

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, marzo siete (7) de dos mil catorce (2014)

Acta No. 90 de 7 de marzo de 2014

Expediente No. 66001-22-13-000-2014-00057-00

Decide esta Sala en primera instancia la acción de tutela instaurada por el Personero Municipal de Dosquebradas en calidad de agente oficioso del señor Jhair Duván Herrera Castaño, contra el Ministerio de Defensa, la Fuerza Aérea Colombiana y el Comando Aéreo de Combate No. 6 de Tres Esquinas, Caquetá.

A N T E C E D E N T E S

Afirma el agente oficioso que el señor Jhair Duván Herrera Castaño desde el 3 de febrero de 2014 presta servicio militar obligatorio en el Comando Aéreo de Combate No. 6 de Tres Esquinas, Caquetá; el citado señor tiene vigente unión marital de hecho con la joven Diana Elizabeth Velarde Ocampo y es padre de un niño de veinte días de nacido, a quien, por causa de la incorporación a filas, no ha podido conocer; el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 exime de la prestación del servicio castrense a los varones "casados que hagan vida conyugal" y por ello Jhair Duván Herrera debe ser desacuartelado, ya que a la luz del derecho a la igualdad esa causal también aplica a las personas que vivan en unión marital de hecho; esa circunstancia fue puesta en conocimiento de las autoridades militares, "quienes hicieron caso omiso".

Agregó que la incorporación y reclutamiento de quien representa, lesiona sus derechos fundamentales, máxime cuando "obra de por medio" el nacimiento de su hijo, que en este momento se encuentra desamparado, pues la madre no cuenta con medios económicos para sostenerlo y porque se le niega el acceso inmediato a su libreta militar, a la que tiene derecho, lo que coarta su posibilidad de obtener un empleo digno para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

Solicitó se tutelén los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, el trabajo, la familia, el mínimo vital y el de los niños. Por tanto, pretende que Jhair Duván Herrera Castaño sea desacuartelado y se le expida la libreta militar respectiva.

A C T U A C I Ó N P R O C E S A L

Por auto del 24 de febrero de este año se admitió la acción y se ordenaron las notificaciones de rigor.

Se pronunció el Comandante Encargado del Comando Aéreo de Combate No. 6 de Tres Esquinas, Caquetá para oponerse a las pretensiones de la demanda. Adujo, en breve síntesis, que no puede aplicarse la causal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 para la exención del servicio castrense alegada, porque para ello es necesario que al definir la situación militar, la unión marital de hecho esté declarada de conformidad con la Ley 54 de 1990, ya sea por escritura pública, acta de conciliación o sentencia judicial, pruebas que en este asunto brillan por su ausencia. En relación con los documentos aportados con la petición de amparo, dijo que no aportan “ningún elemento de evidencia sobre el objeto de estudio” ni “conducen a establecer que haya tal situación jurídica, como tampoco se puede evidenciar una posible Paternidad (sic) del joven Jhair Duván Herrera Castaño”. Sustentó sus argumentos en la sentencia T-411 de 2011 en la que se determinó que para la prosperidad de la tutela en estos casos, se requiere acreditar el vínculo marital, la filiación paterna en el evento de existir hijos de la pareja y la falta de capacidad económica de la madre para sostener a sus descendientes. Por ende, la súplica del actor es improcedente hasta tanto se demuestre la unión marital de hecho y la calidad de padre del hijo de Diana Elizabeth Velarde Ocampo, por ende una vez se corroboren esas circunstancias “este Comando iniciará oportunamente los trámites necesarios para desacuartelar al mencionado soldado”.

La Dirección de Personal de la Fuerza Aérea Colombiana informó que con ocasión a los hechos expuestos en esta tutela, concedió al soldado Jhair Duván Herrera Castaño la baja administrativa (desacuartelamiento).

El Ministerio de Defensa Nacional no se pronunció.

C O N S I D E R A C I O N E S

El Personero Municipal de Dosquebradas está legitimado para solicitar el amparo, en razón a que con ella pretende obtener la defensa de los derechos del señor Jhair Duván Herrera Castaño quien se encuentra imposibilitado para instaurarla de manera personal, toda vez que según la petición que el afectado elevó a la Personería para que intercediera por sus intereses¹, en la actualidad presta el servicio militar obligatorio en una zona distante y no le es factible salir del lugar por motivo de su acuartelamiento.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, otorga a toda persona la facultad para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un trámite breve y sumario, la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en determinados eventos. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Ese medio excepcional de amparo constitucional tiende entonces a conjurar la lesión o la amenaza de los derechos fundamentales, a fin de

¹ Folio 8.

permitir al titular su ejercicio o restablecer su goce; la efectividad de la acción reside entonces en la posibilidad para el juez de impartir una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho conculcado. Así, la procedencia de la tutela exige la existencia de acción u omisión atribuible a la persona o autoridad contra la que se dirige, a partir de la cual sea posible analizar si se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario.

Tiene por objeto la presente demanda constitucional la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, al trabajo, a la educación, a la familia y al mínimo vital, los que se dicen lesionados por parte de las autoridades castrenses al no haber desacuartelado al señor Jhair Duván Herrera Castaño a pesar de que estar exento de prestar el servicio militar por tener una unión marital de hecho vigente² y ser padre de un niño de veinte días de nacido.

Como se ha reiterado, para la procedencia del amparo constitucional uno de los requisitos esenciales es que el interesado haya acudido de manera previa a la autoridad que supuestamente afecta sus garantías fundamentales, a fin de que ésta pueda tener la oportunidad de conocer sobre la reclamación y así pronunciarse directamente respecto de ella, porque de lo contrario, si se obvia esa trámite, se estaría dando por sentado que la administración no va a acceder a la petición y, adicionalmente, el ciudadano ejercería la tutela de forma principal a sabiendas de que una de sus características es la subsidiariedad.

En este caso, no aparece demostrado que se haya elevado reclamación alguna, a los funcionarios accionados, en aras de obtener el desacuartelamiento con invocación de la causal mencionada en la demanda, como quiera que con la demanda no se allegó copia de la petición radicada en ese sentido.

Aunque esta Sala requirió a las partes³ para que informaran si efectivamente Jhair Duván Herrera Castaño había presentado solicitud en esos términos, ambas guardaron silencio. A esto se puede agregar que en la contestación de la demanda el Comando Aéreo No. 6 de Tres Esquinas, Caquetá, indica que tan pronto como el soldado radique los documentos que acrediten la unión marital de hecho con la joven Diana Elizabeth Velarde Ocampo y la paternidad sobre el hijo de ésta, se procederá a realizar el desacuartelamiento.

² No cabe duda de que la causal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993 aquí invocada y que determina que los varones "casados que hagan vida conyugal" están eximidos de prestar el servicio militar, debe ser interpretada de forma extensiva para cobijar también a las personas que se hallan en unión marital de hecho, puesto que como lo ha señalado la Corte Constitucional: "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. (...) Por consiguiente, la Corte Constitucional declarará la exequibilidad de la exención para prestar el servicio militar contenida en el literal g) del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, en el entendido de que también se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley." Sentencia C-755 de 2008. M.P Nilson Pinilla Pinilla.

³ Mediante auto de 4 de marzo pasado.

De lo anterior puede deducirse que el accionante no ha pedido a los funcionarios demandados lo que pretende se le decida por vía de tutela y por tanto, no ha tenido la autoridad competente para resolver sobre el desacuartelamiento, oportunidad de pronunciarse al respecto.

De haber sido su petición verbal, como lo manifestó en escrito visible a folio 8 de este cuaderno, el que replicó el Personero que en su representación instauró la acción, no demostró que hubiese aportado las pruebas necesarias para ser beneficiario de la exención del servicio militar.

Sobre el aspecto que se analiza resulta válido citar dos pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en los que se resolvieron casos similares al presente. En uno de ellos expresó:

“La salvaguarda es improcedente si quien la interpone no ha acudido a las autoridades censuradas para poner de presente su reclamo, pues, como lo ha indicado la jurisprudencia, las controversias en torno a las determinaciones de la administración deben discutirse ante la institución que las emitió o en la jurisdicción correspondiente, antes de suplicar resguardo por esta vía.

“Siguiendo ese lineamiento, si la promotora considera que algún acto concreto de la acusada le está transgrediendo las garantías esenciales a ella, su hijo o al soldado Sánchez Vélez, debe dirigirse al Batallón Pedro Nel Ospina para que dicha autoridad se pronuncie al respecto y, de ser pertinente, adopte una determinación sobre la situación expuesta, previamente a hacer uso de este mecanismo.

“En ese orden de ideas, no puede anticiparse el juez constitucional a las decisiones de dicho organismo.”⁴

Y en otro, dijo:

“Lo anterior significa que la autoridad accionada, no ha tenido la oportunidad de aclarar y resolver los puntos de inconformidad del llamado a filas, a lo cual se suma que tampoco está demostrada la puesta en conocimiento de la situación familiar del convocado, ante las autoridades de reclutamiento, para que estas resuelvan sobre la existencia o no de la causal de exención relativa a la protección familiar establecida en el literal g del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, de acuerdo con la aplicación que de tal norma se ha hecho según la jurisprudencia constitucional (sentencias T-326 de 1993 y T-132 de 1996) en aquellos eventos de origen de la familia en la convivencia marital de hecho.

“Así las cosas, es de advertir que, mientras no se haya planteado ante la autoridad militar, la situación descrita por el accionante, mal puede establecerse la vulneración de derechos fundamentales que refiere el reclamante”.⁵

⁴ Providencia de 27 de noviembre de 2013. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez.

⁵ Providencia de 16 de abril de 2008. MP: Edgardo Villamil Portilla.

Por estas razones, se declarará improcedente la tutela solicitada, pues si el demandante no ha solicitado de manera formal lo que pretende obtener por este medio excepcional de protección, las entidades accionadas no han desconocido los derechos cuyo amparo reclama.

No sobra anotar, que de todos modos, según escrito recibido el día de hoy, suscrito por el Jefe de Sección de Planeación del Ministerio de Defensa Nacional, Comando General de las Fuerzas Militares, Fuerza Aérea Colombiana, Dirección de Personal, se autorizó la baja administrativa (desacuartelamiento) del demandante, "con fecha 08 de marzo de 2014".⁶

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Por improcedente, se niega la tutela reclamada por el señor Jhair Duván Herrera Castaño contra el Ministerio de Defensa, la Fuerza Aérea Colombiana y el Comando Aéreo de Combate No. 6 de Tres Esquinas, Caquetá.

SEGUNDO.- De no ser impugnado este fallo, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Notifíquese lo aquí decidido a las partes al tenor del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

⁶ Folio 48.