

Sentencia T-699 de 2009

Referencia: Expedientes T-2.286.614 y T-2.289.030 acumulados.

Acciones de tutela presentadas por Jhonatan Sarmiento Bejarano contra el Distrito Militar N° 52 de Bogotá y el Batallón de Infantería N° 29 Teniente General “Germán Ocampo Herrera” y Neila Johana Espitia Cetina contra el Batallón de Infantería N° 2 Mariscal “Antonio José de Sucre”.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., dos (2) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, 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 trámite de revisión de las decisiones proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala de Decisión Penal (T-2.286.614) y el Juzgado Civil del Circuito de Monquirá (T-2'289.030), el veinte (20) de marzo y veintitrés (23) de abril, ambas de dos mil nueve (2009).

I. ANTECEDENTES.

Jhonatan Sarmiento Bejarano instauró acción de tutela contra el Distrito Militar N° 52 de Bogotá y el Batallón de Infantería N° 29 Teniente General “Germán Ocampo Herrera”, a fin de que sean protegidos los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y educación, supuestamente conculcados con ocasión del reclutamiento efectuado sin tener en consideración que para ese momento se

encontraba cursando noveno (9°) grado de bachillerato.

Por su parte, Neila Johana Espitia Cetina, actuando en nombre propio y en el de su hijo que para el momento de la interposición de la acción de tutela estaba por nacer, demandó al Batallón de Infantería N° 2 Mariscal “Antonio José de Sucre” con la pretensión de que se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, unidad familiar, protección de la mujer embarazada, vida digna, mínimo vital, salud, integridad física, seguridad social, alimentación, derecho a que el menor no sea separado de la familia, cuidado, amor, educación, supuestamente vulnerados por el llamado a prestar el servicio militar de su compañero permanente señor Osman Caicedo como soldado regular campesino. Las solicitudes de tutela están soportadas en los siguientes

Hechos y pretensión (T-2.286.614).

1. Afirma el peticionario que con el fin de definir su situación militar, se presentó voluntariamente al Distrito Militar N° 52 de Bogotá, que sin tener en consideración la causal de aplazamiento para la prestación del servicio militar en la que estaba incurso, en tanto cursaba para ese momento noveno (9°) grado de bachillerato en el colegio Departamental de Taraira (Vaupés), lo cual fue puesto de presente verbalmente, decidió reclutarlo y enviarlo al Municipio de Granada (Meta).
2. Por lo anterior, solicitó la tutela de sus derechos fundamentales ordenando en consecuencia al comandante del Batallón de Infantería N° 29 “General Germán Ocampo Herrera”, el desacuartelamiento inmediato y la ubicación en la ciudad de Bogotá que es su lugar de residencia, asumiendo para tal efecto los gastos de locomoción y seguridad a que haya lugar. Así mismo, que el Distrito Militar N° 52 de Bogotá, defina o aplace la prestación del servicio militar obligatorio.

Respuesta del Batallón de Infantería N° 29 Teniente General “Germán Ocampo Herrera”.

3. Mediante escrito radicado en la Secretaría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el dieciséis (16) de marzo de dos mil nueve (2009), el Batallón de Infantería N° 29 estimó que la petición de tutela formulada por el actor es improcedente, razón por la que solicitó la desestimación de las pretensiones formuladas, en consideración a que no ha existido la vulneración de los derechos fundamentales

alegados.

4. Apoyado en los artículos 116 de la Constitución Política, 30 del Decreto 2048 de 1993 y 10 de la Ley 48 de 1993, aseveró que ningún ciudadano tiene la posibilidad de escoger o determinar libremente la prestación del servicio militar, ni tampoco las autoridades tienen la potestad de efectuar las incorporaciones discrecionalmente, toda vez que las exenciones que pueden presentarse son las que expresamente determina la ley, las cuales de ser otorgadas contra legem acarrearán las sanciones penales y disciplinarias correspondientes.

5. Respecto de la situación del señor Sarmiento Bejarano, indicó que constatado el sistema de información de reclutamiento pudo corroborarse que fue inscrito en el Distrito Militar N° 52 de Bogotá e incorporado a las filas del Ejército Nacional el diecisiete (17) de febrero de dos mil nueve (2009), sin estar registrada constancia alguna de que se encontraba terminando sus estudios de educación básica secundaria, ni presentó documentos que acreditaran la mentada condición.

Agregó que una vez finalizó el proceso, contaba con la posibilidad de presentar la reclamación después del sorteo y hasta dentro de los quince (15) días siguientes a la incorporación, pudiendo manifestar inclusive la razón que le impedía prestar el servicio militar cuando el Comando del Batallón indaga a cada uno de los conscriptos sin ningún tipo de presión “con el fin de evitar problemas en el tiempo de su servicio y poder así realizar los respectivos trámites para su desacuartelamiento o aplazamiento de acuerdo a lo estipulado en la Ley 48 de 1993.”¹

6. Con todo, concluyó que el accionante al momento de incorporarse al Ejército Nacional no se encontraba estudiando, ni matriculado en ningún plantel educativo como lo afirma en la acción de tutela, lo que puede constatarse en el acta de compromiso suscrita por él, que igualmente era una ocasión para indicar cualquier tipo de limitante.

Decisión judicial objeto de revisión.

7. En sentencia del veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio no accedió a la tutela de los derechos fundamentales presuntamente conculcados, bajo la consideración de que el requisito

de subsidiariedad no se encuentra cumplido por cuanto el accionante no ha formulado derecho de petición ante la autoridad demandada, resultando apresurada la solicitud de tutela impetrada, en tanto “no se ha decidido oficialmente sobre el derecho reclamado, vale decir, no existe acto administrativo respecto del cual pudiera acusarse la vulneración a los derechos fundamentales del solicitante.”²

Añadió que la razón de ser del mecanismo constitucional previsto en el artículo 86 Superior, radica en que no se puede hacer uso de él sobre la base de actos de la administración inexistentes, toda vez que se trata de situaciones inciertas e hipotéticas que no hacen posible la procedencia de la acción de amparo constitucional, pues no se trata de una violación cierta, seria y actual.

Pruebas que reposan en el expediente.

- Certificación suscrita por el Rector (E.) y Secretario (E.) del Colegio Departamental de Taraira, con nota de reconocimiento de firmas del veintitrés (23) de febrero de dos mil nueve (2009) que indica (folio 8 del cuaderno N° 1):

“Que el alumno SARMIENTO BEJARANO JHONATAN, identificado con cédula de ciudadanía No 1.013.618.535. Expedida en Bogotá cursó y APROBO el grado OCTAVO durante el año lectivo 2008 y en la actualidad se encuentra matriculado en el grado NOVENO del presente año según consta en el libro de matrículas del año 2009.”

- Ficha de matrícula del demandante expedida por el mismo plantel educativo (folio 10 ibídem).

- Ficha médica unificada de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional (folios 19 a 22 del cuaderno de revisión).

Actuación en sede de revisión.

8. Seleccionado el asunto mediante auto del once (11) de junio de dos mil nueve (2009), el Magistrado Sustanciador con el fin de allegar elementos de juicio adicionales para adoptar la decisión de mérito, dispuso oficiar al Distrito Militar N° 52 de Bogotá, a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional y al demandante.

9. El comandante del Distrito Militar N° 52 de Bogotá, en escrito radicado en esta Corporación el diez (10) de julio de dos mil nueve (2009) indicó que verificado el Sistema de Información de Reclutamiento, el señor Sarmiento Bejarano “está inscrito en el Distrito Militar N° 54 el cual se encuentra en el Municipio de Granada departamento del Meta al cual por competencia y jurisdicción le corresponde definir la situación del accionado al encontrarse en condición de incorporado al Batallón de Infantería No 29 GERMAN OCAMPO.”³

10. El comandante del puesto de mando del Batallón de Infantería N° 29 Teniente General “Germán Ocampo Herrera”, indicó que el actor se encuentra prestando servicio militar en el segundo destacamento de 2009 y que no “ha solicitado desacuartelamiento del Ejército Nacional amparado en su condición de estudiante de noveno grado de bachillerato, toda vez que al momento de ser incorporado el día 26 de febrero del 2009 ya cumplía con la mayoría de edad.”⁴

11. El Subdirector de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, manifestó que después del veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), el accionante no ha solicitado la desincorporación amparado en alguna causal de aplazamiento.

Hechos y pretensión (T-2.289.030).

12. Sostiene la peticionaria que vive en unión marital de hecho con el señor Osman Caicedo, contando para el momento de la presentación de la acción tutelar con cinco (5) meses de gestación, lo cual no le ha permitido laborar por su avanzado estado de gravidez. Agrega que su compañero permanente se desempeñaba como jornalero y que lo que percibía se constituía en la fuente de ingreso para el cubrimiento de las necesidades básicas y “los medios para asistir al médico, con el fin de procurar los controles del embarazo.”⁵

13. Indica que su cónyuge antes de cumplir la mayoría de edad fue retenido en Moniquirá, quedando inmediatamente en libertad, recalando que tan pronto cumplió dieciocho (18) años de edad “[e]n forma honrada y obrando de buena fe”⁶, se presentó con el fin de que fuera resuelta su situación militar, no contando con otra alternativa que la prestación del servicio militar obligatorio, situación que en su sentir vulnera la exención prevista en la Ley 48 de 1993 para los hombres casados o que

hagan vida conyugal.

14. En consecuencia, la actora solicita al juez constitucional ordene a la autoridad demandada realizar las gestiones necesarias con el fin de que el señor Caicedo sea retirado de las filas “por hacer vida conyugal y por ser el padre biológico del hijo por nacer y además el encargado del mantenimiento de la que constituye su familia”.⁷

Respuesta del Batallón de Infantería N° 2 Mariscal “Antonio José de Sucre”.

15. El comandante del Batallón en escrito radicado en el despacho judicial de instancia el quince (15) de abril de dos mil nueve (2009), indicó que el señor Osman Caicedo se encuentra prestando servicio militar obligatorio, no existiendo durante el proceso de incorporación alguna constancia de la situación alegada por la accionante, recalcando que inclusive bajo la gravedad del juramento manifestó “que no era casado, que no era hijo único, que no vivía en unión libre, que no tenía hijos que sostener, que la familia no dependía económicamente de él, además que no tenía mujer embarazada, no tenía problemas familiares o jurídicos para ingresar como soldado al Ejército Nacional.”⁸

Así mismo, sostuvo que el Jefe de Personal del citado establecimiento castrense en reunión efectuada el diecisiete (17) de marzo del mismo año, puso de presente las causales de exención del servicio militar contempladas en el ordenamiento jurídico, resultando beneficiados dos jóvenes que pusieron de presente el estado de embarazo de sus compañeras permanentes, razón por la cual fueron desacuartelados inmediatamente.

Señaló que el Ejército Nacional no ha tenido la intención de vulnerar los derechos fundamentales de la familia como núcleo esencial de la sociedad, ni de los niños, en tanto el supuesto embarazo y la convivencia con el señor Caicedo son situaciones desconocidas para la institución castrense “ya que al momento del acuartelamiento nada se manifestó por parte del reclutado, o por lo menos no se ha logrado establecer probatoriamente este hecho.”⁹

Para terminar, hizo mención del procedimiento establecido para efectos de realizar la desvinculación de las fuerzas militares, resaltando que se trata de un trámite que tarda aproximadamente dos (2) meses para que se produzca la baja administrativa, siendo

necesario en el caso específico del señor Caicedo que acredite la existencia de la unión marital de hecho mediante escritura pública.

Decisión judicial objeto de revisión.

16. El Juzgado Civil del Circuito de Monquirá en sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009), decidió no tutelar los derechos fundamentales de la accionante por considerar que las pruebas documentales allegadas al expediente son fehacientes en indicar que la autoridad demandada actuó conforme a los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico.

Sumado a lo anterior, resaltó que el señor Osman Caicedo no hizo manifestación alguna sobre la supuesta convivencia con la señora Espitia Cetina, razón por la cual “no se le puede endilgar al accionado una presunta vulneración de derechos de carácter constitucional, si nunca tuvo la información debida para realizar el procedimiento de desvinculación dispuesta por las Fuerzas Militares”¹⁰, lo cual muestra que la actuación del Batallón accionado no sugiere extralimitación de funciones, ni otro tipo de situación irregular.

Actuación en sede de revisión.

17. Mediante auto del cinco (5) de agosto de dos mil nueve (2009), el Magistrado Sustanciador atendiendo la insuficiencia probatoria en el asunto objeto de revisión dispuso:

“PRIMERO.- COMISIONAR al Juzgado Civil del Circuito de Monquirá (Boyacá), para que, dentro del día siguiente al recibo de la comunicación por parte de la Secretaría General de esta Corporación, notifique el contenido de esta providencia a la señora Neila Johana Espitia Cetina, quien podrá ser ubicada en la vereda del Papayal en esa municipalidad ó en el teléfono móvil 320 4890664.

SEGUNDO.- Dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de este proveído, la señora Neila Johana Espitia Cetina deberá REMITIR a esta Corporación con destino al expediente de tutela T-2'289.030, copia del registro civil de nacimiento del menor que estaba por nacer al momento de la interposición de la acción de tutela ante el Juzgado Civil

del Circuito de Moniquirá (abril 2 de 2009).”

18. La información allegada por el despacho judicial comisionado será puesta de presente al momento de resolver el caso concreto.

Pruebas que reposan en el expediente.

- Ecografía obstétrica realizada por el departamento de ginecoobstetricia del Hospital Regional de Moniquirá (folio 5 del cuaderno principal).

- Declaración extraproceso rendida ante el Notario Segundo del Círculo de Moniquirá el veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009) por los señores Oswaldo Sáenz Motta y Oswaldo Sáenz Jiménez (folio 7 ibídem).

- Acta de compromiso suscrita por el señor Osman Caicedo ante la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Distrito Militar N° 6 y manifestación bajo la gravedad del juramento de no estar incurso en las exenciones previstas en los artículos 27 y 28 de la Ley 48 de 1993 (folios 19 y 20 ibíd.).

- Acta N° 0432 del diecisiete (17) de marzo de dos mil nueve (2009) que da cuenta de la “verificación del personal de conscriptos integrantes del tercer contingente del 2009” (folios 32 y 33 ibíd.).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

19. Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Planteamiento del problema jurídico.

20. Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, le corresponde establecer a esta Sala de Revisión si la circunstancia de que los señores Jhonatan Sarmiento Bejarano y Osman Caicedo quienes se encuentran prestando servicio militar obligatorio

como soldados regulares campesinos, sin tener en consideración la supuesta configuración de causales de aplazamiento y de exención, respectivamente, vulnera sus derechos fundamentales.

21. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará referencia al marco normativo y jurisprudencial del servicio militar obligatorio en Colombia y resolverá el caso concreto.

Marco normativo y jurisprudencial del servicio militar obligatorio en Colombia.

22. Conforme lo establece la Constitución Política la fuerza pública esta integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Art. 216). En relación con las primeras, debe indicarse que la finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional y están integradas por el ejército, la armada y la fuerza aérea (Art. 217). Por su parte, la segunda es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil a cargo de la Nación, cuyo fin esencial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (Art. 218).

Así mismo, el Ordenamiento Superior (Art. 216) dispone que todos los colombianos tienen la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, previsión normativa que debe ser armonizada con valores y principios constitucionales tales como la prevalencia del interés general como postulado estructurante de nuestro Estado Social de Derecho (Art. 1°), deberes de los ciudadanos (Art. 95) de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales, participar en la vida política, cívica y comunitaria del país y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual indudablemente tiene por finalidad el fortalecimiento de la unidad de la Nación (preámbulo) y el mantenimiento de la integridad territorial para asegurar la convivencia pacífica (Art. 2°).

23. En el plano legislativo, debe resaltarse que el marco normativo regulatorio del servicio militar obligatorio está determinado actualmente por las leyes 48 de 1993, 418 de 1997, 548 de 1999 y 642 de 2001. La primera normativa establece como imperativo

que todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar desde el momento en el que cumpla la mayoría de edad, con excepción de los estudiantes de bachillerato quienes deberán definirla cuando obtengan el título de bachiller, obligación que únicamente cesará a los cincuenta (50) años de edad (Art. 10). Igualmente, prevé que la duración del servicio bajo banderas tendrá una duración de doce (12) a veinticuatro (24) meses, tiempos que dependen de la modalidad de servicio prestado, es decir, ya sea como soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller o soldado campesino (Arts. 11, 13).

También establece en el plexo de causales de exención que los casados que hagan vida conyugal no tienen el deber de prestar el servicio militar obligatorio, situación que a la postre no despoja de la obligación de inscribirse y pagar la cuota de compensación militar a que haya lugar (Art. 28-g). Este literal al ser objeto de control de constitucionalidad fue declarado exequible de manera condicionada mediante sentencia C-755 de 2008, en el entendido de que también se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley. En esa oportunidad la Corte sostuvo:

“No obstante, ello deja por fuera de similar protección a quienes sin contraer matrimonio optaron por constituir una familia sin vínculo matrimonial pues, en este caso, resulta igualmente cierto que la vida en común podría verse interrumpida cuando uno de sus integrantes se vea compelido a la prestación del servicio militar.

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.”

Del mismo modo consagró el legislador como causal de aplazamiento por el tiempo que subsista, que el inscrito esté cursando último año de enseñanza media y no obtuviere el título de bachiller por pérdida de año (Art. 29-f).

24. De otra parte, la Ley 418 de 1997 (Art. 13) circunscribió la figura del aplazamiento del servicio militar obligatorio para los jóvenes menores de edad, incluidos aquellos estudiantes que estuvieren cursando undécimo grado hasta tanto cumplan la mayoría de edad, excepto que voluntariamente y con autorización expresa y escrita de sus padres

opten por el cumplimiento inmediato de su deber constitucional, no pudiendo ser destinados los menores a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra, ni empleados en acciones de confrontación armada.¹¹

La misma preceptiva dispuso que en el evento de que el joven alcance la mayoría de edad y habiendo aplazado el servicio militar se encuentre matriculado en un programa de pregrado en institución de educación superior, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. En caso de que llegare a optar por el cumplimiento inmediato, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones. En cambio, si la decisión es aplazar el servicio militar, el título en el establecimiento de educación superior solamente podrá ser otorgado tan pronto haya cumplido el servicio militar obligatorio. La interrupción de los estudios superiores hace exigible la obligación de incorporarse a las filas para la prestación del servicio.

25. La citada previsión normativa fue derogada por la Ley 548 de 1999 (Art. 2°), al disponer que los menores de 18 años de edad en ningún caso podrán ser incorporados a las filas para la prestación del servicio militar, enfatizando en que aquellos estudiantes de último grado de educación media que hubieren resultado elegidos para prestar dicho servicio, la incorporación a las filas será aplazada hasta tanto cumplan la mayoría de edad (inciso 1°). En caso de que al momento de alcanzar la referida edad el joven estuviere matriculado o admitido a un programa de pregrado, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. De optar inmediatamente por el cumplimiento, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones, mientras que si la opción es el aplazamiento el título sólo podrá ser otorgado una vez haya cumplido el servicio militar, precisando que la interrupción de los estudios superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar (inciso 2°).

Agregó que aquellos jóvenes que hubieren optado por el aplazamiento de su servicio militar hasta la terminación de sus estudios profesionales, cumplirá su deber constitucional como profesional universitario o profesional tecnólogo al servicio de las fuerzas armadas en actividades de servicio a la comunidad, en obras civiles y tareas de índole científica o técnica en la respectiva dependencia a la que sea adscrito, caso en el

cual tendrá una duración de 6 meses y será homologable al año rural, período de práctica, semestre industrial, año de judicatura, servicio social obligatorio o exigencias académicas similares que la respectiva carrera establezca como requisito de grado (parágrafo).¹²

26. Posteriormente, la Ley 642 de 2001 aclaró el inciso segundo de la 548 de 1999 en lo atinente a la incorporación de jóvenes bachilleres al servicio militar, en el sentido de que la posibilidad de aplazamiento opera igualmente para quienes cumplan dieciocho (18) años mientras cursan sus estudios de bachillerato, momento en el cual deben definir su situación militar, cobijando “a quienes finalicen sus estudios de bachillerato durante la vigencia de la Ley 548 de 1999.”

Esta Corporación en sentencia C-456 de 2002 al efectuar el control de constitucional al aparte señalado en cursiva, declaró la exequibilidad condicionada bajo el entendido que los beneficios previstos en la Ley 548 de 1999 también se aplican a los jóvenes bachilleres que válidamente aplazaron el cumplimiento del deber de prestar el servicio militar desde la entrada en vigencia de la Ley 418 de 1997.

Sostuvo el Tribunal Constitucional que la circunstancia de que la Ley 548 excluyera de los beneficios a aquellos menores de edad que decidieron aplazar el servicio militar con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 418, esto es, la reducción del período del servicio militar de doce (12) a seis (6) meses y la posibilidad de homologar el servicio militar obligatorio con el servicio social y comunitario que exigen algunas profesiones, constituye un criterio que provoca una discriminación injustificada e irrazonable en tanto se trata del mismo presupuesto fáctico “estar facultados por la ley para aplazar la prestación del servicio militar.”¹³ Al respecto, la Corte indicó:

“En consecuencia, la Corte Constitucional considera que la distinción creada por el legislador en cuanto a los sujetos a los que se aplican los beneficios de la Ley 548, no pueden restringirse a los jóvenes bachilleres que a partir de 1999 aplacen la prestación del servicio militar, sino que también cubre a los jóvenes menores bachilleres que aplazaron el cumplimiento del deber militar bajo la facultad otorgada por la Ley 418 de 1997. El aplazamiento es la condición legalmente válida para acceder a la posición jurídica prevista por los beneficios legales, no es el momento en que entra en vigencia la

ley el que define el grupo de personas a las personas a las que le aplican los beneficios.

Los beneficios creados por la Ley 548 de 1999 son condiciones dentro de las cuales los jóvenes bachilleres cumplen el deber de prestar el servicio militar, pero ellos tienen un vínculo estrecho con la posibilidad del aplazamiento que no es creación de la mencionada ley sino fue prescrito por la Ley 418 de 1997. En este sentido, lo creado por la Ley 548 de 1999 se suma a lo ya existente, el aplazamiento que para el caso, ya se había convertido en una situación jurídica válida. Conforme a ello, todos los jóvenes que por ser menores de edad, al momento de definir su situación militar, decidieron aplazar la prestación del servicio son beneficiarios de la reducción a seis meses del servicio y a la homologación con el servicio social.

(...)

La posición jurídica de los jóvenes mayores que finalizan sus estudios de bachillerato antes de la vigencia de la Ley 548 de 1999, es diferente de la posición jurídica de los menores que válidamente aplazaron la prestación del servicio militar hasta finalizar sus estudios profesionales antes de entrar en vigencia la mencionada ley. Desde luego, como concluye el Procurador General, a los jóvenes mayores que finalizaron sus estudios antes de entrar en vigencia de (sic) la Ley 548 de 1999 no es posible conceder el aplazamiento ni mucho menos los beneficios de esta misma ley, porque ellos se encontraban en la obligación de definir su situación militar inmediatamente terminaran el bachillerato. En condiciones diferentes y por ende, constitutivas de una posición jurídica distinta se encuentran los jóvenes que por mandato de la Ley 418 de 1997, estaban facultados para aplazar la prestación del servicio militar y al encontrarse cursando estudios superiores se crea una ley que confiere beneficios para quienes aplazan la prestación del servicio militar. Si la condición para conceder los beneficios de la Ley 548 de 1999 es haber aplazado válidamente el servicio militar ¿cuál es la diferencia entre quienes lo hicieron durante los años 1997- 1998 y los que lo hacen en 1999? Ninguna, porque el presupuesto fáctico es el mismo: estar facultados por la ley para aplazar la prestación del servicio militar.”

27. Con todo, el marco normativo actual del servicio militar en Colombia exige que (i) todo varón colombiano tiene la obligación de definir su situación militar a partir de que

cumpla la mayoría de edad y hasta los cincuenta (50) años de edad; (ii) los jóvenes menores y mayores de edad elegidos, pueden aplazar el deber de prestar el servicio militar y cumplir con el deber al finalizar los estudios de pregrado y (iii) quien haya aplazado y realizado los estudios de educación superior prestará el servicio militar por un período de seis (6) meses, pudiendo con esto homologar el servicio social o comunitario que exigen algunas profesiones.

Estudio de los casos concretos.

28. Uno de los requisitos de procedencia de la acción de tutela es la subsidiariedad, consistente en que el afectado con la violación de sus derechos fundamentales ya sea por acción o por omisión de autoridades públicas o de particulares, cuenta con una serie de dispositivos judiciales establecidos por el legislador, siendo solamente viable el mecanismo constitucional previsto en el artículo 86 de la Constitución Política cuando se haya hecho uso del medio de defensa ordinario y no hubiere obtenido respuesta favorable a su petición y es indudable que la vulneración iusfundamental continúa. También procede la acción tutelar como mecanismo transitorio en el evento de que la persona demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, es decir, que se trate de una situación que requiera la intervención del juez de tutela por ser urgente, inminente, grave e impostergable.

Más aún, la existencia de otro mecanismo de defensa judicial no hace automáticamente improcedente la acción de amparo constitucional, pues es necesario que el juez constitucional atendiendo las circunstancias en las que se encuentre el solicitante determine si la eficacia de ésta hace que se desplace a aquél, pues no puede pasarse por alto que una de las finalidades de todas las autoridades en nuestro Estado Social de Derecho es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el Ordenamiento Superior.

En los asuntos objeto de revisión, no duda la Sala en afirmar que si bien la discusión podría plantearse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo luego de agotarse el trámite propio de la actuación administrativa de la que debe surgir una decisión de la administración, ya sea escrita o ficta o presunta, esta vía no sería idónea para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados cuando

se configura una causal de exención o de aplazamiento, teniendo en cuenta que la prestación del servicio militar es temporal como se indicó en las consideraciones de esta providencia, razón por la cual la acción de tutela debe entenderse en este contexto como una petición autónoma con las restricciones previstas en la Constitución Política y la Ley.

29. Así las cosas, el análisis de las pruebas allegadas al expediente de tutela de Jhonatan Sarmiento Bejarano (expediente T-2'286.614), permite concluir que se configura una causal de aplazamiento razón por la cual la protección constitucional solicitada debe ser otorgada.

En efecto, la opción de aplazamiento prevista en el artículo 2° de la Ley 548 de 1999, igualmente aplica para quienes cumplan la mayoría de edad mientras cursan sus estudios de bachillerato al momento de definir su situación militar tal y como fue aclarado por la Ley 642 de 2001, no siendo de recibo lo indicado por el Batallón de Infantería N° 29 Teniente General "Germán Ocampo Herrera" en el escrito de contestación de la acción de tutela en el sentido de que "se deduce que la ley solo autoriza el aplazamiento de la situación militar de quienes estén adelantando estudios universitarios, situación en la que no se encuentra el señor JOHATHAN (sic) SARMIENTO BEJARANO."14

En ese orden de ideas, la certificación expedida por el Colegio Departamental de Taraira que da cuenta de que el señor Jhonathan Sarmiento Bejarano "cursó y APROBÓ el grado OCTAVO durante el año lectivo 2008 y en la actualidad se encuentra matriculado en el grado NOVENO del presente año según consta en el libro de matrículas del año 2009"15, es suficiente para concluir que se configura la causal de aplazamiento prevista en el ordenamiento jurídico, razón por la que la Sala dispondrá la desincorporación como soldado regular campesino del Ejército Nacional, lo cual no lo exime una vez finalice sus estudios de educación básica media, de continuar con el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio por el tiempo que le hiciere falta, a menos que para ese momento estuviere matriculado o admitido en un programa de pregrado en una institución de educación superior, evento en el cual se aplicará lo previsto en la Ley 548 de 1999.

Inclusive, si en gracia de discusión el señor Sarmiento Bejarano no hubiera

informado que era estudiante de bachillerato, ni hubiera allegado documento idóneo que acreditara esa calidad en el proceso de incorporación, como lo afirma el Batallón demandado, esas no son razones suficientes para concluir que la causal de aplazamiento no se encuentra configurada, en tanto lo que puede vislumbrar el juez de tutela es que la citada certificación permite configurar una causal objetiva para aplazar la prestación del servicio militar obligatorio prevista en el ordenamiento jurídico, cuestión que claramente no plantea discusión alguna. Es más, el acta de compromiso y el freno extralegal como lo denomina el Ejército Nacional, realmente no dan cuenta de que el actor hubiera manifestado bajo la gravedad del juramento estar incurso en alguna causal de aplazamiento, pues la primera hace referencia a las modalidades de prestación del servicio militar establecidas en la ley, mientras que la segunda, tiene que ver con las exenciones dispuestas por el legislador por expreso encargo de la Constitución Política (Art. 216 inciso 3°).

En ese orden de ideas, la Corte revocará la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Villavicencio, Sala de Decisión Penal, el veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela incoada por Jhonatan Sarmiento Bejarano contra el Batallón de Infantería N° 29 Teniente General "Germán Ocampo Herrera (expediente T-2'286.614), y en su lugar, tutelaré los derechos fundamentales al debido proceso y a la educación, ordenando en consecuencia que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, disponga la desincorporación como soldado regular campesino del Ejército Nacional, lo cual no lo exime una vez finalice sus estudios de educación básica media, de continuar con el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio por el tiempo que le hiciera falta, a menos que para ese momento estuviere matriculado o admitido en un programa de pregrado en una institución de educación superior, evento en el cual se aplicará lo previsto en la Ley 548 de 1999.

30. Ahora bien, este Tribunal respecto de la acción de tutela formulada por Neila Johana Espitia Cetina en representación de Osman Caicedo (expediente T-2'289.030), considera que el amparo deprecado no debe ser concedido por las razones que a continuación se indican. La primera, por cuanto no fue probada la unión permanente en los términos previstos en la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 979 de 2005 (Art. 2°)¹⁶, puesta de presente en la solicitud de tutela como causal de

exoneración del servicio militar obligatorio¹⁷, toda vez que las pruebas ordenadas en sede de revisión (registro civil de nacimiento, escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes, acta de conciliación suscrita en centro legalmente constituido o sentencia judicial), que dada su conducencia pretendían demostrar la existencia de la unión marital de hecho y el reconocimiento del menor que estaba por nacer al momento de la presentación de la solicitud tutelar, no fueron allegadas dentro del término judicial concedido.

La pertinencia de los citados documentos era de una alta importancia para determinar la vocación de prosperidad del amparo constitucional solicitado. Al respecto, el despacho judicial comisionado en la primera constancia secretarial indicó:

“En Monquirá, a los veinte (20) días del mes de agosto del año dos mil nueve (2009) y siendo la hora de una y cincuenta de la tarde (1:50 p.m) se hace presente la señora LUZ AMANDA CETINA (...) quien afirma que es la madre del NEILA JOHANA ESPITIA CETINA, quien dio a luz el 8 de julio de año en curso, pero que aún se encuentra convaleciente debido a la complicación de unos puntos producto del parto. (...) Refiere que reside con su hija en la vereda Monjas medio, perteneciente a esta localidad, vereda distante a hora y media aproximadamente en carro y de difícil acceso (...). Asegura que el menor nacido el 8 de julio no se encuentra registrado.”¹⁸ (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

En la segunda constancia secretarial sostuvo:

“En Monquirá, a los veintiún (21) días del mes de agosto del año dos mil nueve (2009) se deja la presente con el fin de advertir que el día de ayer 20 de agosto alrededor de las 7 de la noche me comuniqué vía celular con el 314-37-55-090, me contestó NEILA JOHANA ESPITIA quien dijo identificarse con la cédula de ciudadanía No. 1.024.505.024 de Bogotá, a quien le notifique el contenido de la providencia de fecha 5 de agosto hogaño e informó que lo comprendía, que en sus manos estaba el oficio No. 670 y las copias del auto citado, por medio del cual la suscrita secretaria también da cumplimiento al objeto de la comisión. NEILA JOHANA aseguró que enviaría la respectiva copia firmada, lo que así ocurrió como se observa en folio que precede.”

En consecuencia, la carencia de las citadas pruebas que resultan ser decisivas para

determinar si realmente se configuraba la causal prevista en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, con el condicionamiento efectuado por esta Corte en sentencia C-755 de 2008, conllevan por consecuencia a no acceder a la tutela de los derechos fundamentales alegada por la señora Neila Johana Espitia Cetina quien actúa en representación de Osman Caicedo. Esto no significa que quede clausurada la posibilidad de que se configure, evento en el cual podrá solicitarse ante el Batallón correspondiente que tendrá el deber de determinar si para ese momento aplica la respectiva exención.

Así mismo, debe resaltarse la manifestación efectuada por el señor Caicedo ante la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas (Distrito Militar N° 6) bajo la gravedad del juramento, de no encontrarse incurso en las exenciones establecidas en los artículos 27 y 28 de la Ley 48 de 1993.¹⁹

En segundo término, derivado de lo anterior la Sala encuentra que la señora Espitia Cetina no se encuentra legitimada en la causa por activa para buscar la protección de los derechos fundamentales de Osman Caicedo, en tanto no demostró que su representado estuviera en incapacidad o imposibilidad de buscar directamente la protección iusfundamental.²⁰ La circunstancia de que el señor Caicedo actualmente esté prestando el servicio militar no genera per se limitante alguna para acceder a la administración de justicia.

Por lo anterior, será confirmada la sentencia emanada del Juzgado Civil del Circuito de Monquirá el veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela impetrada por la señora Neila Johana Espitia Cetina contra el Batallón de Infantería N° 2 Mariscal “Antonio José de Sucre” (expediente T-2’289.030) que decidió no acceder al amparo constitucional solicitado.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Villavicencio, Sala de

Decisión Penal, el veinte (20) de marzo de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela incoada por el señor Jhonatan Sarmiento Bejarano contra el Batallón de Infantería N° 29 Teniente General “Germán Ocampo Herrera” (expediente T-2’286.614), y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la educación.

SEGUNDO.- ORDENAR al Batallón de Infantería N° 29 Teniente General “Germán Ocampo Herrera” que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, disponga la desincorporación como soldado regular campesino del Ejército Nacional de Jhonatan Sarmiento Bejarano, lo cual no lo exime una vez finalice sus estudios de educación básica media, de continuar con el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio por el tiempo que le hiciere falta, a menos que para ese momento estuviere matriculado o admitido en un programa de pregrado en una institución de educación superior, evento en el cual se aplicará lo previsto en la Ley 548 de 1999.

TERCERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Monquirá el veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela impetrada por la señora Neila Johana Espitia Cetina contra el Batallón de Infantería N° 2 Mariscal “Antonio José de Sucre” (expediente T-2’289.030), que decidió no acceder al amparo constitucional solicitado.

CUARTO.- Por Secretaría LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 26 del cuaderno principal.

2 Folio 52 ibídem.

3 Folio 17 del cuaderno de revisión.

4 Folio 18 ibídem.

5 Folio 1 del cuaderno principal.

6 Ibídem.

7 Folio 3 ibíd.

8 Folio 17 ibíd.

9 Ibídem.

10 Folio 39 ibíd.

11 El aparte en subrayas fue declarado exequible de manera condicionada en sentencia C-340 de 1998 “en el entendido de que los menores que se recluten sólo podrán ser vinculados al servicio militar si tienen más de quince años, si se los excluye de toda actividad de riesgo y se los destina exclusivamente a cumplir funciones ajenas al combate y sólo en zonas que no sean de orden público, siempre sobre la base de la total espontaneidad de su decisión.”

12 Los incisos 2°, 3° y parágrafo del artículo 2° de la Ley 548 de 1999 fueron declarados exequibles mediante sentencia C-1409 de 2000.

13 C-456 de 2002.

14 Folio 26 del cuaderno principal (Exp. T-2'286.614).

15 Folio 8 ibídem.

16 La citada normativa modificó la Ley 54 de 1990, en el sentido de establecer los mecanismos para demostrar la existencia de la unión marital de hecho.

17 Esta Corporación en sentencia C-755 de 2008 declaró ajustada al ordenamiento constitucional la causal de exención prevista en el artículo 28 literal g (los casados que hagan vida conyugal) en el entendido de que la exención allí establecida se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley.

18 Folio 20 del cuaderno de revisión (Exp. 2'289.030).

19 Folio 20 del cuaderno principal (Exp. 2'289.030).

20 Recientemente mediante auto A-237 de 2009, esta Corporación efectuó un estudio relevante sobre la agencia oficiosa en materia de tutela.