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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: DERECHO DE PETICIÓN / SERVICIO MILITAR / DESACUARTELAMIENTO / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / OBLIGACIÓN DE SOLICITARLO PREVIAMENTE A LA AUTORIDAD CASTRENSE / SE DENIEGA EL AMPARO.**

Bien se sabe que para la procedencia de la acción de tutela es menester que el interesado haya acudido de manera previa a la autoridad que supuestamente viola sus derechos fundamentales en aras de que se pronuncie sobre esa cuestión, ya que de lo contrario utilizaría el amparo como medio principal de defensa, a pesar de que se trata de uno de carácter subsidiario.

En el caso particular, tal como lo concluyó el funcionario de primera sede, no se evidencia que la accionante o el señor Maycol Andrés Gómez Buitrago hayan formulado solicitud formal alguna para obtener el desacuartelamiento que aquella procura por este medio, con incorporación de las pruebas que acrediten las causales de existencia de unión marital de hecho y objeción de conciencia. (…)

Así lo ha explicado la jurisprudencia en caso similar al presente:

“4. Depurado lo anterior, encuentra la Sala que la protección reclamada no puede encontrar resguardo mediante este mecanismo dado el temperamento residual y subsidiario que detenta la presente acción, el que implica que quien acude a este medio de resguardo debe recorrer y extinguir primero las vías naturales que se imponen para cada tipo de pretensión, y ello ante los funcionarios competentes”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA No. 1 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES**

 Magistrada Ponente: Adriana Patricia Díaz Ramírez

 Pereira, catorce (14) abril de dos mil veintiuno (2021)

 Acta No. 156 del 14 de abril de 2021

 Fallo ST2-0102-2021

 Expediente No. 66001-31-18-001-2021-00012-01

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, el 25 de febrero de este año, en la acción de tutela instaurada por la señora María José Duque Velásquez, en nombre propio y en el de Maycol Andrés Gómez Buitrago, frente al Distrito Militar No. 22, trámite al que fueron vinculados la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional y los Comandos del Ejército Nacional, de la Octava Brigada del Ejército y del Batallón de Artillería No. 8.

**ANTECEDENTES**

1. Narró la promotora de la acción constitucional los hechos que admiten el siguiente compendio:

1.1 Se conoció con Maycol Andrés Gómez Buitrago desde hace aproximadamente cuatro años, hace tres iniciaron relación de noviazgo y para el mes de agosto de 2018 empezaron a convivir bajo el mismo techo.

1.2 Tienen por propósito contraer nupcias, bajo el rito católico, para el cual tienen programada celebración matrimonial para el 10 de abril de este año.

1.3 El señor Gómez Buitrago se encuentra trabajando al servicio de la sociedad Atento Colombia S.A. desde el 18 de enero de este año; vínculo laboral del cual se desprende el ingreso para el sostenimiento del hogar.

1.4 El 5 de febrero pasado, el mencionado señor compareció al Distrito Militar No. 22, de conformidad con boleta de citación entregada por miembro del Ejército quien le indicó que su no presentación acarrearía sanciones.

1.6 Previamente su compañero se había comunicado con el número telefónico que constaba en la boleta de citación, en el que le informaron que si “tenía alguna causal de excepción la llevara”, mas se dejó de indicarle cuáles eran esas, ni como se acreditaban. Se presentó entonces con los documentos que consideraba necesarios y luego de aportarlos fue sometido a pruebas psicofísicas y de inmediato fue privado “de la libertad” sin brindarle la posibilidad de asesorarse ni de pagar la cuota de compensación militar.

1.7 La separación entre ambos no solo los ha perjudicado afectivamente, sino también económicamente pues aquel es el encargado de aportar los ingresos del hogar.

1.9 Cuando su compañero permanente, que no estaba enterado de que la unión marital de hecho constituía causal eximente de servicio militar, indicó ese estado civil ante la autoridad, le comunicaron que debía allegar la escritura pública que declarase ese vínculo.

1.10 También alegó tener objeción de consciencia, pero le indicaron que se abstuviera de hacerlo pues si se “pusiera de rebelde… lo sacan de Pereira y la manda (sic) a prestar servicio militar a Popayán”.

1.11 Por tanto el Ejército indujo a error a su compañero permanente sobre la forma como podía alegar tales causales.

2. Pretende se protejan los derechos al mínimo vital, la familia, la vida digna la libertad de conciencia y creencias y el debido proceso, y en consecuencia se ordene a la demandada desacuartelar a su compañero permanente de manera inmediata[[1]](#footnote-1).

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Por auto del 12 de febrero pasado se admitió la acción de tutela y se ordenó vincular a la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional y a los Comandos del Ejército Nacional, de la Octava Brigada del Ejército y del Batallón de Artillería No. 8.

2. La demandada y los vinculados guardaron silencio.

3. La instancia se definió por medio de sentencia de 25 de febrero del año en curso, en la cual se negó el amparo invocado con sustento en que al momento en que el señor Maycol Andrés Gómez Buitrago fue reclutado ningún documento presentó para acreditar la unión marital de hecho a que se hace referencia en los hechos de la demanda, a lo cual ha debido proceder pues días atrás había sido citado para definir su situación militar y si en gracia de discusión se aceptara que el mencionado señor y su familia desconocían dicha causal de exención, esto no obsta para que pudiera presentar aquellos soportes con posterioridad, empero a acudió de manera directa a la acción de tutela. De igual forma ocurre con la figura de la objeción de conciencia pues tampoco se han radicado ante la entidad competente los soportes que la acrediten. De otro lado no existe prueba alguna que demuestre que la parte actora fue inducida a error por las autoridades militares. Para finalizar indicó que la presentación a filas no constituye privación alguna de la libertad[[2]](#footnote-2).

4. Contra esa providencia la accionante formuló impugnación. Adujo: a) la Ley 48 de 1993, en que se sustenta el fallo de primera instancia, se encuentra derogada; b) no se tuvo en cuenta en dicha decisión el silencio guardado por la entidad accionada; c) se omitió valorar las pruebas aportadas en la demanda, así fuera de manera sumaria; d) la prestación del servicio militar no puede prevalecer frente a la garantía de los derechos fundamentales; e) la libreta militar no constituye requisito para acceder a empleos, salvo en algunos cargos públicos; f) la entidad demandada no informó sobre la posibilidad de demostrar la unión marital de hecho dentro de los quince días siguientes al reclutamiento. Aún así cuando su compañero permanente manifestó que tenía un vínculo de ese tipo, le pudieron haber dicho que “llevara una declaración extrajuicio… que acredite dicha unión… o de no servir la declaración extrajuicio, pues permitirle ir a la notaría a elevar a escritura pública dicha unión marital de hecho y a partir de allí darle un término para que se presente al DISTRITO MILITAR y continuar con su proceso… puesto que inmediato al reclutamiento se le puso de presente que evitara todo movimiento con el que intentara excepcionarse de prestar servicio militar y en caso que no hiciera caso a sus órdenes (como se manifiesta en los hechos) se lo llevarían para POPAYÁN”; g) a pesar de haber promovido la acción de tutela, ella decidió comparecer al Distrito Militar para presentar la declaración extrajuicio correspondiente, mas allí le informaron que por el hecho de que su compañero permanente es “técnico ya debe saber de leyes… además aduce que él debió asesorarse (quizás pagar abogado) antes de ir al batallón, cuando siempre se ha dicho que si uno tiene una duda, puede acercarse al distrito militar para resolver dichas dudas; es que es muy simple, el hecho que mi compañero permanente no haya ido con la documentación completa ese día al distrito militar, no debe de recaer sobre él la sanción de negársele la excepción”. También le informaron que “dicha declaración extra juicio que yo le llevé no sirve para nada”, tal como consta en la grabación que hizo en la que además queda en evidencia que “por el hecho de presentar la acción de tutela, ya no lo va a trasladar para ARMENIA si no que se lo va a llevar para el PUTUMAYO” y se hacen otra clase de intimidaciones, es decir que “Nunca se le dio la oportunidad de probar dicha excepción” y h) la existencia de unión marital de hecho no depende de la declaratoria por medio de escritura pública, ya que este documento solo la prueba.

Solicita se revoque el fallo de primera instancia, se acceda a las pretensiones de la demanda y se establezca que por el hecho del reclutamiento, a pesar de la existencia de una exención, se lesionó el derecho al debido proceso[[3]](#footnote-3).

**CONSIDERACIONES**

1. La acción de tutela, de que trata el artículo 86 de la Constitución Nacional, concede a las personas la posibilidad de reclamar la protección de sus derechos fundamentales, por intermedio de un procedimiento breve y sumario, cuando esas garantías resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de entidades públicas o privadas, esto último en casos específicos.

2. Corresponde a esta Sala definir, como problema jurídico, si procede la acción de tutela para ordenar el desacuartelamiento del señor Maycol Andrés Gómez Buitrago, reclutado, según se dice en la demanda, a pesar de existir causales que lo eximen de la prestación del servicio militar. Superado dicho estudio de procedibilidad se analizará si en tal actuación se incurrió en lesión de los derechos fundamentales invocados.

3. Previo a resolver lo anterior, es preciso indicar que la señora María José Duque Velásquez se encuentra legitimada en la causa por activa ya que según la demanda entre ella y Maycol Andrés Gómez Buitrago existe una unión marital de hecho, para lo cual se aportó sumariamente declaración extrajuicio en la que dos testigos afirman que viven en “unión libre” desde hace más de dos años[[4]](#footnote-4), y aquel es el encargado de proveer los ingresos necesarios para sostener el hogar que componen, de lo cual surge que la demandante podría ver afectado su derecho al mínimo vital, con la decisión de incorporar al servicio militar a su pareja, de conformidad con lo que al respecto ha considerado la jurisprudencia constitucional[[5]](#footnote-5).

De igual manera, se encuentran legitimado en la causa por pasiva el Distrito Militar No. 22, como entidad encargada de reclutar al mencionado señor y de eventualmente definir su situación militar.

4. Bien se sabe que para la procedencia de la acción de tutela es menester que el interesado haya acudido de manera previa a la autoridad que supuestamente viola sus derechos fundamentales en aras de que se pronuncie sobre esa cuestión, ya que de lo contrario utilizaría el amparo como medio principal de defensa, a pesar de que se trata de uno de carácter subsidiario.

En el caso particular, tal como lo concluyó el funcionario de primera sede, no se evidencia que la accionante o el señor Maycol Andrés Gómez Buitrago hayan formulado solicitud formal alguna para obtener el desacuartelamiento que aquella procura por este medio, con incorporación de las pruebas que acrediten las causales de existencia de unión marital de hecho y objeción de conciencia.

Es decir que se ejerció la tutela, sin antes surtir el trámite ordinario, situación que configura la aludida causal de improcedencia.

Así lo ha explicado la jurisprudencia en caso similar al presente:

*“4. Depurado lo anterior, encuentra la Sala que la protección reclamada no puede encontrar resguardo mediante este mecanismo dado el temperamento residual y subsidiario que detenta la presente acción, el que implica que quien acude a este medio de resguardo debe recorrer y extinguir primero las vías naturales que se imponen para cada tipo de pretensión, y ello ante los funcionarios competentes.*

*Al respecto ha manifestado la Corte que:*

*«este medio de resguardo no fue establecido para sustituir o desplazar las competencias propias de las autoridades judiciales o administrativas, ni para anticipar las decisiones de determinado asunto sometido a su consideración, pretextando la supuesta violación de derechos fundamentales. Mientras las personas tengan a su alcance otros medios defensivos o los mismos estén siguiendo su curso normal, no es dable acudir a este mecanismo de protección, ya que no fue instituido para alternar con las herramientas de defensa judicial que el ordenamiento jurídico ha contemplado, sino cuando carezca de éstas» (CSJ STC, 28 Oct. 2011, rad. 00312-01).*

*5. Así las cosas, se indica que la agente oficiosa no acreditó que tal pedimento lo hubiesen elevado ella o su hijo previamente ante el organismo acusado, infiriéndose entonces que dicha pretensión fue planteada de manera directa ante este excepcional escenario constitucional, cuando tal formulación pudo hacerse, anticipadamente ante la dirección correspondiente del Ejército, con miras a que este se pronunciara al respecto y así se conociera su postura sobre el particular.*

*Sobre el tema, la Sala en un caso de similar temperamento como el que aquí se estudia, sostuvo:*

*De los elementos de convicción obrantes en el expediente, se concluye la improcedencia del resguardo impetrado, comoquiera que el gestor no demostró que hubiese acudido a exponer ante la entidad castrense que su hijo se encontraba dentro de una de las causales eximentes de la prestación del servicio militar, y que se hubieren denegado sus aspiraciones.*

*(…)*

*Ciertamente, no se observa que la entidad accionada tenga conocimiento de la condición de hijo único que el actor dice que ostenta su descendiente, ni que haya solicitado su desacuartelamiento y la expedición de su libreta militar, y en esa medida, no se abre paso la protección constitucional.*

*(…)*

*[S]i no se ha realizado la solicitud a la autoridad correspondiente, la acción de tutela no está llamada a prosperar, pues la acción de tutela no se instituyó para inmiscuirse en las actuaciones a cargo de las otras autoridades, ni de los particulares, sino para impedir o desterrar las acciones u omisiones que causen quebranto en los derechos básicos, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (CSJ, STC, 30 Ene. 2013, rad, n° 2012-00275-01, reiterada en CSJ STC12536-2015 sep. 16 de 2015, rad. 2015-01843-01).” [[6]](#footnote-6)*

En este punto es válido indicar que a lo largo del proceso la parte actora ha alegado diversas situaciones sobre el supuesto cumplimiento de esa carga, a saber: a) indicó que al momento en que Maycol Andrés Gómez Buitrago se comunicó vía telefónica para conocer los soportes que debía aportar para la citación militar, no le suministraron mayor asesoría sobre lo relativo a las causales eximentes del servicio castrense; b) el día de su incorporación él puso en conocimiento su estado civil, mas se limitaron a indicarle que debía allegar la escritura pública que demostrara la unión marital de hecho, sin concederle un término proporcional para cumplir ese requisito antes del alistamiento y c) aunque ella, luego de la formulación de la tutela, pretendió presentar ante la autoridad castrense la citada declaración extrajuicio sobre la unión marital de hecho, allí le informaron que dicha situación ha debido ser alegada con anterioridad por el conscripto y que de todas formas dicho documento “no sirve para nada”. Todo lo anterior para concluir que nunca se brindó la posibilidad de argüir tal causal.

Sin embargo, para este Tribunal tales circunstancias no justifican conceder el amparo, primero porque queda claro que hasta la fecha no se ha formulado petición formal con contenido de las pruebas que sustentaran aquella causal de exención del servicio militar y segundo porque si, al margen de lo anterior, se alega un actuar sistemático por parte de la demandada que impidió tal presentación, lo procedente ha debido ser agotar el trámite establecido en el artículo 23 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que faculta a los funcionarios del Ministerio Público en general para prestar asistencia inmediata a toda persona que la requiera a efecto de garantizar su derecho a presentar peticiones respetuosas, intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles el cumplimiento de sus deberes legales y recibir, en sustitución de tales autoridades, las solicitudes que estas se abstengan a hacerlo.

Sobre esto último la Sala ha explicado[[7]](#footnote-7):

*“Sin embargo, no acreditó que efectivamente hubiese acudido a la referida entidad a solicitar lo que pretende se ha (sic) reconocido por este medio.*

*...*

*4.- De todas formas, así se hubiese demostrado que alguno de los funcionarios de la entidad demandada se hubiera negado a recibir la petición a que alude la actora en los hechos de la demanda, el amparo resultaría improcedente.*

*En efecto, una de las características de la acción de tutela es la de constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, en virtud a que solo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa judicial, o cuando aún existiendo, la tutela es usada como mecanismo transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual sus efectos son temporales y quedan supeditados a lo que resuelva de fondo la autoridad competente. Por esa razón, el artículo 6º, numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala como causal de improcedente de la tutela, la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial.*

*Resultaría entonces menester determinar si la demandante hizo uso de los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para hacer valer los derechos fundamentales que considera vulnerados, porque la subsidiaridad propia de la tutela no permite emplearla para como mecanismo principal de protección.*

*El artículo 23 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[8]](#footnote-8), dice: “Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los personeros distritales y municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación”.*

*Como ya se ha expresado, encuentra la demandante el origen de la lesión a los derechos cuya protección invoca, en la circunstancia de no haber logrado que Colpensiones le recibiera un escrito con el que pretendía se reconocieran las incapacidades laborales expedidas por su médico tratante, pero tampoco acreditó que hubiese acudido ante alguno de los funcionarios citados por la disposición que se acaba de transcribir para que allí lo hicieran y constataran que le darían trámite.*

*En consecuencia, como no es posible acudir a la tutela como mecanismo principal de defensa judicial, ni resulta posible emplearla como medio alternativo de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para obtener protección a un derecho, ni para reemplazarlos, el amparo, si se aceptara que Colpensiones efectivamente se negó a recibir la solicitud, resultaba improcedente. Así se pronunció ya esta Sala en asunto que guarda similitud con el que ahora se resuelve [[9]](#footnote-9).”*

En conclusión, el amparo es improcedente porque no se aportó prueba de la radicación de aquella petición y porque, si en el eventual caso de que la demandada hubiere obstaculizado esa presentación, de todas formas la parte actora tiene a disposición aquel procedimiento para obtener se dé trámite a la solicitud de desacuartelamiento en virtud de las citadas causales, como mecanismo de defensa judicial idóneo para esos efectos, en el cual, además, se podrá alegar lo relativo a los presuntos constreñimientos realizados desde la autoridad castrense para evitar se formule tal petición.

7. En conclusión, se confirmará el fallo que se revisa pues en efecto el amparo resulta improcedente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala No. 1 de Asuntos Penales para Adolescentes,

**RESUELVE**

**PRIMERO**: Confirmarla sentencia proferida porel Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, el 25 de febrero de este año, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora María José Duque Velásquez contra el Distrito Militar No. 22 de esta ciudad.

**SEGUNDO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

 **ADRIANA PATRICIA DÍAZ RAMÍREZ**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

1. Folios 4 a 11 del documento 1 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 56 a 67 del documento 1 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 69 a 77 del documento 1 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 18 del documento 1 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-4)
5. En sentencia T-087 de 2015 se expresó: “… la señora Leidy Yeraldin Lozano Calderón sí está legitimada para presentar la acción de tutela de la referencia, pues tal y como lo ha manifestado esta Corporación en reiterada jurisprudencia la compañera permanente también está viendo afectados sus derechos fundamentales y los de sus hijos menores de edad con la decisión de incorporar al servicio militar a su compañero, quien es el padre de sus hijos y el que satisface económicamente su familia.” [↑](#footnote-ref-5)
6. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sentencia STC2849 del 1° de marzo de 2018, radicado No. 54001°22－13－000－2017－00418－01 M.P. Margarita Cabello Blanco [↑](#footnote-ref-6)
7. Fallo de tutela del 7 de octubre de 2015, expediente No. 66001-31-18-002-2015-00282-01, M.P. Claudia María Arcila Ríos, pronunciamiento reiterado en sentencia ST2-00076-2021 del 24 marzo de 2021, Expediente No. 66001-31-03-004-2021-00014-01, M.P. la suscrita sustanciadora [↑](#footnote-ref-7)
8. Que hace parte de la ley 1755 de 2015 que sustituyó las normas relacionadas con el derecho de petición en ese Código. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver sentencia del 12 de diciembre de 2012, expediente 66001-31-10-002-2012-00610-01 [↑](#footnote-ref-9)