**Tema: AGENTE OFICIOSO / ELEMENTOS / DESACUARTELAMIENJTO / NUNCA FUE PEDIDO AL EJERCITO / NIEGA / “**Otro tanto acontece en el presente asunto, pues al día siguiente en que se produjo el alistamiento, se presentó este libelo, tal como se da cuenta en el mismo, y no se tiene conocimiento de que a alguna de las entidades a las que se demanda, o incluso a la vinculada, se les hubiese solicitado previamente aplicar a Diego Alejandro Aragón López, exención alguna y, por consiguiente, solo cuando ello ocurra y se le niegue de manera injustificada su requerimiento, podrá sostenerse que quien lo tiene acuartelado en el momento le ha vulnerado sus derechos fundamentales. Si así no ocurre, se repite, no puede el juez constitucional desplazar a la autoridad castrense en la labor que la Ley le ha asignado.”

**Citación jurisprudencial:** expediente T-291 de 2011 de la Corte Constitucional, reiterado por esta Sala en sentencias de 19 de julio de 2012, exp. 00448-01 y 19 de abril de 2013, exp. 00060-01. / sentencia T-076 de 2014. / Sentencia T-299 de 1993. /

CSJ, SCC, sentencia del 27 de noviembre de 2013, expediente 0500122030002013-01001-01; MP Fernando Giraldo Gutiérrez.

-------------------------------------------------------------------------

 **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

  **SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, septiembre dieciséis de dos mil dieciséis

Expediente 66001-22-13-000-2016-00855-00

Acta Nro. 453 de septiembre 16 de 2016

Procede la Sala a decidir la acción de tutela propuesta por Diego Aragón Ospina, en calidad de agente oficioso de **Diego Alejandro Aragón López,** con la coadyuvancia de una defensora pública, contra el **Ejército Nacional**, el **Distrito Militar No. 22** y el **Batallón de Artillería No. 8 “Batalla de San Mateo”**, a la que fue vinculada la **Vigésima Segunda Brigada de Selva** con sede en San José del Guaviare.

 **ANTECEDENTES**

 Diego Aragón Ospina, en calidad de agente oficioso de Diego Alejandro Aragón López, acudió en procura de la protección del derecho fundamental que nominó como “definición de situación militar” contra el Ejército Nacional, el Distrito Militar No. 22 y el Batallón de Artillería No. 8 “Batalla de San Mateo”, del que este es titular, y se estima resquebrajado por estas dependencias castrenses.

 Explicó, en resumen, que aproximadamente año y medio atrás, a Diego Alejandro se le conceptuó por escrito que no era apto para prestar el servicio militar, por razones de salud; el 1 de septiembre, luego de presentar en forma electrónica los documentos necesarios para la expedición de la libreta, acudió a la cita para la liquidación del recibo y pago de dicho documento, a la vez que presentó el referido certificado médico, pero no fue tenido en cuenta por el galeno que lo atendió, quien lo rasgó; luego, a las 7:30 p.m. de ese día, se lo llevaron para San José del Guaviare. Agregó que el joven no puede prestar servicio por razones médicas, conforme lo señala su historia clínica, padece de hipermetropía y astigmatismo, usa lentes permanentes, padeció de meningitis, hipoacusia bilateral y estrabismo de ojo izquierdo; pese a ello, fue reclutado indebida e ilegalmente.

 Pidió, por tanto, el amparo del derecho invocado y, como consecuencia de ello, que se ordene a la parte demandada devolverlo a su residencia de manera inmediata, con los gastos y/o viáticos necesarios para su traslado.

 Con proveído del 6 de septiembre se dispuso el impulso de rigor, con la vinculación de la Vigésima Segunda Brigada de Selva con sede en San José del Guaviare; se corrió traslado por el término de 2 días para que se ejerciera el derecho de defensa, pero no hubo pronunciamiento alguno.

**CONSIDERACIONES**

Por sabido se tiene que desde 1991 impera en nuestro sistema jurídico la acción de tutela como un mecanismo constitucional que, de acuerdo con el artículo 86 de la Carta, le permite a toda persona acudir a un juez para conseguir la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo amenazados o vulnerados por una autoridad, y en algunos casos por particulares.

En este caso, Diego Aragón Ospina, deprecó la protección anunciada líneas atrás, como quiera que su hijo Diego Alejandro Aragón López, fue acuartelado sin tener en cuenta que no es persona apta para prestar el servicio militar, tal como reposaba en certificado médico anterior que no fue tenido en cuenta y acorde con lo que refleja su historia clínica, sumado a otras afecciones que presenta.

Dos cosas debe abordar la Sala. Primero, la legitimación en la causa por activa; y, segundo, si en el caso están dadas las condiciones para acceder al amparo impetrado.

Llegados a estos puntos, sirve de referencia lo que sobre uno y otro ha dicho, la jurisprudencia nacional.

1. Concretamente, sobre la posibilidad de agenciar derechos ajenos en casos como el presente, ha precisado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia**[[1]](#footnote-1)**:

 “De conformidad con lo anterior, es preciso aclarar que la libelista está legitimada para reclamar las garantías de …., pues, se demostró que él se encuentra en una situación que le impide comparecer por sí mismo a este asunto al encontrarse acuartelado.

 Según el precedente de la Sala: “*existe un limitación de tiempo y espacio que le impide a quien se encuentra acuartelado ejercer autónomamente la acción de tutela, todo ello debido al estricto régimen al cual son sometidos, tal como la disciplina y la obediencia debida a sus superiores, que coincide con el cumplimiento de los preceptos establecidos por el orden militar… Así, quien esté prestando el servicio militar y pretenda presentar una acción de tutela ‘le implica, por lo menos, salir del cuartel en los horarios de atención de la Rama Judicial con el objeto de radicar la solicitud y, como hemos señalado, esta posibilidad se ve ampliamente limitada en la práctica tanto por el carácter de la conscripción como por la estricta sujeción a las órdenes del superior’…pues como se señaló, al acuartelamiento comporta una limitación material para que la persona pueda ejercer sus derechos en forma personal, esto es, presentar la acción de tutela*” (fallo de 14 de abril de 2011, expediente T-291 de 2011 de la Corte Constitucional, reiterado por esta Sala en sentencias de 19 de julio de 2012, exp. 00448-01 y 19 de abril de 2013, exp. 00060-01).**”**

 Como en el caso presente no hay duda de que la situación es del mismo tenor, ya que Diego Aragón Ospina, quien aduce su calidad de padre del agenciado, afirma, y ello no ha sido desvirtuado, que este se halla acuartelado en la base militar de San José del Guaviare a donde fue remitido desde esta ciudad para efectos de prestación del servicio marcial correspondiente [[2]](#footnote-2), no se puede desdeñar la legitimación que por activa de su progenitor.

2. Pero que así sea, no significa que el amparo tenga que salir avante. Para ello, es necesario acreditar que realmente se ha vulnerado el derecho cuya protección se invoca, lo cual solo puede ocurrir cuando a la parte accionada, ya el conscripto, ora su agente oficioso, han efectuado un requerimiento previo tendiente a su desacuartelamiento por una de las varias causas que la Ley 48 de 1993 tiene establecidas para ello, siguiendo las reglas del capítulo VIII del Decreto 2048 de esa anualidad.

Esto, porque siendo la prestación del servicio militar obligatoria, sólo en aquellos especiales eventos que la ley ha diseñado, puede un asociado liberarse de tal responsabilidad, efecto para el cual es menester acreditar que realizó las gestiones correspondientes ante la unidad competente, sin pretender que el juez constitucional asuma ese rol, porque la acción de tutela tiene como particularidad la de ser un instrumento residual, esto es, que solo cabe en la medida en que no se disponga de otras alternativas para el reconocimiento de un derecho fundamental.

Siguiendo la sentencia T-076 de 2014, proferida por la Corte Constitucional, se señaló allí que:

“La Constitución Política en su artículo 86, instituyó la acción de tutela como un mecanismo judicial de aplicación urgente, de carácter subsidiario y excepcional, para reclamar la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, bajo ciertas circunstancias. Así, corresponde al juez constitucional verificar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela teniendo en cuenta la situación fáctica del asunto sometido a su conocimiento y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional.

La ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 del mismo año, regulan la definición de la situación militar de los ciudadanos colombianos, la prestación del servicio militar obligatorio y el proceso de reclutamiento, dentro del cual se establecen las causales de exención y aplazamientos y la forma en que estas deben ser acreditadas ante las autoridades correspondientes, con el fin de quedar excluidos de la prestación del servicio militar.

De acuerdo a lo anterior, el ciudadano al momento de la selección e inscripción cuenta con la opción de acreditar con documentos, que se encuentra exento de la prestación del servicio militar obligatorio, o en caso de no haberlo hecho en dicha oportunidad, una vez reclutado presentar la solicitud de desacuartelamiento a la Unidad Militar correspondiente.

Esta Corte en la sentencia T-299 de 1993, declaró improcedente el amparo de tutela al considerar que constituye un elemento indispensable para la procedencia del amparo el que el conscripto haya alegado la causal de aplazamiento o exclusión que pretende hacer por vía de tutela. Para ello, la Sala sostuvo:

“Juzga la Corte que, siendo la acción de tutela un procedimiento preferente y sumario enderezado contra la autoridad pública que al actuar o dejar de hacerlo vulnera o amenaza derechos fundamentales, a fin de que cese el motivo que perturba el disfrute de éstos, es necesario que se establezca sin lugar a dudas la relación de causalidad entre el acto en concreto de la autoridad -o la omisión, en su caso- y el daño del derecho fundamental o el peligro de su violación. Así, en casos como el que se considera, la normal ejecución de un acto ordenado por la Constitución y desarrollado en la ley -el reclutamiento- no puede ser atacado "in abstracto" como pasible de la tutela, pues ello implicaría que toda vinculación de una persona al servicio militar sería inconstitucional. Y es evidente que, si la autoridad militar correspondiente ignora, en el momento de actuar, la existencia de los hechos que en un caso específico llevarían a exonerar a una persona de la obligación general prevista en la Carta por no haber sido expuestos aquellos con toda claridad y con las pruebas pertinentes, mal puede acudirse después a la acción de tutela sobre la base de una actuación violatoria de derechos fundamentales que no puede existir por falta de información de parte de la agencia estatal competente”[[3]](#footnote-3).

En el caso *sub lite*, no existe evidencia de que el señor … haya presentado petición alguna sobre el particular, ni en el momento del reclutamiento, ni a la Unidad Militar en la que se encuentra, o que la Personera del municipio de Falan lo haya realizado en su nombre y que esta haya sido negada por las entidades accionadas, vulnerando así los derechos fundamentales del accionante. Por el contrario, encuentra la Sala que entre la fecha del reclutamiento y la fecha de la presentación de la tutela tan solo transcurrieron 2 días, lo que pone en evidencia la omisión de cualquier trámite administrativo previo, acudiéndose de esta forma de manera directa a la tutela, lo que conlleva a que esta se torne improcedente.”.

Otro tanto acontece en el presente asunto, pues al día siguiente en que se produjo el alistamiento, se presentó este libelo, tal como se da cuenta en el mismo, y no se tiene conocimiento de que a alguna de las entidades a las que se demanda, o incluso a la vinculada, se les hubiese solicitado previamente aplicar a Diego Alejandro Aragón López, exención alguna y, por consiguiente, solo cuando ello ocurra y se le niegue de manera injustificada su requerimiento, podrá sostenerse que quien lo tiene acuartelado en el momento le ha vulnerado sus derechos fundamentales. Si así no ocurre, se repite, no puede el juez constitucional desplazar a la autoridad castrense en la labor que la Ley le ha asignado.

Esto, aunque en la demanda se afirma que ya había un concepto desfavorable del médico sobre la aptitud de Diego Alejandro, para cumplir el mandato legal, que, dice su agente, fue rasgado. Aún si ello se tuviera por cierto con el solo silencio de las entidades, pues no existe ningún rastro probatorio, lo apropiado, antes de acudir a esta excepcional vía, era haber solicitado la explicación pertinente e insistir en el desacuartelamiento, que es lo que hasta ahora falta por hacer, tanto más si se tiene en cuenta que de acuerdo con los artículo 15 a 18 de la citada Ley 43, son tres las valoraciones a las que puede ser sometido. Es más, la última de ellas, aún es viable, en vista de que fue incorporado el 1° de septiembre, es decir que no han pasado los 90 días allí referidos.

Por tanto, la protección será negada, por no hallarse, en el estado actual de cosas, violación alguna por parte de quienes se han citado en el extremo pasivo dentro de esta acción, sin perjuicio de que si, surtido el aludido trámite, se dan las condiciones establecidas para ello, pueda intentarse nuevamente la acción.

**DECISIÓN**

Por 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, **NIEGA** la protección invocada por Diego Aragón Ospina, en calidad de agente oficioso de **Diego Alejandro Aragón López,** contra el **Ejército Nacional**, el **Distrito Militar No. 22** y el **Batallón de Artillería No. 8 “Batalla de San Mateo”**, a la que fue vinculada la **Vigésima Segunda Brigada de Selva** con sede en San José del Guaviare.

Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

Si no es impugnada, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

 A su regreso, sin no es objeto de alzada, ni de escrutinio por parte de esa alta Corporación, archívese el expediente sin trámites adicionales.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO.**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

En uso de permiso

1. CSJ, SCC, sentencia del 27 de noviembre de 2013, expediente 0500122030002013-01001-01; MP Fernando Giraldo Gutiérrez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Esta cuestión, deja de lado lo pedido de la defensora pública que suscribió la demanda como coadyuvante en el auto por medio del cual se dio impulso a la acción. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-299 de 1993. [↑](#footnote-ref-3)