constitución reconoce a los niños. En la Sentencia No. 326 de 1993, se consignaron los siguientes planteamientos que en esta oportunidad reitera la Sala.

“El 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. Artículo 44). Pretender lo contrario, significa ignorar

esa primacía que el Estado no puede desconocer, porque uno de sus fines esenciales, al decir del Artículo 20. de la Carta, el de `garantizar la efetividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Y más adelante se puntuó que:

“Tener una familia y no ser separado de ella constituye un derecho fundamental de todo niño, porque, como es sabido, el ámbito natural de su socialización y desarrollo es el núcleo familiar y nadie, ni si quiera la autoridad civil o militar, tiene la potestad de desarraigarlo de su medio, lo cual ocurriría al privarlo de la protección paternal, porque ello entraña de hecho una violación constitucional por el propio Estado, de un derecho primario y primero, cuando su deber, al contrario, es el de “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (C.P. art. 44).

Para la nueva Carta Política, la familia es un producto social y el núcleo fundamental de la sociedad (art 42), que se constituye con ocasión del matrimonio o de una unión marital de hecho, y a la cual el Estado como la propia sociedad, deben garantizarle una protección integral. Además, la Constitución predica una igualdad de derechos y deberes de los “hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”, de manera que en materia de los derechos de los niños en relación con su familia, y en particular frente a los deberes de sus padres para con ellos, no juega ninguna discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Ahora, cuando la ley exención del servicio militar al “varón casado que haga vida conyugal (ley 1a-45,f,) estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios éticos- jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución, merecía protección únicamente cuando se formaba por el vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por los constituyentes de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merecen también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado.

Si la Constitución equiparó los derechos de la familia, sin parar mientes en su origen, y reconoció también los mismos derechos a los hijos “habidos en el matrimonio o fuera de él”, no puede la ley, ni mucho menos la Administración, mantener o favorecer diferencias que

consagren regímenes discriminatorios, porque ello significa el quebrantamiento obstensible de la Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos”.

Como quiera que en el momento actual el Estado colombiano no cuenta con un sistema prestacional y de seguridad social que brinde protección a los menores mientras su padres cumple con el deber de prestar el servicio militar y que tampoco se han desarrollado los contenidos del Artículo 43 superior referentes a la asistencia y protección de la mujer durante el embarazo y con posterioridad al parto, de acuerdo con lo considerado en Sentencia de Sala Plena No. 491 de 1993, con ponencia del Honorable Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

“... al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por la Ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar. Solamente la asistencia y protección estatal de los menores que se varían abandonadas ante la separación de su padre y la situación de desempleo o desamparo de la madre, darían legitimación al Estado para insistir en el cumplimiento del servicio militar del varón, en las circunstancias anotadas. De lo contrario, los principios de reciprocidad y primacía de los derechos inalienables de la persona se verían desconocidos por la actuación inconstitucional de las autoridades”.

## EL CASO CONCRETO

Ahora bien, la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento para evadir el cumplimiento del deber de prestar el servicio militar. La desincorporación de quien actualmente se encuentra al servicio de la patria o busca en eventos excepcionales, como el que ahora examina la Sala, la protección de los derechos fundamentales de sus hijos menores, siempre que se acrediten los presupuestos que en un asunto similar ha tenido en cuenta la jurisprudencia de esta Corte: “(1) el reconocimiento de la paternidad por el soldado respecto de quien se solicita el descuartelamiento; (2) la demostración de la situación de desempleo o desamparo de la madre que le impide asumir la carga del mantenimiento y cuidado de sus hijos menores y (3) la ausencia del apoyo económico de las personas llamadas por Ley a prestar alimentos a sus familiares cercanos”. (Sentencia 491 de 1993)

Obran en el expediente copias de los registros civiles de nacimiento correspondiente a

JEFFERSON y JEYSON DAVID LOAIZA OCAMPO, en los que figura como padre de los menores el señor EDILBERTO LOAIZA BOTERO. (Folios 7 y 8) Igualmente el médico Diego Fernando Mesa Mejía certifica “que a la señora MARIA ISAURA OCAMPO GUZMAN, le fue atendido un parto el día cinco (5) de febrero de 1993, en el Hospital ‘San Roque’ del Municipio de Córdoba, de sexo masculino, hijo del señor EDILBERTO LOAIZA”.

En declaración rendida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba (Quindío) MARIA ISAURA OCAMPO GUZMAN informa que desde hace tres años vive en unión libre con el señor LOAIZA BOTERO y que pese a las gestiones que adelantó le fue imposible impedir que su compañero fuera eximido del deber de prestar el servicio militar. Interrogada sobre su situación económica y la de su familia, manifiesta: “mi mamá coge café, mi papá también y yo hago lo mismo, mis padres no se encontraban con nosotros cuando estaba Edilberto, entonces ellos estaban o vinieron apenas se llevaron a Edilberto a prestar el servicio mientras yo cumplía con la dieta del embarazo. En estos momentos yo trabajo cogiendo café, pero casi no me rinde, me gano aproximadamente cinco mil pesos a la semana, con eso vivo y mi mamá y mi padre me ayudan”. El anterior testimonio se encuentra corroborado por las declaraciones de FANNY MARIN SANCHEZ y MARIO SANCHEZ SANCHEZ, quienes coinciden en señalar que EDILBERTO LOAIZA BOTERO era el único que velaba por el sostenimiento del hogar.

La difícil situación económica que se aduce en el escrito de demanda y los escasos emolumentos que tanto MARIA ISAURA OCAMPO como sus padres reciben de la realización de actividades que por ser transitorias o esporádicas no aseguran continuidad en la percepción del ingreso, ponen en evidencia la desprotección a que están sometidos los dos menores y la necesidad de contar con el concurso del padre para brindarles el disfrute de condiciones apropiadas a los derechos que la Carta reconoce a los niños.

#### IV. DECISION

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

#### RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Promisivo Municipal de Córdoba

(Quindío) el veintiseis (26) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993) por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONCEDER la tutela solicitada y en consecuencia se ordena que el EJERCITO NACIONAL, por intermedio de la Octava Brigada, proceda, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta sentencia, a disponer el desacuartelamiento del soldado EDILBERTO LOAIZA BOTERO a quien el Ejército deberá otorgar libreta militar en la forma establecida por la Ley y el reglamento.

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

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

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General