

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SESENTA Y SEIS (66) ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ, D.C.
SECCIÓN TERCERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTES:	YORCELYS MOYA CADENA en representación de su menor hija VALERY LUCIA MORENO MOYA. MARIA DEL CARMEN TORREJANO BAENA en representación de sus menores hijos MATIAS MORENO TORREJANO y NICOL NAOMI MORENO TORREJANO
DEMANDADO:	EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA – DISTRITO MILITAR N°4- COMANDO DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL
ACCIÓN:	TUTELA

Decide el Despacho la acción de tutela presentada por Yorcelys Moya Cadena en representación de su menor hija Valery Lucia Moreno Moya y María Del Carmen Torrejano Baena en representación de sus menores hijos Matias Moreno Torrejano y Nicol Naomi Moreno Torrejano, en contra del Ejército Nacional – Distrito Militar No.4 y el Comando de Personal del Ejército Nacional, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, a la Unidad y Protección de la Familia, derechos de los Niños y la Dignidad humana, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Petición de amparo constitucional.

Mediante escrito presentado por los accionantes, se presentó acción de tutela como mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 constitucional, con el fin de

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

obtener la protección de los derechos fundamentales al Mínimo Vital, a la Unidad y Protección de la Familia, derechos de los Niños y la Dignidad humana en contra del del Ejército Nacional – Distrito Militar No.4 y el Comando de Personal del Ejército Nacional.

Lo anterior, en consideración a que según lo afirma la parte accionante, la entidad accionada desconoció la exoneración de prestación del servicio militar obligatorio de la que era beneficiario el señor Juan Manuel Moreno Moreno, desamparando así a al núcleo familiar que depende económicamente de él.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

“1) Amparar los derechos fundamentales al Mínimo Vital, A la Unidad y Protección de la Familia y los Derechos de los Niños y la Dignidad humana por los planteamientos anteriormente postulados.

2) Se le emita al Distrito Militar N° 4 la aplicación de la exención que le es aplicable al señor Juan Manuel Moreno Moreno.

3) Se ordene el desacuartelamiento del señor Juan Manuel Moreno Moreno conforme a los procedimientos que se tengan en el Ejército Nacional.

4) Que conforme a la presente situación se realice la liquidación de la cuota de compensación militar.”.

La solicitud tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos.

“1. Desde el mes de septiembre del año 2014 el señor Juan Manuel Moreno Moreno identificado con cédula de ciudadanía N° 1.065.994.203 y la señora María del Carmen Torrejano Baena con cedula ciudadanía N° 1.002.421.143 sostuvieron una relación sentimental.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

2. Del fruto de la relación entre estas personas se conciben al niño Matías Moreno Torrejano con fecha de nacimiento del 8 de Julio de 2015 identificado con NUIP 1.050.845.350 y la niña Nicol Naomi Moreno Torrejano con fecha de nacimiento 20 de diciembre de 2017 identificada con NUIP 1.032.508.573. (Como constan en los registros civiles de nacimiento) en ello el señor José Manuel Moreno Moreno los reconoció como progenitor-padre.

3. La relación entre el señor Juan Manuel Moreno Moreno y la señora María del Carmen Torrejano Baena culminó en el mes de mayo del año 2018, momento en el cual el señor Juan Manuel Moreno Moreno en reconocimiento de sus obligaciones como progenitor continuó suministrando una cuota de alimentos para los menores hijos anteriormente mencionados.

4. Para el mes de julio del año 2019 el señor Juan Manuel Moreno Moreno y la señora Yorcelys Moya iniciaron una relación sentimental.

5. Del fruto de la relación entre estas personas se concibe a la niña Valeryn Lucia Moreno Moya con fecha de nacimiento 22 de agosto de 2020 identificada con NUIP 1.025.463.553 (Como consta en el registro civil de nacimiento) en ello el señor José Manuel Moreno Moreno la reconoció como progenitor-padre.

6. A la fecha la señora Yorcely Moreno Moya no labora por lo cual ella y la infanta dependen económicamente del señor Juan Manuel Moreno Moreno, el cual laboraba con un contrato a término fijo de un año en INSTELCOM S.A.S, en cuya empresa se desempeña como auxiliar eléctrico con un tiempo de labor de 3 meses al corte del mes de agosto de 2021.

7. Para la fecha del sábado 21 de agosto de 2021 el señor Juan Manuel Moreno Moreno le es requerido su documento de identidad por soldados del Ejército Nacional de Colombia los cuales le indican que se encontraba en la edad propicia para la presentación del servicio militar obligatorio donde en un primer momento el indica que es padre de tres hijos, en ello es conducido por las unidades del ejército al Distrito Militar N°4 para el inicio del proceso de incorporación.

8. Desde el día 3 de septiembre de 2021 el padre de la señora Yorcelys Moya Cadena entró en la Unidad de Cuidados Intensivos, por lo cual en este momento

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

se encuentra la señora en un estado de conmoción y necesidad económica de su compañero.

9. El día martes 7 de septiembre de 2021 la señora Yorcelys Moya Cadena se presenta en el batallón de artillería N°13 donde allega los registros civiles de nacimiento de los 3 menores, sin tener mayor respuesta al asunto.”

3. Trámite de la solicitud de amparo.

Mediante auto del 10 de septiembre de 2021, el Despacho admitió la acción de tutela y ordenó notificar a la accionada, Ejército Nacional – Distrito Militar No.4 y al Comando de Personal del Ejército Nacional, para que rindiera el informe correspondiente sobre los hechos planteados en el mecanismo de amparo constitucional.

4. Contestación del Ejército Nacional – Distrito Militar No.4 y el Comando de Personal del Ejército Nacional.

La entidad accionada a pesar de haber sido notificada del presente medio de amparo constitucional en debida forma, guardó silencio.

5.Pruebas

Dentro de las pruebas allegadas por las partes, se tienen las siguientes:

De la parte accionante:

- Cedula de Ciudadanía de la señora Yorcelys Moya Cadena.
- Cedula de Ciudadanía del señor Juan Manuel Moreno Moreno.
- Registro Civil de Nacimiento del menor hijo Matías Moreno Torrejano.
- Registro Civil de Nacimiento de la menor hija Nicol Naomi Moreno Torrejano.
- Registro Civil de Nacimiento de la menor hija Valeryn Lucia Moreno Moya.
- Certificado de nacido vivo de la menor hija Valeryn Lucia Moreno Moya emitido por personal del hospital San José.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

6. CONSIDERACIONES

6.1 Competencia

El Despacho es competente para conocer de tutela presentada por Yorcelys Moya Cadena en representación de su menor hija Valery Lucia Moreno Moya y María Del Carmen Torrejano Baena en representación de sus menores hijos Matias Moreno Torrejano y Nicol Naomi Moreno Torrejano, contra del Ejército Nacional – Distrito Militar No.4 y el Comando de Personal del Ejército Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Decreto 333 de 2021.

6.2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si en el asunto de la referencia, el Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales al Mínimo Vital, a la Unidad y Protección de la Familia, derechos de los Niños y la Dignidad humana de los accionantes, al haber incorporado a prestar el servicio militar obligatorio al señor Juan Manuel Moreno Moreno, desconociendo así la exoneración de la que este era beneficiario.

Para abordar el problema jurídico planteado se analizarán los siguientes aspectos I) Procedencia de la acción de tutela, II) Unidad y protección de la familia, III) Del derecho de los menores de edad como sujetos de especial protección constitucional, IV) Del derecho al debido proceso, V) Del reclutamiento e incorporación al servicio militar obligatorio; y del caso en concreto. Veamos:

I) Procedencia de la acción de tutela.

Para decidir este asunto, es preciso indicar que la acción de tutela ha sido prevista como mecanismo expedito para la protección de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

alguna autoridad pública o un particular y el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa judicial, de conformidad con lo establecido por el artículo 86 del ordenamiento superior, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, o cuando teniéndolo la tutela sea utilizada como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional, de manera enfática y uniforme, ha señalado que la acción de amparo fue instituida como un instrumento de defensa judicial de los derechos fundamentales, dotada de un carácter subsidiario y residual. Lo anterior implica que su ejercicio solo es procedente de manera supletiva, es decir, cuando no sea posible acudir a otro medio de defensa, salvo que se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹.

Así las cosas, se tiene que al establecer los requisitos de procedencia de la acción de tutela en primer lugar se exalta la figura de la subsidiariedad y residualidad para lo cual la Corte Constitucional ha expresado sobre el mismo:

“El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.”²

De lo anterior se colige que, la acción de tutela solo será procedente cuando no exista otro mecanismo judicial efectivo para el amparo de sus derechos, por lo que la Corte Constitucional ha sido enfática en manifestar que la tutela no puede ser un instrumento utilizado para revivir términos ni puede convertirse en un recurso adicional o supletorio, por lo tanto ha considerado:

¹ Ver, entre otras, las sentencias de la corte constitucional SU-037 de 2009 y T-764 de 2010.

² Sentencia T-375/18, Corte Constitucional, 17 de septiembre de 2018, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

“(…)En este orden de ideas, si la parte afectada no interpuso en su debido momento, los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, es innegable que la acción de amparo constitucional no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni de convertirse en un recurso adicional o supletorio de las instancias ordinarias previstas en el desarrollo de cada actuación procesal, como de forma reiterada lo ha manifestado esta Corporación (…)”³

Entonces, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, en principio, este medio de defensa judicial resulta improcedente cuando: *1. El accionante dejó de interponer los recursos judiciales ordinarios que estaban a su alcance para confrontar la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, 2. El accionante acude directamente a la acción de tutela a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial a su disposición o 3. El proceso o asunto se encuentra en trámite. Pese a lo anterior es dable reconocer que la mencionada regla general tiene algunas excepciones.*⁴

En relación con el primero de los casos la acción de tutela resulta procedente cuando logre demostrarse que dicha acción es el único mecanismo de defensa para proteger un daño gravísimo a un derecho fundamental o el accionante se encontraba en una situación que le impedía por completo utilizarlos, en los demás eventos se configura cuando dichos elementos no son útiles, idóneos o pertinentes para proteger el derecho.

Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes, porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Según los lineamientos Jurisprudenciales, se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se

³Sentencia T-011 de 2007, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

⁴ Consejo de Estado, 07 de febrero de 2019 rad.2018-3530AC, C.P. William Hernández Gómez.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable :

“(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

(ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

(iv) La medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.”⁵

Por lo tanto, es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que se obliga al juez constitucional a determinar su procedencia, ya sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

⁵ Sentencia T-1003 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

Expuesto lo anterior, la presente acción de tutela resulta procedente por cuanto se dirige en contra de una autoridad pública como lo es el Ejército Nacional y se adelanta por los titulares del derecho quienes manifiestan encontrarse en situación de vulnerabilidad por encontrarse dependientes del señor Juan Manuel Moreno Moreno, persona sobre la cual han recaído las acciones de la entidad accionada y que presuntamente vulneran los derechos de los accionantes.

II) Del derecho a la unidad y protección familiar.

La protección a la unidad familiar tiene sustento en la Constitución Política, en particular, en los artículos 15, 42 y 44 que reconocen la inviolabilidad de la intimidad familiar, la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia de modo que se sanciona cualquier forma de violencia que la destruya y el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, respectivamente.

Sobre ello, la Corte Constitucional ha mantenido su posición en relación a que la protección a la unidad familiar es un derecho fundamental de los menores y de los adultos *que genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos.*⁶

Además, se ha reconocido que como derecho fundamental tiene una faceta prestacional que se materializa en la obligación constitucional del Estado *de diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar.*⁷

Ahora bien, particularmente respecto al Derecho a la familia se tiene que está consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política y al respecto la corte constitucional ha manifestado: *cuando surge un conflicto entre la prestación del servicio militar obligatorio y el cumplimiento de los deberes con la familia, pues el padre llamado a formar las filas es el encargado del sostenimiento de su núcleo*

⁶Ver, entre otras, Sentencias T-T-527 de 2009 y T-502 de 2011.

⁷ Sentencia T-572 de 2009

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

*familiar, la incompatibilidad se resuelve siempre a favor de los derechos cuya protección es prioritaria, esto es, a favor de los hijos menores de edad.*⁸

Lo anterior, por cuanto la pareja es la encargada de sostener y de educar a los hijos mientras sean menores o impedidos. En efecto, el artículo 44 Superior reconoce los derechos de los niños a “*tener una familia y a no ser separados de ella*”, e impone a la familia, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Igualmente, se ha manifestado que en la actualidad, el Estado colombiano “*no cuenta con un sistema prestacional y de seguridad social que se encargue de brindar protección a los niños mientras su padre cumple sus obligaciones con la patria, por lo cual, no le es dable al Estado exigirle a una de las personas llamada a responder por su familia, en la mayoría de los casos la principal, el cumplimiento de una obligación que lo sustraiga del acatamiento de sus deberes con su núcleo familiar y con sus hijos menores de edad o que se encuentran por nacer.*”⁹

Sobre el particular se precisó en sentencia T-1175 de 2005, así:

“son los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropian niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea. Gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos depende de la forma como se tejan los vínculos familiares. Un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia suele ser un niño abierto a los demás y solidario. De ahí la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños y de ahí también la importancia que confiere la Constitución a la protección de la familia.”

En ese sentido la obligación de las entidades estatales como las Fuerzas Militares es proteger la unidad familiar de sus integrantes, así, cualquier actuación contraria

⁸ Ibidem.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T- 682 de 2013.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

deberá ser rechazada y será susceptible de control por parte del juez de tutela quien tendrá la función de salvaguardar ese derecho que se encuentra directamente relacionado con el principio de interés superior de los niños.

III) Derechos de los menores de edad como sujetos de especial protección constitucional.

De acuerdo con el artículo 44 de la Carta Magna, los niños tienen derecho a una especial protección del Estado, este precepto constitucional consagra cinco reglas: (i) el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos de los niños; (ii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iii) la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la asistencia y protección de los niños; (iv) la garantía de desarrollo integral del niño; y (v) la prevalencia del interés superior del niño.

Lo mismo sucede con instrumentos internacionales ratificados por Colombia como la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala en su preámbulo que el niño necesita protección y cuidado especial, por lo cual establece en su artículo 3 un deber general de protección, en virtud del cual *“los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”*.

De igual forma pasa con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone en su artículo 24 que todo niño tiene derecho *“a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece en su artículo 19 que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

La jurisprudencia constitucional ha reconocido a los niños como sujetos de especial protección de modo que *la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna.*¹⁰

Ahora bien, en lo que respecta específicamente al principio del interés superior del niño este se encuentra consagrado en nuestra legislación en el Código de la Infancia y la Adolescencia, que lo define en su artículo 8 como un *“imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e independientes”* y lo reconoce como una regla de interpretación y aplicación en todos los casos relacionados con los derechos de los niños, además como criterio de favorabilidad cuando exista conflicto entre normas aplicables a los menores.

Ese mismo cuerpo normativo prevé en su artículo 10 el principio de corresponsabilidad en virtud del cual existe una concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Es decir, cada familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger a los niños.

IV) Del derecho al debido proceso.

Como prerrogativa esencial del Ciudadano frente al poder del estado, consagra el artículo 29 de la Carta Política el derecho al debido proceso, garantía que cuenta con un ámbito de protección internacional “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en su artículo 14, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Art 8), principio que debe gobernar toda actuación estatal, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo.

Por su importancia para hacer efectivos los demás derechos fundamentales, tanto jurisprudencial como doctrinalmente se ha procurado delimitar los elementos que conforman esta garantía. Es así como, además de los contenidos que le son propios por mandato constitucional (principio de legalidad, juez natural, respeto de las formas

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-884 de 2011.

PROCESO: 110013343066 **2021 – 00231** – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

procesales, prueba ilícita) se reputan como propios del debido proceso aquellos principios que dan lugar a juicios justos en cualquiera de las jurisdicciones y ámbitos de acción del poder del poder estatal, siendo estos:

1. Acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de obtener pronta resolución judicial.
2. Acceso al “juez natural” como funcionario que ejerce la jurisdicción en determinado proceso, de conformidad con la ley.
3. Posibilidad de ejercicio del derecho de defensa con aplicación de todos los elementos legítimos para ser oído dentro del proceso.
4. Los procesos deben desenvolverse dentro de plazos razonables y sin dilaciones injustificadas.
5. El juez debe ser imparcial, autónomo e independiente, de tal forma que debe ejercer su labor sin intromisiones de los demás poderes públicos, con fundamento en los hechos y de conformidad con el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta de manera concreta al debido proceso administrativo, ha señalado la Honorable Corte Constitucional que este derecho fundamental, además de implicar el respeto a las formas preestablecidas en cada procedimiento, impone la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad. También se ha señalado que tiene dos fases:

En primer lugar lo que refiere a las garantías mínimas previas, como son: el acceso en condiciones de igualdad al procedimiento, la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, el derecho a ser oído dentro de la actuación, la razonabilidad de los plazos en la misma, el derecho al juez natural, la imparcialidad, autonomía e independencia de las autoridades, garantías todas aplicables al desarrollo de los procedimientos, porque persiguen proteger el equilibrio entre las partes, previo a la expedición de una decisión administrativa.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

En segundo lugar, las garantías posteriores a dicha expedición, entre las cuales la principal es el derecho a cuestionar la validez jurídica de la decisión administrativa. De las pautas de la jurisprudencia constitucional se vislumbra que la Corte entiende como tal la regulación jurídica previa que constriñe los poderes del Estado y garantiza la protección de los derechos de los administrados, de tal manera que ninguna de las actuaciones de la autoridad pública va a depender de su propio arbitrio, sino que se encuentra sometida a los procedimientos de ley. De lo cual se derivan tres conclusiones: 1) *Que el procedimiento administrativo debe responder al principio de legalidad y estar establecido en las normas;* 2) *Que deben respetarse con absoluta estrictez las formas de actuación previstas en la normatividad,* y 3) *que se debe garantizar el derecho a la defensa en todas sus formas.*"¹¹

V) Del reclutamiento e incorporación al servicio militar obligatorio.

La obligatoriedad del servicio militar encuentra su sustento en el artículo 216 de la Constitución Política, el cual consagra en su inciso segundo que:

"Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas".

Así mismo el artículo 217 de la Constitución, instituye en cabeza de las fuerzas militares permanentes como el Ejército, Armada y la Fuerza Aérea, la obligación de garantizar la defensa de la soberanía e independencia de la nación, la integridad del territorio y el orden constitucional. De la misma manera, la Carta Fundamental en su artículo 20 inciso segundo, indica que dichas autoridades, al que la Policía Nacional, han sido constituidas para *"proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"*.

De lo mencionado con anterioridad, se encuentra el fundamento del servicio militar obligatorio, razón por la cual, queda claro que existe un deber por parte de los

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-178 del 12 de marzo de 2010. M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

colombianos de incorporarse a la fuerza pública para reforzar su labor de defensa de la independencia, la soberanía nacional, y la convivencia pacífica. *Estos deberes se derivan de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social, que imponen ciertas cargas a los sujetos sobre quienes recaen, a fin de alcanzar cometidos sociales valiosos en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.*¹²

De esta manera, la Carta Política crea la necesidad de que los ciudadanos colombianos presten el servicio militar, para el cual le otorga al legislativo la potestad de reglamentación en cuanto a las condiciones y prerrogativas para que dicha prestación se lleve a cabo.

Por tanto, la Constitución Política, no sólo previó la posibilidad de que la ley estableciera la prestación del servicio militar, con carácter Obligatorio, como se desprende de la habilitación expresa que otorga al legislador para la determinación de las condiciones que en todo tiempo eximen del mismo, sino que también lo facultó para establecer diferencias entre quienes deben prestarlo y quienes, por encontrarse en circunstancias específicas, no están obligados a hacerlo en tiempo de paz, de acuerdo con la habilitación expresa del artículo 216 superior.

La ley 1861 de 2017, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento, control de Reservas y Movilización, respecto del servicio militar y definición de la situación militar señala:

“ARTÍCULO 50. FINALIDAD. Corresponde al Servicio de Reclutamiento y Movilización planear, organizar, dirigir y controlar la definición de la situación militar de los colombianos e integrar a la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional, así como ejecutar los planes de movilización del potencial humano, que emita el Gobierno nacional para coadyuvar en el deber de protección a las personas residentes en Colombia, el servicio de seguridad y de cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

ARTÍCULO 11. OBLIGACIÓN DE DEFINIR LA SITUACIÓN MILITAR. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar como reservista de primera o

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 2012.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

segunda clase, a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad y hasta el día en que cumpla 50 años de edad.

Artículo 12. Causales de exoneración del servicio militar obligatorio. Están exonerados de prestar el servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad en los siguientes casos:

(...)

p) El padre de familia.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

La Corte Constitucional ha expuesto sobre la exoneración de prestación del servicio militar del padre de familia lo siguiente:

“Es de esta manera que, resultan claramente tutelables los derechos del menor hijo del soldado Edwin Alexander Figueroa, de acuerdo con la especial protección consagrada en la Carta Política en favor de los niños, y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más aún teniendo en cuenta que la madre no goza de los medios para sostenerse económicamente, ya que depende de la actividad laboral de su compañero, tal como se desprende de las pruebas allegadas al expediente, las cuales no fueron controvertidas por el Ejército Nacional, sino que simplemente alegaron no haber recibido en debida forma.

Por lo expuesto, es procedente que el juez de tutela, en una situación como la que es objeto de estudio, ordene el desacuartelamiento del padre de familia, independientemente de que esta condición emane del contrato matrimonial o de la unión permanente de dos personas, por cuanto se hace necesaria la protección de los derechos fundamentales de su menor hijo, a quien la madre por sí sola no puede proporcionarle el cuidado y afecto, así como la atención económica que requiere, sino que es notable y necesaria la presencia de su padre en el seno del hogar, para que a través de su actividad laboral pueda brindar el sustento requerido por su hijo.”¹³

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T- 489 de 2011.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

Sobre dicha exoneración que consagra la norma, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas oportunidades, precisando que dicha excepción es fundamento necesario para proteger el núcleo familiar que se ve amenazado o vulnerado, más aún cuando se depende económicamente para sobrevivir de aquella persona que es sometida a prestar el servicio militar.

6.3 Caso Concreto.

La señora Yorcelys Moya Cadena en representación de su menor hija Valery Lucia Moreno Moya y la señora María Del Carmen Torrejano Baena en representación de sus menores hijos Matias Moreno Torrejano y Nicol Naomi Moreno Torrejano, presentaron acción de tutela como mecanismo de amparo constitucional, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales al Mínimo Vital, a la Unidad y Protección de la Familia, derechos de los Niños y la Dignidad humana, en contra del Ejército Nacional – Distrito Militar No.4 y el Comando de Personal del Ejército Nacional, lo anterior en consideración a que según lo afirma la parte accionante, la entidad accionada desconoció la exoneración de prestación del servicio militar obligatorio de la que era beneficiario el señor Juan Manuel Moreno Moreno, desamparando así a al núcleo familiar que depende económicamente de él.

Ello, consideran los accionantes, vulneran sus derechos fundamentales toda vez que el Estado debe velar por la protección al núcleo familiar y ceñirse a las normas establecidas para adoptar sus decisiones, en el caso en particular en lo referente a la prestación del servicio militar obligatorio.

El Despacho en este momento debe precisar que, si bien en el escrito de tutela se manifestó que el joven que se encuentra prestando el servicio militar obligatorio es Juan Manuel Moreno Moreno, constatados los documentos anexos con la tutela se tiene que el nombre correcto es Jesús Manuel Moreno Moreno, por lo que de ahora en adelante se referirá a este por el nombre como aparece identificado, tanto en su cedula de ciudadanía, como en los registros civiles de nacimiento aportados.

Así las cosas, observa el Despacho que de las pruebas allegadas con la tutela se

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

tiene registro civil de nacimiento de los menores Matías Moreno Torrejano, Nicol Naomi Moreno Torrejano, Valeryn Lucia Moreno Moya, documentos que demuestran que Jesús Manuel Moreno Moreno, es el padre de los referidos menores.

En este punto es importante manifestar por parte de este Despacho que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido unas subreglas procedentes para el desacuartelamiento de los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio así:

“la orden de desacuartelamiento procede cuando se acreditan las siguientes condiciones: “(1) el reconocimiento de la paternidad por el soldado respecto de quien se solicita el desacuartelamiento; (2) la demostración de la situación de desempleo o desamparo de la madre que le impide asumir la carga del mantenimiento y cuidado de sus hijos menores y (3) la ausencia del apoyo económico de las personas llamadas por ley a prestar alimentos a sus familiares cercanos”.¹⁴

Así, la Corte sostuvo que en principio existiría una tensión entre los derechos a la familia, el deber de solidaridad y con ellos las obligaciones que surgen de protección y asistencia a la familia y de prestar alimentos a sus hijos cónyuge o compañeras, en cuyo caso se tendría la facultad de reclamar al Ejército que no incorpore a sus filas a dicha persona que provee su mínimo vital.

Lo anterior, estatuido según la premisa de *que en la mayoría de las causales de exención de prestación del servicio militar en tiempo de paz, subyace la intención por parte del legislador de proteger a las familias de los potenciales reclutas, cuando éstas dependen de los ingresos económicos que el eventual prestador del servicio, obtiene.*¹⁵

Por lo tanto y en virtud de la documental aportada, no hay lugar a equívocos de que existe material probatorio suficiente para determinar que Jesús Manuel Moreno Moreno se encontraba incurso en una de las causales establecidas por el legislador

¹⁴Corte Constitucional, sentencia T-289 de 2016.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-932 de 2013.

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

para exonerarse de prestar su servicio militar obligatorio y pese a ello fue conminado a realizar todo el proceso de incorporación, desconociendo así no solo la norma de la que era beneficiario, sino de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia mencionada líneas atrás, por lo que para el caso puntual se deberá ordenar a la accionada el desacuartelamiento de Jesús Manuel Moreno Moreno.

De otro lado, es pertinente señalar la expresa conminación que ha hecho la Corte Constitucional a las autoridades militares para que cesen las batidas en busca de presuntos remisos o conscriptos, sustrayéndolos intempestivamente del seno de sus familias, no siendo esta la forma de convocar a los soldados a cumplir con los deberes con la patria.

Las batidas que abruptamente ejecutan las unidades militares para llevarse a jóvenes a los batallones, sin dar tiempo de constatar sus condiciones personales, eventuales causas de exoneración o aplazamiento de la conscripción o calificar adecuadamente la modalidad de servicio, son abiertamente contrarias a la constitución, así lo señaló la Corte Constitucional:

"Prohibición de Redadas o Batidas Indiscriminadas

Las redadas o batidas, procedimientos que de manera general responden al patrón antes explicado, están prohibidas por la Constitución, al tratarse de medidas restrictivas de la libertad personal que carecen de autorización judicial y que tampoco se encuentran dentro de las taxativas excepciones descritas en el artículo 28 C.P. A este respecto, la Corte debe ser enfática en indicar que las autoridades militares no tienen competencia para hacer redadas o batidas indiscriminadas, con el propósito de identificar a quienes no han resuelto la situación militar, para conducirlos a instalaciones militares e proceder a incorporarlos,

Estas acciones contravienen la Constitución y la ley, al desconocer la reserva judicial sobre la libertad personal, en tanto derecho inalienable de todos los habitantes. En ese sentido, como se explicó en el fundamento jurídico 8 de esta sentencia, las autoridades militares están habilitadas jurídicamente para requerir la identificación de los obligados y proceder a inscribirlos de inmediato y sin lugar a ningún tipo de

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

detención temporal, ni menos la posibilidad de conducir a quienes no comprueben tener resuelta Su situación militar.

La competencia de conducción, en los términos anotados, se circunscribe única y exclusivamente cuando las autoridades de incorporación y reclutamiento han identificado un obligado que ha sido calificado como apto para prestar el servicio y, al rehusarse a ello ha sido declarado formalmente como remiso y, por ende, puede ser compelido a prestar el servicio militar.

Esto implica, necesariamente, que el remiso ha sido previamente individualizado por las autoridades militares y que la actividad de conducción se restringe exclusivamente a dicho remiso, Sin que en ningún caso pueda tener carácter indiscriminado. En otras palabras, la actividad de conducción debe ser obligatoriamente posterior a la identificación plena de los obligados remisos, sin que dicha identificación pueda realizarse de manera concomitante o posterior la conducción"

Por tanto, si la incorporación ha precedido una batida indiscriminada se configura inclusive una afectación al debido proceso, lo anterior por cuanto según los hechos narrados en la demanda se indica que al joven en mención le fue requerida su libreta militar y ante la falta de ella fue conducido ante las instalaciones militares para iniciar su proceso de incorporación, se reitera, haciendo caso omiso a la situación indicada de ser padre de tres hijos.

Por todo lo anterior y de conformidad con los preceptos normativos y jurisprudenciales referenciados en la presente providencia, se tiene que resultan claramente tutelables los derechos de los accionantes, de acuerdo con la especial protección consagrada en la Carta Política en favor de los niños, y según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más aun teniendo en cuenta que la madre no goza de los medios para sostenerse económicamente, ya que depende de la actividad laboral de su compañero.

En virtud de tal circunstancia, se ordenará a la accionada para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas y por conducto del Comandante del Distrito Militar No. 4, se ordene el desacuartelamiento del joven Jesús Manuel

PROCESO: 110013343066 2021 – 00231 – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: TUTELA

Moreno Moreno identificado con cedula de ciudadanía 1.065.994.203, igualmente se precisará que si el soldado ha sido trasladado a otra unidad, se dará traslado de esa novedad a la Jefatura de Reclutamiento del nivel central para que en el término de veinticuatro (24) horas siguientes a dicha situación cumpla con lo ordenado por este Despacho. En todo caso el conscripto deberá estar desacuartelado dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación del fallo sin excusa alguna.

Finalmente, se debe indicar que de conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 26 de la Ley 1861 de 2017, que expone: quien sea clasificado, (esto entendido como todo acto por medio del cual la autoridad de reclutamiento determina que un ciudadano no puede ser incorporado), se le liquidara el pago de la contribución ciudadana o compensación; es necesario ordenar la liquidación de la cuota de compensación militar según la solicitud expuesta en la tutela y la norma en comento, por lo que este Despacho de igual manera ordenará a la autoridad militar a que liquide dicha retribución al señor Moreno Moreno, con el fin de que defina su situación militar de conformidad con la normativa dispuesta para ello.

En virtud de lo expuesto, el Juzgado Sesenta y Seis (66) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONCEDER la tutela instaurada por Yorcelys Moya Cadena en representación de su menor hija Valery Lucia Moreno Moya y María Del Carmen Torrejano Baena en representación de sus menores hijos Matias Moreno Torrejano y Nicol Naomi Moreno Torrejano, contra del Ejército Nacional – Distrito Militar No.4 y el Comando de Personal del Ejército Nacional, por las razones expuestas en el presente fallo.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas el Comandante del Distrito Militar No. 4 del Ejército Nacional ordene el desacuartelamiento de Jesús Manuel Moreno

PROCESO: 110013343066 **2021 – 00231** – 00
DEMANDANTE: YORCELYS MOYA CADENA Y OTROS
DEMANDADO: EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS
ACCIÓN: **TUTELA**

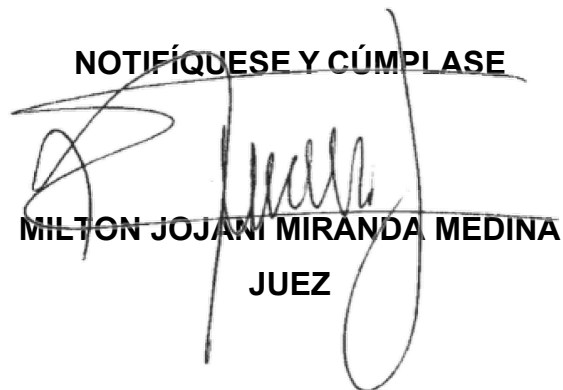
Moreno identificado con cedula de ciudadanía 1.065.994.203, igualmente se precisa que si el soldado ha sido trasladado a otra unidad se dará traslado de esa novedad a la Jefatura de Reclutamiento del nivel central, para que en el término de veinticuatro (24) horas siguientes a dicha situación cumpla con lo ordenado por este Despacho. En todo caso el conscripto deberá estar desacuartelado dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación del fallo sin excusa alguna.

TERCERO: ORDENAR al comandante del Distrito Militar No. 4 del Ejército Nacional para que una vez desacuartelado Jesús Manuel Moreno Moreno, proceda a realizar la liquidación de la cuota de compensación militar de conformidad con la normativa dispuesta para ello.

CUARTO: Por Secretaría, **COMUNÍQUESE** esta decisión mediante el medio más expedito a las partes, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: DISPÓNGASE que, en caso de no ser impugnada esta providencia, se remita a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de acuerdo a lo previsto en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MILTON JOJANI MIRANDA MEDINA
JUEZ