



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-**

Bogotá D.C, seis (06) de mayo de dos mil veinte (2020)

RADICACION	110013337042-2020-00070-00
DEMANDANTE:	CARLOS EDUARDO DUQUE PEÑA
DEMANDADO:	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - DIRECTOR DE RECLUTAMIENTO - COMANDANTE DISTRITO MILITAR NO. 31
ACCIÓN:	TUTELA
DERECHOS:	IGUALDAD- EDUCACIÓN – DIGNIDAD HUMANA

1. ASUNTO POR RESOLVER

Agotado el trámite establecido para el mecanismo de protección de los derechos fundamentales en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a emitir fallo de tutela dentro del proceso en referencia.

2. LA ACCIÓN

El señor CARLOS EDUARDO DUQUE PEÑA por intermedio de apoderado, formuló acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - Director de Reclutamiento - Comandante Distrito Militar No. 31, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, educación y dignidad humana por cuanto considera que le asiste derecho a prestar su servicio militar como bachiller.

3. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 24 de abril de 2020 se admitió la tutela, y fue notificada a las partes el mismo día.

4. CONTESTACIONES

El Comandante del Distrito Militar N° 31. En su contestación manifiesta que de conformidad con la Ley 1861 de 2017 (Art 13) el conscripto obligado a prestar el servicio por doce meses puede solicitar el cambio a los contingentes de 18. Una vez incorporado

los batallones asumen su cuidado, de manera que el Distrito Militar, por si solo, no tiene competencia para ordenar el desacuartelamiento.

COREC – Comandante de reclutamiento y control reservas. En su contestación manifestó que de conformidad con la Ley 1861 de 2017 el servicio militar tiene una duración de 18 meses, con excepción de los bachilleres que son incorporados por un término de 12 meses, pero que no pueden acceder a una formación laboral productiva. Ahora bien, los conscriptos incorporados a contingentes de 12 meses pueden solicitar el cambio a uno de 18 meses y acceder a los beneficios de formación. Anexa carta del accionante solicitando la prestación del servicio militar en un contingente de 18 meses y que se le permita participar en un proyecto productivo.

5. PROBLEMA JURÍDICO

¿La entidad accionada ha vulnerado derechos fundamentales del soldado CARLOS EDUARDO DUQUE PEÑA al negarle las solicitudes de retracto de su decisión de prestar el servicio militar en un contingente de 18 meses y de ser trasladado a uno de 12 meses por su condición de bachiller?

Tesis del accionante: Se vulnera el derecho fundamental a la igualdad, debido proceso al negarle la oportunidad de prestar el servicio militar en la modalidad que le es más favorable conforme su formación de bachiller.

Tesis de la entidad accionada: El accionante voluntariamente solicitó su incorporación en un contingente de 18 meses para recibir formación en un proceso productivo, de manera que no es posible su cambio.

Tesis del Despacho. De conformidad con la línea jurisprudencial, la reglamentación sobre incorporación al servicio militar en modo alguno consagra la pérdida de derechos, ni la prohibición de retracto sobre condiciones iniciales de incorporación.

6. ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

6.1. EL MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

“ARTICULO 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. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato

cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

“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 resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto (...)”

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”

6.2. LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la “acción u omisión” de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa,

por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

4.1. SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

La prestación del servicio militar en Colombia es un deber constitucional establecido en el artículo 216 de la Constitución Política, que preceptúa que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas así lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

En desarrollo de ese precepto, se expidió la Ley 48 de 1993, la cual en sus artículos 13 y 14 dispuso:

“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.*

PARÁGRAFO 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.” (Subrayado fuera de texto)

“ARTICULO 14. Inscripción. Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con el aparte normativo pre-transcrito la prestación del servicio militar en Colombia es para todo varón colombiano, quien está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes deberán definirla cuando obtengan su título de bachiller. Cuando el hombre colombiano llegue a la mayoría de edad sin que haya dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad militar podrá compelerlo.

Al respecto, la H. Corte Constitucional, en sentencia T - 218 de 2010, precisó:

“(...) En cuanto deber constitucional que es, el servicio militar no supone la desprotección de quien se encuentra obligado a prestarlo ni supone un obstáculo para su desarrollo, sino que resulta ser una limitación del orden jurídico que no implica una restricción abusiva de los derechos ciudadanos. Ciertamente, la Constitución no consagra solamente derechos, sino que, también, señala deberes y obligaciones derivados de los principios fundamentales de la solidaridad y la reciprocidad social, que imponen ciertas cargas a sus titulares con el fin de alcanzar los cometidos sociales, dentro de los cuales se encuentra el servicio militar obligatorio (...).

3.5. Con relación a los soldados bachilleres, se tiene que el artículo 13 de la Ley 48 de 1993, los reconoce como una modalidad de prestación del servicio militar, distinta y especial de las demás previstas para atender la obligación del servicio militar obligatorio, tales como soldado regular, soldado campesino o auxiliar de policía bachiller. Adicionalmente, pone de relieve la necesidad de que sean instruidos y se dediquen a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y, en especial, a tareas dirigidas a la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

*Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente 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 (...)*

En ese sentido, el que no se imponga a los bachilleres un plazo mayor a los 12 meses, obedece a la protección que de otras manifestaciones del servicio se establecen como deber en el artículo 95 de la Constitución Política, de suerte que, quienes habiendo superado niveles de injusticia en el acceso a la educación, puedan desempeñar labores asimilables a su grado de instrucción. Es por ese motivo que se encuentran destinados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad, preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

Lo anterior, entre otras razones, por cuanto esta Corte ha llegado a concluir, que aquellos que son incorporados al servicio militar en la modalidad de soldados bachilleres e, incluso, aquellos reclutados como soldados campesinos, si bien están obligados a tomar las armas y reciben para ello una formación mínima, su preparación y adiestramiento en el aspecto militar y de defensa personal no alcanza niveles evidentes de proporcionalidad frente al peligro que afrontan, por razón del corto tiempo de servicio o la configuración física del conscripto (...).

4. Del Debido Proceso Administrativo

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, actuando como juez Constitucional, ha insistido en que en los procesos de incorporación de soldados deben observar las garantías al debido proceso, entre las cuales se encuentra la modalidad en que debe atender la prestación al servicio militar.

*(...) los trámites que efectúen las autoridades militares de reclutamiento **deben observar el respeto por el debido proceso y por 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.*

Ahora bien, de conformidad con el estudio normativo que obra en párrafos anteriores, el servicio militar tendrá una duración de 12 a 24 meses, tiempos que dependen de la modalidad de servicio prestado, es decir, como soldado regular (12 a 24 meses), soldado bachiller (12 meses), auxiliar de policía bachiller (12 meses) o soldado campesino (12 hasta 18 meses). De manera que resulta palmario la verificación del debido proceso en los procesos de incorporación.

De la jurisprudencia transcrita se advierte que los soldados bachilleres (auxiliares bachilleres) son una modalidad de prestación del servicio militar distinta y especial de las demás previstas para atender la obligación del servicio militar obligatorio, en virtud de la cual, los conscriptos deben ser instruidos y dedicarse a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y, en especial, a tareas dirigidas a la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

CASO CONCRETO.

El accionante CARLOS EDUARDO DUQUE PEÑA considera vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, educación y dignidad por cuanto considera que se encuentra prestando dicha obligación en una modalidad distinta, pues se encuentra incorporado como soldado regular (18 meses) cuando le asiste el derecho a presentarlo como bachiller (12 meses).

Sea lo primero, señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha amparado derechos fundamentales de personas que han acreditado su condición de bachiller, y aun así, fueron incorporados en la modalidad de soldados regulares, existiendo una línea jurisprudencial uniforme en cuanto que tal comportamiento afecta derechos fundamentales.

Sobre el Derecho a retracto.

El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional al contestar la tutela, manifiesta que el accionante se incorporó de manera voluntaria, firmó un documento con el cual el ciudadano

expresó su consentimiento para presentar el servicio militar en la modalidad de soldado regular, frente a lo cual no existe posibilidad de retracto.

En la contestación de la tutela, la entidad expresó esta circunstancia de la siguiente manera:

De la solicitud elevada por el accionante en derecho de petición, vale la pena exponer lo dispuesto por la Ley 1861 de 2017 'Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización' en su título II "DE LA SITUACION MILITAR" capítulo I 'SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO artículo 13. "DURACIÓN SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. El servicio militar obligatorio tendrá una duración de dieciocho (18) meses y comprenderá las siguientes etapas, a) Formación militar básica; b) Formación laboral productiva; c) Aplicación práctica y experiencia de la formación militar básica, d) Descansos. PARÁGRAFO 1o. El servicio militar obligatorio para bachilleres mantendrá el período de doce (12) meses. Los conscriptos bajo esta modalidad de servicio no podrán acceder a la formación laboral productiva. (...) PARÁGRAFO 4o. El conscripto obligado a prestar servicio militar por doce (12) meses podrá solicitar el cambio a los contingentes incorporados por un término de servicio militar de dieciocho (18) meses, obteniendo los beneficios de estos. Los ciudadanos incorporados para la prestación del servicio militar a dieciocho (18) meses no podrán solicitar el cambio a los contingentes incorporados para un término de servicio militar de doce (12) meses". Negrilla y subrayado intencional.

Del inciso final se deduce lógicamente que en el momento que el accionante fue incorporado para prestar el servicio militar en un contingente de 18 meses, no puede solicitar cambio de contingente de 12 meses.

Revisado el material probatorio allegado con la contestación, se advierte que en efecto el Ejército Nacional adjuntó un documento en el cual se enlistan las causales de exoneración del servicio militar como bachiller, y el accionante firmó expresando su consentimiento, y una documento donde el accionante expresa su voluntad de prestar el servicio militar en la modalidad de 18 meses.

Sin embargo, aun cuando dicho documento expresa la voluntad del ciudadano de incorporarse a filas en un contingente de 18 meses, se ha establecido jurisprudencialmente la posibilidad de retracto, cuando mejor informado la persona advierte que puede cumplir la obligación militar en una modalidad que le es más favorable.

En un caso similar, relacionado con la modalidad de prestación del servicio militar a la cual accedió el accionante y el periodo de tiempo que la misma conlleva, el H. Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

"La condición de Bachiller del actor de conformidad con lo dispuesto en la Ley 48 de 1993 y en concordancia con el Decreto 2853 de 1991, se debe reconocer tal calidad al tutelante, pese a que en el proceso de inscripción se hubiere adelantado como Auxiliar de Policía, 'por cuanto la normatividad expuesta arriba en modo alguno consagra la pérdida de derechos por la renuncia expresa a ellos ni la prohibición de retracto sobre condiciones iniciales de incorporación que desbordan las mínimas

legales exigidas para el caso de los bachilleres’’

En ese contexto, la calidad de bachiller debe ser tenida en cuenta frente a quien preste el servicio militar, pese a que en el proceso de inscripción se hubiere adelantado como soldado regular, puesto que la normatividad que regula la materia no consagra la renuncia de los derechos ni la incapacidad de retractarse frente a las condiciones iniciales de la incorporación como lo señaló la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo actuando como juez constitucional.

El señor CARLOS EDUARDO DUQUE PEÑA, allega con el escrito de tutela copia de su diploma de bachiller.



Asimismo, allegó el acta de grado que lo acredita como Bachiller, lo que según las leyes Colombianas le otorga la prerrogativa de prestar el servicio militar en una modalidad más favorable

La vinculación de un ciudadano a prestar el servicio militar obligatorio en una modalidad distinta a la que le corresponde es atentatoria a derechos fundamentales, así lo ha expresado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un caso similar:

En tales condiciones, considera la Sala que en el presente asunto se han vulnerado los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, como quiera que fue incorporado en la modalidad de auxiliar de policía regular y no en la de auxiliar bachiller, teniendo la calidad de bachiller académico, de manera que el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio establecido por el artículo 13 de la Ley 48 de 1993 es de doce (12) meses y no puede la Policía Nacional modificar el tiempo y la modalidad de prestación del servicio a su arbitrio que obedecen a las condiciones de los jóvenes, como la de ser o no bachiller, por lo que la Policía Nacional no puede desconocer esa condición para incorporarle en las filas en una modalidad distinta sobre la base de una renuncia a sus derechos, máxime cuando la ley no establece de manera expresa dicha posibilidad.

Por lo expuesto se concluye que la Policía Nacional no dio cumplimiento a los preceptos legales señalados anteriormente referentes a la prestación del servicio militar obligatorio en consecuencia debió aplicarle al actor la modalidad de auxiliar bachiller de policía y no la de auxiliar de policía regular, ya que el actor ostentaba la calidad de bachiller.

En el caso sub examine, el accionante demostró su condición de bachiller, y con ello la posibilidad de prestar el servicio militar en condiciones más favorables, de manera que se amparará sus derechos fundamentales. Valga precisar que el tiempo de servicio militar prestado por el accionante como soldado regular hasta que se realice el traslado, se debe tener en cuenta para contabilizar el termino de prestación de servicio como soldado bachiller.

Finalmente, en relación con lo dispuesto en el Decreto 541 del 13 de abril de 2020, por el cual se adoptan medidas especiales en el sector defensa, y se ordenó prorrogar el servicio militar obligatorio hasta por el termino de tres meses contados a partir de la fecha prevista para el licenciamiento, - por motivo de la pandemia Covid 19-, se precisa que para el accionante dicha prorroga aplica con respecto a un servicio militar de 12 meses.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. - CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO e IGUALDAD del señor CARLOS EDUARDO DUQUE PEÑA identificado con la C.C. 1.033.919.991, vulnerado por el Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional al negar la solicitud de retracto de su decisión prestar el servicio militar como soldado regular, y en su lugar cumplir este deber en una modalidad de 12 meses, beneficio al que le asiste derecho dada su dignidad de Bachiller, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - ORDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, disponga lo necesario para que el accionante pueda prestar el servicio bajo la

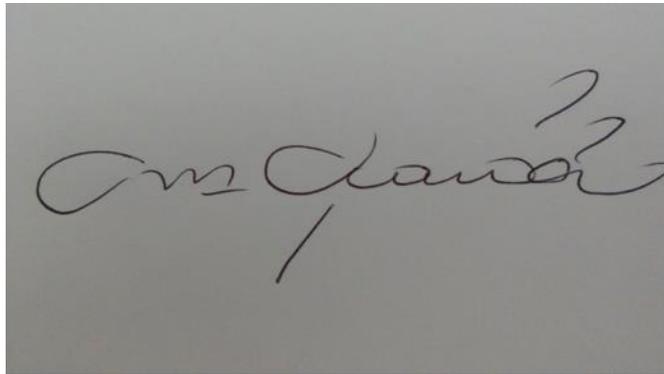
modalidad de bachiller, lo que implica su traslado a un contingente en el que se preste el servicio por 12 meses. Se deberán realizar las gestiones administrativas y logísticas para disponer dicho traslado. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO. -NOTIFICAR por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. - ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. - ADVERTIR a las partes que este fallo puede ser impugnado, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A rectangular box containing a handwritten signature in black ink. The signature is cursive and appears to read 'Ana Elsa Agudelo Arevalo'.

**ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ**