

Sentencia T-746/15

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR DESACUARTELAMIENTO DE CIUDADANOS QUE SE ENCUENTRAN PRESTANDO EL SERVICIO MILITAR-Procedencia

AGENCIA OFICIOSA DE PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN PRESTANDO SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Procedencia de la acción de tutela

En múltiples providencias esta Corporación ha admitido el estudio de acciones de tutela presentadas por ciudadanos que se encuentran prestando servicio militar e incluso, ha reconocido que dichos sujetos están en una situación que amerita una especial protección, avalando el ejercicio de la acción constitucional a través de un agente oficioso.

OBLIGACION DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Modalidades sobre la prestación del servicio

Si bien es deber del ciudadano presentarse a cumplir la obligación constitucional de prestar servicio militar, las autoridades respectivas deben garantizar que el proceso se adelante con observancia a las garantías del derecho al debido proceso, lo cual implica que el ciudadano sea debidamente informado de las modalidades bajo las cuales pueda prestar el servicio y, así mismo, que la autoridad militar o de policía lo oriente para que, de acuerdo a sus calidades, se vincule de la forma correcta y tenga derecho a las prerrogativas que le asistan.

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Concepto

La unidad familiar es un derecho que le asiste a todos los ciudadanos, especialmente a los menores, y va más allá de la indisolubilidad del matrimonio.

SERVICIO MILITAR-Exención a los casados que hagan vida conyugal y también a quienes convivan en unión permanente

El artículo 28 de la Ley 48 de 1993 determinó que una de las causales de exención de la prestación del servicio consiste en tener vida conyugal, circunstancia que, en virtud de la Sentencia C-755 de 2008, se extiende a las parejas que viven en unión marital de hecho.

MODALIDADES SOBRE LA PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR-Orden a la Policía Nacional modificar la modalidad de vinculación del accionante y otorgarle la calidad de Auxiliar Bachiller

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Orden a la Policía Nacional proceder al desacuartelamiento definitivo y a la expedición de la libreta militar del accionante, por tiempo cumplido

Referencia: Expediente T- 5.128.749

Acción de tutela interpuesta por Aura Jinneth Olarte Quiroga, apoderada de Leonel Albeiro Benavides, contra la Policía Nacional.

Magistrada (E) Ponente:

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1.1. El señor Leonel Albeiro Benavides se presentó a la oficina de incorporación de la ciudad de Vélez, Santander, en mayo de 2014, con el fin de prestar el servicio militar obligatorio en la modalidad de Auxiliar de Policía.

1.2. El 30 de abril de 2015, el señor Benavides presentó una solicitud requiriendo cambiar la modalidad de incorporación a Auxiliar Bachiller y, para tal efecto, hizo entrega del correspondiente diploma de bachiller otorgado por la Institución Educativa Colegio Nueva Granada de Floridablanca, Santander; sin embargo, la comunicación no fue contestada por la entidad.

1.3. Manifiesta el actor que responde económicamente por su núcleo familiar, compuesto por su compañera permanente y su hija, quien actualmente tiene 10 meses de edad.

1.4. Adicionalmente, refiere que el 24 de abril de 2015 el médico psiquiatra Jaider Barros, adscrito a la Policía Nacional, Dirección de Sanidad, Clínica Regional de Oriente, emitió concepto médico en el que reconocía que el señor Benavides tenía dificultades para adaptarse a sus labores y, por ende, recomendó el desacuartelamiento.

1.5. Por esta razón, el accionante, a través de su apoderada, solicita que se dé aplicación a la Ley 48 de 1993, en virtud de la cual, cuando se tiene el título de bachiller, el periodo del servicio militar es de 12 meses, a diferencia de la modalidad de Auxiliar de Policía que tiene un periodo de 18 a 24 meses.

1.6. Así mismo, solicita el desacuartelamiento inmediato, toda vez que el 30 de mayo de 2015 el actor cumplió los 12 meses de servicio militar.

2. Pruebas relevantes aportadas con la acción de tutela

Con el escrito de tutela, se anexaron los siguientes documentos para ser tenidos como prueba dentro del proceso:

- Cédula de ciudadanía del señor Leonel Albeiro Benavides Duarte.
- Registro Civil de Nacimiento de la menor Denis Camila Benavides Rosas, hija del accionante, quien nació el 09 de enero de 2015.
- Cédula de ciudadanía de la señora Diana Mildret Rosas Acero, compañera permanente del accionante.

- Copia del derecho de petición presentado el 27 de abril de 2015 ante el Director General de la Policía Nacional de Colombia en el que se informa la situación del señor Leonel Albeiro Benavides y se solicita modificar la modalidad de incorporación de Auxiliar Regular a Auxiliar Bachiller.
- Copia del diploma a través del cual el Colegio Nueva Granada de Floridablanca, Santander le otorga al señor Leonel Albeiro Benavides Duarte, el título de bachiller académico.
- Acta de declaración extrajuicio número trescientos setenta y seis ante la Notaría Segunda del Socorro, Santander, en la que el señor Leonel Albeiro Benavides Duarte reconoce su unión marital de hecho con la señora Diana Mildret Rosas Acero, así como la paternidad de la menor Denis Camila Benavides Rosas.
- Compromiso de Servicio Militar suscrito por el señor Leonel Albeiro Benavides en el que el accionante selecciona, de forma voluntaria, prestar el servicio militar bajo la modalidad de Auxiliar de Policía.
- Constancia de inducción suscrita el 28 de mayo de 2014 en la que el señor Leonel Albeiro Benavides afirma haber recibido inducción respecto a la libertad de escoger la modalidad del servicio militar, entendiendo las diferencias entre los diferentes tipos.
- Copia de la Resolución No. 03546 del 26 de septiembre de 2012 por la cual se adopta el Protocolo de Selección del Talento Humano para la Policía Nacional.

3. Respuesta de las entidades accionadas

3.1. La Dirección de Incorporación de la Policía Nacional respondió la acción de tutela informando que mediante comunicación oficial identificada con el No. S-2015- 006624 del 15 de junio de 2015, la entidad dio respuesta a las solicitudes del actor. En esa medida, dado que la acción de tutela versaba sobre la protección del derecho de petición, considera el representante de la entidad que se consolidó la figura del hecho superado y, por ende, solicita al juez que declare la improcedencia de la acción.

3.2. Por su parte, el representante de la Oficina de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional realizó un recuento respecto de los

pasos que componen el proceso para la convocatoria y selección de Auxiliares de Policía, enfatizando en que es el sujeto que va a prestar el servicio, quien decide qué modalidad escoger, Auxiliar de Policía o Auxiliar Bachiller.

En el caso particular el accionante, refiere que para la fecha de la inscripción, solo se encontraba disponible la convocatoria para Auxiliar de Policía, a la cual se inscribió el actor; hecho que, de acuerdo a la entidad, “muestra el libre ejercicio del derecho de opción” del actor. Adicionalmente, refiere que durante el desarrollo de las etapas establecidas antes del ingreso al centro de instrucción, las cuales tienen una duración de 4 a 6 meses, el señor Benavides “no manifestó en forma expresa o tácita voluntad de cambio de modalidad o desistimiento del proceso en el cual participó y que hoy es objeto de controversia en sede de tutela”. En consecuencia, afirma que la Dirección de Incorporación de la Policía no incurrió en un error normativo y, por el contrario, respetó la voluntad del señor Leonel Albeiro Benavides.

4. Decisión judicial objeto de revisión

Mediante sentencia de veintidós (22) de junio de 2015, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, resolvió declarar improcedente la acción de tutela impetrada por el ciudadano Leonel Albeiro Benavides Duarte.

En sus consideraciones, el juez de instancia indicó que de acuerdo a los documentos anexados al expediente, el actor escogió de forma voluntaria la modalidad de prestación del servicio y durante el término de inducción no manifestó su deseo de inscribirse como Auxiliar Bachiller. Adicionalmente, resaltó que el actor se enlistó el 30 de mayo de 2014 y que solo hasta ahora solicita el cambio; en esa medida, consideró el juez que el accionante no podía buscar subsanar su negligencia a través de la acción de tutela.

5. Trámite adelantado ante la Corte Constitucional

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, el expediente fue remitido a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección número nueve, en providencia de 15 de septiembre de 2015, decidió seleccionar el presente expediente, asignándoselo a la Sala Segunda de Revisión.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico y fundamento de la decisión

1. El accionante, ciudadano que actualmente se encuentra prestando servicio militar en la Policía Nacional, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso, que considera vulnerados con la decisión de la entidad accionada de no modificar la modalidad de prestación del servicio. De acuerdo con el peticionario, si bien seleccionó al momento de la incorporación la modalidad de Auxiliar de Policía, posteriormente, presentó el diploma que lo acreditaba como bachiller y solicitó el cambio respectivo; solicitud que además de tener como fundamento su trayectoria académica, responde a que su familia, compuesta por su compañera permanente y su hija menor de edad, depende económicamente de él. Adicionalmente, refiere el actor que no le fue posible adaptarse a las labores que debía desempeñar para efectos de la prestación del servicio militar y alega que, teniendo en cuenta que la modalidad de Auxiliar Bachiller tiene una duración de 12 meses, los cuales ya cumplió, el juez de tutela debe ordenar su desacuartelamiento inmediato.

2. Conforme a estos antecedentes, la Sala Segunda de Revisión deberá resolver dos problemas jurídicos: ¿Se vulneran los derechos a la igualdad y al debido proceso de un ciudadano cuando la Policía Nacional decide no cambiar la modalidad de prestación del servicio militar, aduciendo que la misma fue seleccionada por el actor voluntariamente? Así mismo, será necesario analizar si ¿Se vulnera el derecho a la unidad familiar cuando la Policía Nacional no realiza el desacuartelamiento de un padre que responde económicamente por su familia, cuando la misma está compuesta por su compañera permanente y un menor de edad?

Causales de procedibilidad de la acción de tutela. Principio de subsidiariedad. Reiteración de jurisprudencia.

4. El artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que la acción de tutela procede en los casos en los que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En consecuencia, esta acción constitucional, además de tener un carácter excepcional, tiene naturaleza subsidiaria y solo a falta de otro mecanismo, o ante la ineficacia de los medios

judiciales existentes, es posible hacer uso de ella.

5. Esta Corporación se ha referido en diversas oportunidades frente a las características especiales que reviste la acción de tutela, resaltando que, en todo caso, debe primar el carácter residual y subsidiario de la acción, puesto que desconocer los alcances que el Constituyente delimitó en el artículo 86 de la Carta Política, acarrearía necesariamente consecuencias nefastas para el ordenamiento jurídico y la división de competencias fijada tanto a nivel constitucional, como en materia legal. Al respecto, cabe recordar la sentencia T-406 de 2005, en la que se estipuló lo siguiente “(...) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo”[1].

6. Así las cosas, existen tres escenarios en los cuales el juez de tutela puede estudiar de fondo la acción: i) cuando no existe otro medio de defensa judicial, ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario, este no resulta ser idóneo o eficaz para la protección de los derechos fundamentales cuya protección se solicita o iii) cuando, existiendo otro mecanismo judicial, la acción de tutela se interpone como mecanismo de protección transitorio ante el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable[2].

7. En los dos últimos casos es necesario que el juez realice un análisis concreto respecto de las circunstancias que habilitan la acción de tutela como mecanismo prevalente para la protección de derechos fundamentales. En consecuencia, cuando se alegue la ineficacia del mecanismo judicial existente, deberá el juez de tutela evaluar la finalidad de dicha herramienta, su idoneidad respecto de la protección de derechos fundamentales y la pertinencia para alcanzar la pretensión pretendida por vía de la acción constitucional.

8. En el caso de la utilización de la acción de tutela como mecanismo transitorio, siempre deberá verificar el juez que el accionante aduzca el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable que, según esta Corporación, debe cumplir con ciertas características; a saber, de ser i) grave; ii) inminente; iii) debe requerir medidas urgentes y la acción de tutela debe presentarse como el mecanismo apropiado para evitar la consolidación de la afectación a

los derechos fundamentales cuya protección se demanda. Una vez se constate que estos cuatro requisitos se presentan, el juez de tutela estará habilitado para pronunciarse respecto del fondo de la acción.

Procedibilidad de la acción de tutela para solicitar el desacuartelamiento de los ciudadanos que se encuentran prestando el servicio militar.

9. En virtud de lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política[3], a través de apoderado, el accionante presentó acción de tutela a nombre del señor Leonel Albeiro Benavides, para efectos de solicitar el cambio de modalidad de prestación del servicio militar y el correspondiente desacuartelamiento por haber cumplido su representado los 12 meses que establece la ley como duración de la modalidad de Auxiliar Bachiller.

10. En múltiples providencias esta Corporación ha admitido el estudio de acciones de tutela presentadas por ciudadanos que se encuentran prestando servicio militar e incluso, ha reconocido que dichos sujetos están en una situación que amerita una especial protección, avalando el ejercicio de la acción constitucional a través de un agente oficioso.

11. Al respecto, se recuerda lo previsto en sentencia T-291 de 2011 sobre el particular, “es a todas luces legítimo por parte de un padre o madre, agenciar los derechos de su hijo que se encuentra prestando el servicio militar obligatorio, sin importar incluso que estos tengan la mayoría de edad, pues como se señaló, el acuartelamiento comporta una limitación material para que la persona pueda ejercer sus derechos en forma personal, esto es, presentar la acción de tutela”.

12. Ahora bien, sobre la pertinencia del mecanismo empleado, encuentra la Sala que el actor podría controvertir las decisiones de la Policía Nacional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, es imperativo analizar la naturaleza de la pretensión del accionante, así como la efectividad de dicha herramienta para materializarla.

13. Al respecto, en la acción de tutela que motiva esta providencia, se evidencia que, más allá de controvertir los fundamentos legales que motivaron la decisión de la Policía Nacional, el actor pretende acceder a una solución pronta, en tanto desea volver a su casa de forma inmediata para asumir el rol de padre que adquirió durante la prestación del

servicio; lo anterior, por cuanto es el accionante quién responde económicamente por su familia, compuesta por su compañera permanente y, desde el mes de enero del presente año, por su menor hija.

14. Adicionalmente, refiere que 12 meses después de prestar el servicio militar, no ha logrado adaptarse a sus labores y que, teniendo en cuenta su título de bachiller, le asiste el derecho a ser transferido a la modalidad correspondiente, la cual tiene una duración menor a la que actualmente desarrolla.

15. De las pretensiones anteriormente transcritas se deriva que el accionante requiere una protección inmediata a sus derechos a la igualdad y al debido proceso; amparo que debe materializarse antes del cumplimiento del término previsto para la duración de la modalidad de Auxiliar de Policía que actualmente desempeña, el cual tiene una duración de 15 a 24 meses.

16. Por consiguiente, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, si bien es un mecanismo apropiado para controvertir la decisión de la Policía Nacional, se torna ineficaz en cuanto no es un medio expedito para la protección del derecho y mientras se adelanta todo el procedimiento respectivo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es posible que el accionante se vea obligado a agotar el término previsto para la modalidad de Auxiliar de Policía y la decisión del juez administrativo se torne ineficaz.

17. Por estas razones, considera esta Sala que procede el estudio de fondo del presente caso y que es a través de la acción de tutela que el actor puede suspender la presunta vulneración a sus derechos y acceder a una solución pronta que le permita reunirse con su familia, lo anterior, suponiendo que le asista razón en los cargos impetrados. En consecuencia, se da por superado el análisis de procedibilidad en este caso y se considera que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad.

18. Una vez superado este análisis y siguiendo la metodología planteada anteriormente, a continuación, se procederá a estudiar lo referente a la obligación constitucional de prestar servicio militar, posteriormente se reiterarán los pronunciamientos de este Tribunal sobre el cambio de modalidad de prestación del servicio y finalmente se estudiará el caso concreto.

La obligación constitucional de prestar servicio militar

19. El artículo 216 de la Constitución Política señala 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.”. Esta disposición fundamenta el deber de prestar servicio militar, el cual, además, concuerda con el principio constitucional de la prevalencia del interés general y con el deber de los ciudadanos de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales[4].”.

20. Aduciendo principalmente estas razones, la Corte Constitucional ha ratificado la exigibilidad de la prestación del servicio e, incluso, ha reconocido que se trata de un deber ineludible por parte de los ciudadanos quienes, en todo caso, deben propender por cumplir la Constitución y las leyes[5]. Al respecto, la sentencia T-409 de 1992, estudiando la naturaleza de esta obligación constitucional, concluyó que no podía entenderse que la exigencia de prestar servicio militar, consistiera una “tiránica imposición sino de la natural y equitativa consecuencia del principio general de prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros para hacerla posible.”. Lo anterior, sin perjuicio de lo determinado en el inciso tercero del artículo 216 constitucional, en el que se establece que la ley determinará las condiciones que eximen del servicio militar, las cuales, en todo caso, tienen carácter taxativo.

21. El Legislador, en cumplimiento del exhorto del Constituyente, expidió en 1993 la Ley 48, a través de la cual se reglamentó el servicio de reclutamiento y movilización y se estableció el régimen de exenciones y aplazamientos.

22. De acuerdo a dicho estatuto, los varones colombianos tienen el deber de definir su situación militar inscribiéndose en el distrito militar respectivo durante el año anterior a cumplir la mayoría de edad o, en caso de continuar sus estudios, deben hacerlo una vez obtengan su título de bachiller. Dicha inscripción deriva en la apertura de un procedimiento en el que, primero, se evalúan las condiciones físicas del ciudadano, para efectos de determinar su aptitud y posteriormente se realiza un sorteo para determinar quiénes serán elegidos para la prestación del servicio. Culminada esta etapa se evalúa si alguno de los

elegidos presenta una causal de exención o inhabilidad que los exima de la obligación constitucional.

Las distintas modalidades para la prestación de servicio militar: deber de la Policía Nacional de reconocer las distintas calidades de los ciudadanos para efectos de la vinculación.

Reiteración de jurisprudencia

23. Respecto de las modalidades de prestación del servicio, el artículo 18 de la Ley 48 de 1993, 13 establece lo siguiente,

“ARTICULO 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;
- b) Como soldado bachiller durante 12 meses;
- c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;
- d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

PARAGRAFO 1°. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

PARAGRAFO 2° Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.

24. Este Tribunal, en sede de análisis de las diferencias existentes entre las distintas modalidades se ha pronunciado, señalando que “ (...) la razón de ser de la diferenciación entre soldados bachilleres y las demás modalidades de prestación del servicio militar obligatorio, radica, por un lado, en haber concluido estudios de bachillerato, lo cual se

traduce en un grado de capacitación intelectual que presupone el mejoramiento eventual de los niveles de productividad en la sociedad; y, por otro, en el reconocimiento de los distintos patrones geográficos que permiten la subclasificación entre ciudadanos urbanos y rurales, en atención a la situación socio-cultural, económica e histórica propia de cada territorio”[6]. Por esta razón, en sentencias como la C-308 de 2009, la Corte Constitucional ha declarado exequibles las diferencias existentes respecto de las normas que regulan cada una de estas formas de vincularse a la Fuerza Pública en sede de cumplimiento del deber constitucional de prestar servicio militar.

25. En esta misma línea, esta Corporación ha estudiado acciones de tutela en las que ciudadanos que se encuentran prestando servicio militar, solicitan el cambio de modalidad de acuerdo a sus calidades; sobre el particular, se recuerda lo previsto en la sentencia T-711 de 2010 en la que la Sala Quinta de Revisión determinó lo siguiente,

“(…) los trámites que efectúen las autoridades militares de reclutamiento deben observar (i) el respeto por el debido proceso y (ii) las garantías que de él se desprenden, más aún, cuando las decisiones que se profieren, como en el caso bajo estudio, modifican sustancialmente la situación de un soldado frente a la modalidad en que debe atender la obligación relativa a la prestación del servicio militar obligatorio. Así las cosas, el derecho al debido proceso y las garantías que lo integran, tienen un ámbito de aplicación que se extiende definitivamente a toda clase de actuaciones, juicios y procedimientos, que conlleven consecuencias para los administrados, de modo que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental[13].

Una de las principales garantías del debido proceso es, precisamente, la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”

26. En aquella oportunidad, concluyó la Corte Constitucional que al accionante, un joven que había sido incorporado por la Cuarta Zona de Reclutamiento de la IV Brigada del Ejército Nacional al contingente de soldados regulares, desconociendo su calidad de

bachiller, se le había vulnerado su derecho al debido proceso, toda vez que “debió ser reclutado en la modalidad correspondiente a su nivel de formación académica, de acuerdo con el cual, tendría que atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio, tan sólo durante 12 meses y no de 18 a 24”.

27. En la misma línea, se profirieron las sentencias T-218 de 2010 y T-976 de 2012.

28. Ahora bien, es importante recordar lo previsto en sentencia T-976 de 2012 sobre la importancia del consentimiento informado en los procesos de reclutamiento e incorporación al servicio militar realizados por las autoridades militares. En aquella oportunidad, la Corte reconoció que el conscripto, luego de recibir la información pertinente, tiene la capacidad de elegir libre y espontáneamente la modalidad que quiere desarrollar e incluso, puede renunciar de forma voluntaria a los beneficios y prerrogativas de la modalidad que en principio le puede asistir.

29. Sobre la forma de entregar la información, la citada providencia señaló que “no es suficiente que el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, al momento de lograr el consentimiento informado, brinden datos de manera mecánica, procedimental o simplemente haga llenar un formato, sino que deben evaluar el grado de percepción y comprensión del joven aspirante que recibe la información, y ello sólo es posible mediante una conversación abierta, sincera, con datos claros y precisos entre los sujetos participantes que minimice las barreras de la comunicación que puedan surgir en algunos casos por las diferencias en los niveles educativo, cultural, socioeconómico y condiciones de vida”. Lo anterior, por cuanto la decisión puede tener implicaciones respecto al nivel de riesgo para la vida e integridad personal que el conscripto tendrá que asumir.

30. Así mismo la sentencia T-711 de 2010, recordando lo previsto en la sentencia del Consejo de Estado, radicado no. 2007-01068-01 del 20 de septiembre de 2007, señaló que era deber de la entidad encargada de realizar el reclutamiento, revisar a qué categoría debía ser vinculado el ciudadano de acuerdo a sus calidades específicas:

4.4 El Consejo de Estado, en sentencia de 20 de septiembre de 2007[15], señala que, al momento de incorporar a una persona para prestar el servicio militar obligatorio, la entidad encargada de realizar el reclutamiento, debe tener en cuenta dichas categorías a fin de que el ciudadano cumpla con su obligación constitucional, es decir, esas categorías deben ser

respetadas por las autoridades del servicio de reclutamiento y movilización, por cuanto, motu proprio, no ostentan la potestad para alterarlas; quiere ello significar, que llegada la etapa de selección o ingreso a filas de los conscriptos, le está vedado incorporar a un ciudadano campesino como soldado bachiller o regular, o viceversa, dado que la ley en ninguna de sus disposiciones lo permite.

4.5. Esto significa que la Cuarta Zona de Reclutamiento de la IV Brigada del Ejército Nacional, era quien tenía la obligación de dirigir y asesorar al futuro soldado por cuanto cabe a ella esa misión y competencia, so pena de infringir el debido proceso administrativo y contrariar el deber de alistar a los soldados según cada categoría, tal como se lo ordena la Ley y la jurisprudencia.

31. En consecuencia, puede concluir esta Sala que si bien es deber del ciudadano presentarse a cumplir la obligación constitucional de prestar servicio militar, las autoridades respectivas deben garantizar que el proceso se adelante con observancia a las garantías del derecho al debido proceso, lo cual implica que el ciudadano sea debidamente informado de las modalidades bajo las cuales pueda prestar el servicio y, así mismo, que la autoridad militar o de policía lo oriente para que, de acuerdo a sus calidades, se vincule de la forma correcta y tenga derecho a las prerrogativas que le asistan.

El derecho a la unidad familia. Reiteración de jurisprudencia

32. Ahora bien, para efectos de la prestación del servicio militar, también es importante tener en cuenta ciertas circunstancias particulares del ciudadano que pueden enmarcarse en las causales de exención de la prestación del servicio o que pueden llevar a un eventual desacuartelamiento.

33. Una de estas causales está relacionada con la unidad familiar, concepto que se desprende del artículo 42 de la Constitución Política, el cual establece lo siguiente:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá

determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley (...)"

34. En varias oportunidades, esta Corporación se ha pronunciado sobre el concepto de familia, concluyendo que independientemente de su origen, vínculos naturales o jurídicos, el Estado tiene el deber de protegerla. Así mismo, ha reiterado que, respecto a los menores, existe una protección reforzada y que su derecho a tener una familia, puede materializarse en el seno de cualquiera de los tipos de familia que protege la Carta Política[7].

35. Al respecto, vale la pena recordar lo dispuesto en la sentencia C-577 de 2011 que estudió detalladamente el concepto de familia, realizando un enfoque especial frente a la protección de los menores:

La familia, como “medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”[50], es el escenario en donde se cumple “el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales”, mediante manifestaciones de recíproco afecto, trato continuo y comunicación permanente, “que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre”[51].

Con fundamento en los anteriores criterios la Corte ha planteado que el ámbito “natural de desarrollo del menor es la familia”[52], como se desprende del artículo 44 superior, según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia”, lo que no obedece a un privilegio, sino al simple reconocimiento de que los niños están llamados a pertenecer a una determinada familia[53], “cualquiera que sea la configuración del grupo familiar”[54] y “solo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes”[55] y únicamente ante determinadas situaciones de riesgo puestas de presente por quien las alega, que es, además, el llamado a probarlas[56].

36. La unidad familiar es entonces un derecho que le asiste a todos los ciudadanos, especialmente a los menores, y que, como lo refirió esta Corporación, va más allá de la

indisolubilidad del matrimonio,

Unidad de la familia no es solamente y siempre, pues, unión de afectos y sentimientos, unidad espiritual; ni su función se limita exclusivamente a la igualdad de los cónyuges; la unidad tiene una relevancia jurídica tanto en el momento fisiológico como en el patológico de la vida familiar, mientras exista una comunidad, -así sea materialmente separada, que deba perseguir, aún en reducidos rangos- la función social a que está destinada. En efecto, no parece que la unidad de la familia sea un límite válido “sólo cuando los cónyuges viven unidos”, de modo que en régimen de separación personal sería inconcebible hablar de ella.

Precisamente, cuando existe desacuerdo la unidad prevalece sobre la igualdad superando “una rígida concepción paritaria entre marido y mujer y simultáneamente sustrayendo a la mayoría de las partes de la autonomía del reglamento. La unidad se convierte en el más genuino instrumento para la actuación del respeto, pleno e integral, de la personalidad de los cónyuges y de la prole; es el fundamento en que debe inspirarse para una interpretación moderna de la exigencia y de la tutela del sujeto en el ámbito de la comunidad familiar. Pero la unidad de la familia no se le puede atribuir un valor exclusivamente formal; debe hacerse el esfuerzo de investigar el interés o los intereses que están en su base: el denominado interés superior de la familia y/o el potenciamiento de la personalidad individual”[8]

La unidad familiar y el deber de prestar servicio militar

37. En concordancia con lo anterior, el artículo 28 de la Ley 48 de 1993 determinó que una de las causales de exención de la prestación del servicio consiste en tener vida conyugal, circunstancia que, en virtud de la Sentencia C-755 de 2008, se extiende a las parejas que viven en unión marital de hecho[9].

ARTICULO 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, de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada separada o madre soltera;
- 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 o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos, que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo;
- g) Los casados que hagan vida conyugal;
- h) Los inhábiles relativos y permanentes;

De esta forma “esta causal cubre 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 edad”.

38. Teniendo en cuenta que el objeto de protección de dicha causal es la familia[10], cuando existe un conflicto entre el deber constitucional de prestar servicio militar y el desarrollo de la vida conyugal y marital o el deber de cuidar, educar y sostener a los hijos menores, el juez debe realizar una ponderación para efectos de conciliar las eventuales incompatibilidades entre ambas obligaciones.

39. Al respecto, en sentencia SU-491 de 1992, la Corte sostuvo que “la incompatibilidad entre la obligación de prestar el servicio militar y la obligación de sostener, alimentar y proteger a los hijos menores debe resolverse en favor de los derechos cuya protección es prioritaria”; conflicto que, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política,

tiende a resolverse en favor de los menores a tener una familia.

40. Sin embargo, como fue referido en la misma sentencia, la permanencia en el Ejército, o en la Policía Nacional, de un varón que tiene la calidad de padre de familia, no implica de entrada la desprotección de los derechos de los menores. En cada caso es necesario evaluar las condiciones laborales y económicas de la madre, así como las características del núcleo familiar y del menor cuya protección se solicita, para efectos de estructurar una decisión acorde con ambos deberes constitucionales.

41. Estudiando un caso de estas características, la sentencia T-122 de 1994 estableció lo siguiente,

“(…) 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)

42. Bajo la misma línea, la sentencia T-682 de 2013 se refirió al asunto y determinó que “(…)cuando surge un conflicto entre la prestación del servicio militar obligatorio y el cumplimiento de los deberes con la familia, pues el padre llamado a formar las filas es el encargado del sostenimiento de su núcleo familiar, la incompatibilidad se resuelve siempre a favor de los derechos cuya protección es prioritaria, esto es, a favor de los hijos menores de edad, o, como ya se vio, de los hijos que están por nacer.”[11]

43. En consecuencia, el juez siempre está obligado a conocer y estudiar las particularidades de cada caso, teniendo presente que en principio, por expresa disposición constitucional prevalecen los derechos del menor; de esta manera, la unidad familiar obra como criterio legal y jurisprudencial, para ordenar el desacuartelamiento.

Caso concreto

44. Teniendo en cuenta el marco teórico planteado con anterioridad, procede la Sala a estudiar el caso concreto.

45. En la acción de tutela que dio inició al presente trámite, el señor Leonel Albeiro Benavides solicitó el cambio de modalidad de Auxiliar de Policía a Auxiliar Bachiller para la prestación del servicio militar obligatorio, teniendo en cuenta el diploma que acredita dicha condición académica. Adicionalmente, solicitó el correspondiente desacuartelamiento por ser responsable de su núcleo familiar, compuesto por su compañera permanente y su hija de 11 meses de edad.

46. De acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, encuentra la Sala que el accionante ingresó a la Policía Nacional el 30 de mayo del año 2014 y que el 30 de abril del 2015 elevó derecho de petición ante la Dirección de la Policía Nacional de Colombia, requiriendo el cambio de modalidad de prestación del servicio militar para verse beneficiado con la duración estipulada en la ley para los Auxiliares Bachilleres.

47. Así mismo, se evidencia que, de acuerdo a los documentos anexados a la acción de tutela, el accionante actualmente tiene una unión marital de hecho con la señora Diana Mildret Rosas, declarada ante la Notaría Segunda del Socorro, Santander[12]; relación de la cual nació una menor el 09 de enero del 2015[13].

48. Respecto de los documentos suscritos por el accionante en la fase de inducción a la prestación del servicio, encuentra la Sala que obran en el expediente los correspondientes formatos en los que se informa la existencia de distintas modalidades para la prestación del servicio y la selección por parte del accionante de la modalidad de Auxiliar de Policía.

49. Finalmente, encuentra la Sala que el título académico del actor data del año 2012 y fue conferido por el Colegio de Nueva Granada de Floridablanca, Santander.

La selección de la modalidad de prestación del servicio militar. Emisión del consentimiento por parte del conscripto

50. Refiere la apoderada del actor que la modalidad de prestación del servicio no fue libremente escogida por el accionante y que la Oficina de Incorporación de la Policía Nacional incurrió en una falta al no vincular al accionante en la modalidad que le

correspondía de acuerdo a su calidad de bachiller.

51. Al respecto, la Oficina de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Dirección de Incorporación de la Policía Nacional, manifiesta que el señor Benavides fue quien libremente se inscribió a la convocatoria para Auxiliar de Policía, renunciando a la posibilidad de inscribirse bajo la modalidad de Auxiliar Bachiller; decisión que ratificó durante la inducción, que tiene un término de 4-6 meses, toda vez que “no manifestó en forma expresa o tácita voluntad de cambio de modalidad o desistimiento del proceso en el cual participó y que hoy es objeto de controversia en sede de tutela”[14].

52. Para sustentar dicha afirmación, la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Policía Nacional, adjuntó los formatos de inducción al actor, en los cuales se expone brevemente la diferencia entre las modalidades de prestación del servicio militar en la institución.

53. Los documentos firmados por el actor relatan de forma expresa que existe una diferencia entre las modalidades de Auxiliar de Policía y Auxiliar Bachiller y consagran la renuncia del actor a los beneficios que obtendría bajo la segunda modalidad. Así mismo, estipulan la duración de cada uno de dichos cargos y refieren de forma sucinta la diferencia en cuanto a las labores inherentes a cada una de las modalidades.

55. Valga recordar que según la Sentencia T-976 de 2012, esta Corte determinó que no era suficiente entregar al ciudadano la información respecto de las modalidades de prestación de servicio de forma mecánica, a través de formatos preestablecidos; sino que era imperativo que la autoridad correspondiente evaluara el grado “de percepción y comprensión del joven aspirante que recibe la información, y ello sólo es posible mediante una conversación abierta, sincera, con datos claros y precisos entre los sujetos participantes que minimice las barreras de la comunicación que puedan surgir en algunos casos por las diferencias en los niveles educativo, cultural, socioeconómico y condiciones de vida”. [15]

56. Si bien los formatos se encuentran firmados, no obra prueba alguna de que efectivamente hubiese existido una explicación detallada y personalizada de las implicaciones que para el accionante tenía inscribirse en la modalidad de Auxiliar de Policía y, en todo caso, como ya fue referido, en principio es deber del Ejército Nacional y de la Policía Nacional, inscribir a los ciudadanos que se presentan a prestar el servicio militar en

la modalidad que corresponde de acuerdo a sus características personales y al nivel de formación.

57. Sobre este último aspecto, no obra en el expediente una renuncia expresa y fundamentada por parte del actor a la modalidad que en principio le asistía, ni tampoco un documento de la Policía Nacional en el que se evidencie que el accionante, conociendo de forma detallada las diferencias existentes entre ambas modalidades, hubiese preferido renunciar a inscribirse como Auxiliar Bachiller para fungir como Auxiliar de Policía.

58. Es importante recordar que la diferencia de modalidad no es de carácter enunciativo; como se recordó en la parte considerativa de la presente providencia, el Legislador estableció diferentes tipos de modalidades para asegurar que cada ciudadano cumpla un papel específico durante la prestación del servicio, papel que debe ser acorde con las calidades específicas de cada conscripto y que pretende beneficiar a la comunidad.

59. En esa medida, en principio, aquellos ciudadanos que se presenten para resolver su situación militar y que detenten el título de bachiller, deben ser inscritos bajo la modalidad de auxiliar bachiller y solo en casos en los que exista una renuncia expresa, precedida por una inducción apropiada, se entenderá que el conscripto decidió de forma voluntaria adoptar otra modalidad.

60. En el caso del señor Leonel Albeiro Benavides Duarte, encuentra esta Sala que, además de los formatos adjuntados por la Policía Nacional, no existe prueba alguna de que la institución hubiese informado de forma detallada las diferencias existentes entre ambas modalidades, ni que al momento de la inscripción se verificara la condición de bachiller del actor.

61. Así mismo, tampoco es de recibo el argumento en virtud del cual, dado que la convocatoria disponible para la fecha de presentación del actor era de Auxiliar de Policía, puede entenderse que el actor renunció voluntariamente a la posibilidad de inscribirse como Auxiliar Bachiller. Por el contrario, considera esta Sala que la inscripción del señor Benavides pudo darse bajo el desconocimiento del actor respecto de las diferencias existentes entre ambas modalidades y también bajo la premura de resolver su situación militar y cumplir su obligación constitucional.

62. Por esta razón, considera la Sala que, al no existir pruebas que demuestren una renuncia expresa, fundada en una información clara y explícita sobre la modalidad de incorporación y sus efectos, procederá confirmar la línea fijada por esta Corporación, en virtud de la cual en cabeza del Ejército Nacional y de la Policía Nacional radica el deber de asesorar a los ciudadanos que, de acuerdo a la Constitución Política y a la ley, deben presentar servicio militar y, así mismo, deben realizar las actuaciones procedentes para garantizar que la inscripción en las distintas modalidades corresponda a las calidades que cada uno ostente. Admitir lo contrario sería desconocer la clasificación que estableció el Legislador y que, como ya fue analizado por esta Corporación y recordado en la presente providencia, responde a fines constitucionales.

63. En consecuencia, encuentra la Sala que, respecto a la solicitud de cambio de modalidad, le asiste razón al accionante y, por ende, se procederá a ordenar la modificación correspondiente para que el señor Leonel Albeiro Benavides Duarte funja como Auxiliar Bachiller.

El derecho a la unidad familiar. La prevalencia de los derechos del menor.

64. También corresponde analizar en este caso la posible vulneración del derecho a la unidad familiar del actor y, en especial, de su menor hija.

65. Relata la apoderada del accionante que el señor Benavides responde económicamente por su núcleo familiar y, teniendo en cuenta que en enero del 2015 nació su pequeña hija, solicita el desacuartelamiento inmediato.

66. Sobre el primer aspecto, es preciso establecer que la afirmación del actor cuenta con la presunción de veracidad a la que hace alusión el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que no fue desvirtuada por la entidad accionante y no obra en el expediente prueba alguna que indique lo contrario. Así mismo, una vez revisada la base de datos del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud, FOSYGA, se encuentra que la compañera permanente del actor figura como afiliada al régimen subsidiado en salud, información que reafirma el relato del accionante y que le permite a esta Sala concluir que con el acuartelamiento del actor se pueden ver afectados los derechos de la menor, quien en la actualidad cuenta con menos de un año de vida.

67. Considera la Sala que estas circunstancias permiten asemejar este caso a los estudiados en las sentencias T-122 de 1994 y T-682 de 2013, en las que, en virtud de la prevalencia de los derechos de los niños y ante la constatación de la incapacidad de la madre para responder económicamente por los hijos menores o que están por nacer, se ordenó el desacuartelamiento inmediato de los padres.

68. Esta circunstancia, sumada al cambio de modalidad el cual implica que el actor debía cumplir el servicio militar durante un término de 12 meses, los cuales culminaron el 30 de mayo de 2015, dan lugar a que esta Sala proceda a ordenar el desacuartelamiento inmediato para efectos de proteger tanto los derechos al debido proceso y a la igualdad del actor, como el derecho a la unidad familiar de su menor hija, su compañera permanente.

69. En consecuencia, la Sala Segunda de Revisión, revocará el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal, del 22 de junio de 2015 y, en su lugar, siguiendo la regla de decisión fijada, concederá el amparo a los derechos fundamentales a la unidad familiar y los derechos de los niños de la menor Benavides Rosas, ordenando el desacuartelamiento de su padre, el señor Leonel Albeiro Benavides Duarte.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de veintidós (22) de junio de 2015 proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y, en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso del accionante Leonel Albeiro Benavides Duarte y el derecho a la unidad familiar de su menor hija y de su compañera permanente, la señora Diana Mildret Rosas Acero.

SEGUNDO: ORDENAR a la Policía Nacional, Dirección de Incorporación, que modifique la modalidad de vinculación del señor Leonel Albeiro Benavides Duarte y le otorgue la calidad de Auxiliar Bachiller.

TERCERO: Como consecuencia, ORDENAR a la Policía Nacional, Dirección de Incorporación, que, una vez sea notificada esta sentencia, proceda de forma inmediata al desacuartelamiento definitivo y a la expedición de la libreta militar del señor Leonel Albeiro Benavides Duarte, por tiempo cumplido.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia T - 406 de 2005, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[2] Al respecto se pueden revisar las sentencias T-145 de 2011, T-480 de 2011, T-282 de 2012 y T-061 de 2013.

[3] Constitución Política, Artículo 86 “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 o la omisión de cualquier autoridad pública”

[4] Artículo 95, Constitución Política de Colombia.

[5] Al respecto, se recomienda ver sentencias T-711 de 2010, T-587 de 2013 y T-072 de 2015.

[6] Sentencia T-218 de 2010.

[8] Sentencia T-523 de 1992.

[9] Sentencia T-342 de 2009.

[10] Ibídem.

[11] Sentencia T-682 de 2013.

[12] Folio 19, cuaderno 2.

[13] Folio 15, cuaderno 2.

[14] Folio 38, cuaderno 2.

[15] Sentencia T-976 de 2012.