El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 1ª instancia – 09 de noviembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Concede amparo

Radicación Nro. : 2017-01180-00

Accionante: YOHAN SEBASTIÁN AGUIRRE AGUIRRE

Accionado: BATALLÓN DE CABALLERÍA MECANIZADO NO.18 “GENERAL GABRIEL REVÉIZ PIZARRO” DE SARAVENA, A. - BR18-GMRPI

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE PETICIÓN / DEBER DE DAR RESPUESTA OPORTUNA, CLARA, COMPLETA, DE FONDO Y CONGRUENTE.** [P]ese a que el batallón accionado tuvo total conocimiento de esas circunstancias, no hizo ninguna manifestación al respecto, menos controvirtió las afirmaciones del agente oficioso en el petitorio de amparo; claramente omitió adelantar el trámite administrativo correspondiente para esclarecer la viabilidad de desincorporar de las filas al accionante, de acuerdo con las causales alegadas; dejó de solicitarle soporte demostrativo alguno de esas situaciones y tampoco actuó forma oficiosa para dilucidar lo debatido. Así las cosas, la Sala, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la CSJ[[1]](#footnote-1), concederá el amparo al debido proceso administrativo del señor Yohan Sebastián Aguirre Aguirre, y dispondrá que el Comandante del BR18-GMRPI de Saravena, A. dé curso inmediato al trámite de desincorporación y realice audiencia pública con la presencia del accionante y de un delegado de la Defensoría del Pueblo, en la que se le pregunte si opta por continuar en el servicio militar, en caso negativo, deberá procederse a su desacuartelamiento inmediato.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en primera instancia

Accionante : Yohan Sebastián Aguirre Aguirre

Accionado (s) : Grupo de Caballería Mecanizado No.18 General Gabriel

: Revéiz Pizarro del municipio de Saravena, A.

Vinculado (s) : Distrito Militar No.4 de Bogotá y otros

Radicación : 2017-01180-00 (Interna No.1180)

Temas : Servicio militar - Debido proceso administrativo

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 586 de 09-11-2017

PEREIRA, R., NUEVE (9) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El amparo constitucional de la referencia, luego de adelantada la actuación respectiva con el trámite preferente y sumario, sin evidenciar causales de nulidad que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se comentó que el 04-05-2017 el actor fue incorporado a prestar el servicio militar obligatorio en el batallón accionado; tiene unión marital de hecho conformada con la señora Diana Paola Bermúdez y provee el sostenimiento económico de su familia constituida por sus padres, tres hermanos menores y su compañera permanente; además, padece de trastorno de adaptación de tipo ansioso (Folios 1 y 2, este cuaderno).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

En el petitorio se invocan los derechos a la salud, integridad personal, vida en condiciones dignas y el derecho de petición; igualmente se infiere el debido proceso administrativo (Exención del servicio militar) (Folios 1 a 4, este cuaderno).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se solicitó amparar los derechos invocados por el accionante, y en consecuencia, ordenar al Comandante del Batallón accionado que disponga su desincorporación de conformidad con la Ley 1861 (Folio 3, este cuaderno).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Correspondió por reparto ordinario a este Despacho el 25-10-2017 y con providencia del mismo día, se admitió y se vinculó a quienes se estimó pertinente, entre otros ordenamientos (Folio 25, ídem), el 03-11-2017 se hicieron otras vinculaciones (Folio 72, ídem). Fueron debidamente notificadas las partes (Folios 38 a 47, 51 y 73 a 75, ídem). Contestaron el Comandante del Batallón de Caballería Mecanizado No.18 “General Gabriel Revéiz Pizarro” (BR18-GMRPI) (Folios 53 a 54, íd.), la Dirección de Personal del Ejército Nacional (DIPER) (Folios 57 y 71, íd.) y el Director de Reclutamiento del Ejército Nacional (COREC) (Folios 63 a 66, íd.).

1. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

El BR18-GMRPI informó que con el oficio 5516 de 23-10-2017 respondió el derecho de petición presentado por el accionante, le solicitó arrimar el registro civil de matrimonio o la declaración de la unión marital de hecho, y está atento a que se arrime la documentación requerida para continuar con el trámite respectivo, de tal manera que no ha vulnerado ningún derecho invocado (Folios 53 y 54, íd.).

La DIPER manifestó que la declaración juramentada de la unión marital de hecho es insuficiente para demostrar su existencia, de conformidad con el artículo 617-5º, CGP. Respecto a la asistencia médica refirió que es el organismo de sanidad militar el competente para evaluar la capacidad psicótica del actor. Pidió negar las pretensiones (Folio 57, íd).

El COREC refirió que son la Decimoquinta Zona de Reclutamiento, el Distrito Militar No.4 de Bogotá y el BR18-GMRPI los encargados de realizar el proceso de definición de la situación militar y proveer con relación a la solicitud de desacuartelamiento del actor. Añadió que el amparo carece de subsidiariedad porque el actor cuenta con los mecanismos ordinarios definidos por el legislador para resolver su situación militar, además de que no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que dé lugar a la intervención del juez constitucional (Folios 63 a 66, íd.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
   1. La competencia. Este Tribunal es competente para conocer la acción en virtud del factor territorial, en razón al lugar donde ocurre la presunta violación, al tener el accionante su domicilio en este Distrito (Artículos 86 de la CP y 37 del Decreto 2591 de 1991) y la accionada, es una entidad del orden nacional (Artículo 1°-1°, Decreto 1382 del 2000).
   2. El problema jurídico a resolver. ¿El BR18-GMRPI de Saravena, A y la DIPER, violan o amenazan los derechos fundamentales alegados por la parte accionante, según los hechos expuestos en la petición de tutela?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, el señor Yohan Sebastián Aguirre Aguirre, se encuentra prestando el servicio militar y el derecho de petición fue presentado en su nombre (Folios 33 a 34, íd.) (Artículos 86 de la CP y 1º, Decreto 2591 de 1991).

El Personero Delegado de Pereira se encuentra legitimado para representar al agenciado, pues convalidó las pretensiones de la acción (Folio 52, íd.), situación que se encuadra en lo dispuesto por la doctrina sobre el tema, al justificar la figura en comento “(…) *teniendo en cuenta las funciones propias de los conscriptos, muchas veces acantonados en lugares lejanos, inseguros, inhóspitos o incomunicados”*[[2]](#footnote-2). En este caso se observa que el accionante se encuentra adscrito al BR18-GMRPI de Saravena, A.

En el extremo pasivo, el BR18-GMRPI de Saravena, A. pues fue el destinatario del derecho de petición y es la unidad militar a la que se encuentra adscrito el actor, y la DIPER porque es la autoridad encargada del proceso de desincorporación de los conscriptos.

No sucede lo mismo con las demás autoridades castrenses vinculadas toda vez que carecen de competencia para decidir asuntos relacionados con el desacuartelamiento de un soldado.

* + 1. La inmediatez y la subsidiariedad

El artículo 86 de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

Nuestra CC tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales[[3]](#footnote-3). El primero de los presupuestos se cumple porque el accionante no tiene otro mecanismo diferente a esta acción para defender el derecho de petición.

Por su parte la inmediatez, no merece reparo, pues la acción se presentó dentro de los seis (6) meses siguiente a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4); nótese que la respuesta al derecho de petición data del 23-10-2017 (Folio 55, íd.) y la tutela se radicó el 25-10-2017 (Folio 4, íd.). Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. El servicio militar obligatorio

El estado colombiano, tiene establecido como uno de sus fines esenciales defender la soberanía nacional (Artículo 2, CP), propósito al que deben concurrir las fuerzas militares y los ciudadanos con la prestación del servicio militar obligatorio, en sus diferentes modalidades, bachiller, regular, entre otros, salvo que se encuentren en alguna de las circunstancias de exoneración dispuestas en el artículo 12 de la ley 1861, entre ellas:

Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

…

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

…

h) Quienes acrediten la existencia de unión marital de hecho legalmente declarada;

i) Las personas en situación de discapacidad física, psíquica, o sensorial permanente;…

* + 1. La solicitud de desacuartelamiento

De antaño, la CSJ[[5]](#footnote-5) ha manifestado que las controversias relacionadas con pronunciamientos de la administración deben ser discutidas ante la autoridad que los profiere o ante la jurisdicción competente, por intermedio de los medios creados para tal fin. Puntualmente en temas relacionados con el desacuartelamiento de un conscripto, dispuso que para analizar de fondo el amparo constitucional, debía mediar previa petición ante la autoridad que supuestamente causa el agravio[[6]](#footnote-6).

No obstante, la CSJ varió[[7]](#footnote-7) aquel criterio, en consonancia con jurisprudencia de la CC[[8]](#footnote-8), por considerar que la ausencia de requerimiento previo es insuficiente para negar el amparo, cuando desde la admisión del libelo, la autoridad militar conoce la pretensión del actor y no despliega las acciones para solucionarlo. En efecto dispuso[[9]](#footnote-9):

… no resulta admisible condicionar la efectividad de los derechos fundamentales del conscripto a la solicitud previa del desacuartelamiento, porque las autoridades castrenses tuvieron oportunidad de enterarse de su especial condición, como mínimo, desde la interposición de la presente queja constitucional…si bien el tutelante no acreditó haber presentado solicitud alguna a las accionadas, es lo cierto que nada obsta para acudir directamente al amparo constitucional, pues debe recordarse que en asuntos como el aquí planteado están involucrados derechos fundamentales.

Dicho criterio lo ha reiterado en reciente jurisprudencia[[10]](#footnote-10).

* 1. El debido proceso administrativo

El debido proceso es de contenido constitucional, está consagrado principalmente en el artículo 29 de la Carta Política e implica necesariamente tener la posibilidad de (i) Conocer a quien investiga, (ii) Poder controvertir las probanzas que se tengan en cuenta para adoptar las decisiones, (iii) Aportar el material probatorio que se estime del caso, (iv) Tener acceso al expediente o actuación, (v) Conocer las fases que ha de seguir el trámite de la investigación adelantada en su contra, (vi) Poder presentar alegaciones para la defensa de los intereses propios; aspectos que constituyen sus principios integradores, así lo entiende la CC[[11]](#footnote-11), en análisis que hace el profesor Bernal Pulido[[12]](#footnote-12) en su obra. Criterio ampliado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional[[13]](#footnote-13), en cuanto a los trámites administrativos.

La CSJ[[14]](#footnote-14) coincide con la doctrina jurisprudencial de la CC, y reiteró que hacen parte de las garantías al debido proceso administrativo:

(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso[[15]](#footnote-15).

La doctrina constitucional también se ha encargado de delimitar la importancia de la notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto, y al respecto ha señalado que[[16]](#footnote-16):

…la notificación cumple una triple función dentro de la actuación administrativa: (i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública, dado que mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; (ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción; y (iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes… (Sublínea de la Sala).

En torno al principio de publicidad válido es acotar[[17]](#footnote-17): *“(…) si bien la publicidad de los actos administrativos no determina su existencia o validez, sí incide en la eficacia de los mismos, en tanto de ella depende el conocimiento de las partes o terceros interesados de las decisiones de la administración que definen situaciones jurídicas (…)”*.

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Necesario es precisar que el análisis del presente amparo constitucional se hará desde el punto de vista del derecho de petición en consonancia con el derecho al debido proceso administrativo, de conformidad con los hechos expuestos y pretensiones tutelares.

Así entonces se tiene que el accionante presentó solicitud encaminada a que se disponga su desincorporación con fundamento en la causal “h” del artículo 12, Ley 1861, pues tiene unión marital de hecho con la señora Diana Paola Bermúdez (Folios 33 y 34, este cuaderno); también que por intermedio del petitorio de tutela invoca las causales “c” e “i” de la mentada norma, en consideración a que expone que vela por el sostenimiento de sus padres con dificultades para laborar y padece de trastorno de adaptación de tipo ansioso que le impide prestar el servicio militar. Recuérdese que la CSJ ha dispuesto que la acción de tutela hace las veces de petición en asuntos relacionados con el desacuartelamiento de un conscripto.

8.1. La carencia actual de objeto por el hecho superado

De acuerdo con el acervo probatorio se tiene demostrado que el BR18-GMRPI de Saravena, A. respondió el derecho de petición con el oficio No.5516 de 23-10-2017 (Folio 55, ídem), debidamente comunicado al agente oficioso del accionante el 08-11-2017, según se constató en esta instancia (Folio 76 vuelto, íd.).

Revisada la respuesta se advierte clara y precisa con lo solicitado, con ella se requirió al actor para que arrimará copia del documento que acreditara la unión marital de hecho que dice tener, si bien careció de las razones por las cuales la declaración jurada anexa con la petición es insuficiente para acreditar dicha situación jurídica, lo cierto es que se avino a los postulados legales que reglamentan la causal de exoneración invocada, esto es, acreditar *“(…) la existencia de unión marital de hecho legalmente declarada* (…)” sublínea fuera del texto (literal h del artículo 12, Ley 1861).

Así las cosas, si hubo vulneración o amenaza del derecho de petición, cesó; en consecuencia no hay objeto jurídico sobre el cual fallar y la decisión que se adopte resultará inocua. De esta manera, se configura el hecho superado[[18]](#footnote-18), puesto que la aludida pretensión se encuentra satisfecha y los derechos a salvo.

Es inviable analizar si hubo vulneración o amenaza del debido proceso administrativo, en este aspecto en particular, pues es inexistente decisión definitiva de la autoridad castrense accionada, la petición aún se encuentra en trámite.

* 1. El debido proceso administrativo

No sucede lo mismo con relación a la solicitud presentada por intermedio de este amparo constitucional, esto es, la exoneración de prestar el servicio militar en consideración a que el actor vela económicamente por sus padres aunado a la enfermedad psicológica que padece.

En efecto, pese a que el batallón accionado tuvo total conocimiento de esas circunstancias, no hizo ninguna manifestación al respecto, menos controvirtió las afirmaciones del agente oficioso en el petitorio de amparo; claramente omitió adelantar el trámite administrativo correspondiente para esclarecer la viabilidad de desincorporar de las filas al accionante, de acuerdo con las causales alegadas; dejó de solicitarle soporte demostrativo alguno de esas situaciones y tampoco actuó forma oficiosa para dilucidar lo debatido.

Así las cosas, la Sala, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la CSJ[[19]](#footnote-19), concederá el amparo al debido proceso administrativo del señor Yohan Sebastián Aguirre Aguirre, y dispondrá que el Comandante del BR18-GMRPI de Saravena, A. dé curso inmediato al trámite de desincorporación y realice audiencia pública con la presencia del accionante y de un delegado de la Defensoría del Pueblo, en la que se le pregunte si opta por continuar en el servicio militar, en caso negativo, deberá procederse a su desacuartelamiento inmediato.

Lo anterior, una vez el actor y/o su familia arrimen las pruebas sobre la unión marital de hecho, el sostenimiento económico que provee a sus padres y la situación de discapacidad psicológica permanente, así como demás documentos que acrediten alguna otra causal de exoneración del servicio militar obligatorio.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores: (i) Se declarará la carencia actual de objeto por el hecho superado en lo relacionado con el derecho de petición mediante el cual el actor solicitó la desincorporación con base en la causal h del artículo 12, Ley 1861; (ii) Se tutelará el derecho fundamental al debido proceso administrativo respecto de la solicitud de desacuartelamiento fundada en las causales “c” e “i” del mentado artículo; (iii) Se expedirán las órdenes necesarias para su protección; y, (iii) Se negará el amparo contra la DIPER.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. DECLARAR la carencia actual de objeto por el hecho superado en lo relacionado con el derecho de petición de desincorporación con base en la causal “h” del artículo 12, Ley 1861.
2. TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales de petición y debido proceso administrativo de señor Yohan Sebastián Aguirre Aguirre contra Batallón de Caballería Mecanizado No.18 “General Gabriel Revéiz Pizarro” de Saravena, A. - BR18-GMRPI -.
3. ORDENAR al Teniente Coronel José Luis Cabra Castiblanco, en su calidad de Comandante del BR18-GMRPI, o quien haga sus veces, que dentro del término de diez (10) días siguientes a la recepción de las pruebas referida en la parte considerativa de esta sentencia, dé curso al trámite administrativo de desincorporación y efectúe la audiencia pública aludida en precedencia.
4. NEGAR la tutela frente a la Dirección de Personal del Ejército Nacional - DIPER, por inexistencia de vulneración o amenaza.
5. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
6. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión, de no ser impugnada.
7. ARCHIVAR el expediente, previas anotaciones en los libros radicadores, una vez agotado el trámite ante la CC.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH/ODCD/2017

1. CSJ, Civil. STC17067-2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Civil. Sentencia del 09-11-2014, MP: Luis Armando Tolosa Villabona, expediente 2014-00108-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia del 09-11-2011. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez. No.1100122100002011-00403-01. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ, Civil. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ. Civil. STC6546-2015 y STC9522-2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-116 de 2015. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ, Civil. STC6546-2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ, Civil. STC2415-2017 y STC17067-2017. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-482 de 1992. [↑](#footnote-ref-11)
12. BERNAL P., Carlos. El derecho fundamental al debido proceso, Señal editora, Bogotá, 2004, p.37. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-051 de 2016, C-034 de 2014 y C-980 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, STC5723-2016. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. C-980 de 2010. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-404 de 2014. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC.T-218 de 2017, T-059 de 2016, T-041 de 2016, y T-045 de 2008, entre otras. Para determinar si se está en presencia o no de un hecho superado, conforme lo dicho por el máximo ente constitucional (i) Debe comprobarse que con anterioridad a la interposición de la acción exista un acto u omisión que viole o amenace violar un derecho fundamental; y (ii) Que durante el trámite del amparo se supere el agravio o amenaza. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ, Civil. STC17067-2017. [↑](#footnote-ref-19)