



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
DUITAMA**

Duitama, ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: JOSÉ MAURICIO MESA TORRES
ACCIONADOS: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS.
RADICACIÓN: 152383333-003- 2022-00156-00

I. LA ACCIÓN

1. Decide el Despacho sobre la acción de tutela instaurada por JOSÉ MAURICIO MESA TORRES en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – GRUPO DE CABALLERÍA MECANIZADO No. 1 GENERAL JOSÉ MIGUEL SILVA PLAZAS – DIRECCIÓN DE RECLUTAMIENTO Y CONTROL DE RESERVAS - DISTRITO MILITAR No. 8 OFICINA DE RECLUTAMIENTO DEL BATALLÓN TARQUI y el COMANDANTE DEL BATALLÓN DE ALTA MONTAÑA No. 2 GENERAL SANTOS GUTIÉRREZ PRIETO, con el objeto de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso.

II. ANTECEDENTES

Pretensiones (fl. 6 archivo 1)

2. Solicita el accionante se tutelén sus derechos fundamentales a la igualdad y el debido proceso y en consecuencia, se ordene a los accionados modificar la modalidad de su incorporación al servicio militar para que sea tenido en cuenta como soldado bachiller y se disponga su desacuartelamiento por cumplimiento del término establecido en esta modalidad de servicio.

Fundamentos Fácticos. (fls. 4-5 archivo 1)

3. La parte accionante manifiesta que nació el 27 de junio de 1998, tiene 23 años de edad y fue reclutado por el Batallón de Alta Montaña Número 2 Silva Plazas – General Santos Gutiérrez Prieto (sic), para la prestación del servicio militar obligatorio.

4. Agrega que obtuvo el título de bachiller académico el 4 de diciembre de 2015 y que para el momento de su reclutamiento se encontraba próximo a iniciar los estudios superiores en una universidad pública, motivo por el que se le indicó que prestaría servicio durante 12 meses.

5. Al cumplir los 12 meses de servicio, señala se comunicó con sus superiores y estos le informaron que debía cumplir con un tiempo de 18 meses como soldado raso.

6. Finalmente indica que al accionante no se le informaron las modalidades de vinculación al servicio militar y las condiciones que acompañan a cada una de estas.

III. TRAMITE PROCESAL

7. La solicitud de amparo constitucional fue presentada el 25 de mayo de 2022 y correspondió por turno a este Despacho judicial según consta en el acta de reparto No. 3696659. (fl. 25 archivo 2).

8. Mediante auto del 26 de mayo de 2022 y atendiendo las reglas de competencia establecidas en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y las de reparto contenidas en el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, se resolvió admitir la solicitud de tutela de la referencia decretando algunos medios de prueba (fls. 29 y 30 archivo 5).

9. La anterior providencia fue notificada el mismo día 26 de mayo de 2022 según se observa en las constancias electrónicas vistas a folios 31 a 50 archivo 6 del expediente digital.

Contestaciones.

Dirección de reclutamiento del Ejército Nacional (fls. 53 a 57 archivo 7)

10. Mediante memorial allegado el 27 de mayo de 2022 la Dirección de reclutamiento del Ejército Nacional informó que remitió la acción de la referencia al Comando de la Primera Zona de Reclutamiento, al Grupo de Caballería Mecanizado No. 1 y al Batallón de Alta Montaña No. 2.

11. Agrega que dicha Dirección no es la autoridad encargada del trámite de baja del personal, puesto que dicha obligación recae en la Dirección de Personal del Ejército Nacional en coordinación con la unidad militar en la cual se encuentra adscrito el soldado, así como tampoco es la que determina la modalidad de incorporación de los ciudadanos.

12. Finalmente, solicita se desvincule del curso de las diligencias a la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional al no ser la autoridad competente para acatar las pretensiones de la demanda de Tutela.

Batallón de Artillería No. 1 “TARQUI” (fls. 63-64 archivo 8)

13. En la oportunidad otorgada el Batallón de Artillería No. 1 se pronunció respecto de la acción de la referencia indicando que el señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES no hace parte de dicha unidad militar, motivo por el cual no puede pronunciarse respecto de los hechos que dieron origen a la acción de la referencia. Así mismo indicó que procedió a remitir las diligencias al Distrito Militar No. 8 para lo de su competencia.

Distrito Militar No. 7 (fls. 66 a 72 archivo 9)

14. El Distrito Militar No. 7 a través de su Comandante emitió un pronunciamiento en el que indicó que el señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES se encuentra incorporado desde el 1 de mayo de 2021 en el Batallón de Alta Montaña “General Santos Gutiérrez Prieto” adscrito a dicho Distrito Militar No. 7.

15. Agrega que dentro de las obligaciones para definir la situación militar de todos los ciudadanos esta la de registrar su información personal, académica, laboral y familiar y revisados los registros, no se reportan los datos académicos del accionante, ni tampoco que haya presentado alguna solicitud de desacuartelamiento conforme lo habilita el parágrafo 4° del artículo 13 de la Ley 1861 de 2017.

16. Señala que se opone al término de las 48 horas para el cambio de modalidad de incorporación del accionante, como quiera que no se ha dado por omisión del directo responsable, es decir, el ahora accionante.

17. Finalmente considera que resulta improcedente la acción de tutela por cuanto el accionante debió presentar solicitud, acompañada del diploma y acta de grado de bachiller, al Comandante del Batallón de Alta Montaña No. 2 para que la Dirección de Personal del Ejército Nacional estudie su situación particular. Igualmente solicita la desvinculación de las entidades y dependencias accionadas por considerar que entre sus funciones no se encuentran las relacionadas con las pretensiones de la demanda de tutela.

IV. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

18. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, corresponde al Despacho determinar si existe vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del accionante, como quiera que según su dicho actualmente se encuentra acuartelado para la prestación del servicio militar como soldado regular, a pesar que su condición real es la de soldado bachiller, motivo por el cual pide se ordene su desacuartelamiento inmediato

Naturaleza de la acción:

19. La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 1069 de 2015 (modificado por el Decreto 1983 de 2017 y 333 de 2021) como mecanismo directo y expedito para la protección de derechos fundamentales constitucionales, permite a las personas reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los mismos, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no se disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de impedir un daño irremediable, en cuyo evento procede como mecanismo transitorio.

20. Este tipo de derechos, que se diferencian de los demás por ser indispensables para el desarrollo de la personalidad¹, gozan de este mecanismo constitucional ágil, breve, preferente y sumario, puesto al alcance de todas las personas, para la protección real y efectiva cuando se consideran vulnerados, lesionados o amenazados por las autoridades públicas o por particulares en circunstancias específicas.

Procedibilidad de la acción de tutela

21. En múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. En términos del art. 86 de la Carta Política, la acción de tutela se caracteriza por su naturaleza excepcional y subsidiaria, es decir, solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que éster no resulte eficaz para la protección de los derechos fundamentales y sea necesario adoptar una medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el artículo 6° del Decreto

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-538 de 1992. Magistrado Ponente. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

2591 de 1991, que desarrolla el requisito de subsidiariedad previsto en la norma constitucional mencionada, dispone que la eficacia del mecanismo ordinario de defensa judicial será evaluada por el juez de tutela atendiendo a las circunstancias en las que se encuentre el accionante.

22. De esta forma, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos, siendo enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción.

23. Respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) *cierto e inminente* -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) *grave*, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionara, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) *de urgente atención*, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable²

Del debido proceso

24. El debido proceso que se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política como un derecho de rango fundamental, rige para toda clase de actuaciones tanto judiciales como administrativas, e implica que las mismas deben estar sometidas a los procedimientos y requisitos previamente establecidos en las normas legales y reglamentarias, para evitar arbitrariedades por parte de los agentes públicos.³

25. Constitucionalmente el debido proceso ha sido entendido como la protección del Estado sobre las actuaciones de sus funcionarios, procurando que en todo momento se respeten los procedimientos en cada actuación y así lo ha considerado la Corte Constitucional quien al respecto ha señalado lo siguiente:

“las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.”⁴

26. Por lo tanto, desconocer las etapas procesales establecidas por la ley, ya sea porque se prescinde de ellas o porque son aplicadas de forma arbitraria, implica que el derecho al debido proceso pueda verse alterado y con ello generar el desconocimiento y vulneración de otra clase de derechos.⁵

² Sentencia T-1316 de 2001, reiterada por la Sentencia T-494 de 2010 y la Sentencia T-733 de 2014

³ Sentencia C-540 de 1997

⁴ Sentencia T-957 de 2011

⁵ Sentencia T-181 de 2019

27. Ahora bien, respecto de las garantías generales que hacen parte del derecho al debido proceso, pueden citarse, siguiendo en gran medida la sentencia C-267 de 2015, entre otras, las siguientes:

“(…)

i) El derecho al juez natural, es decir, al juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, con carácter definitivo; dicho juez debe ser funcionalmente independiente e imparcial y por ello sólo está sometido al imperio de la ley (Arts. 228 y 230 C. Pol.). Este principio se ve materializado en el derecho a ser juzgado por el juez competente de acuerdo a la ley.

ii) El derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio. Dentro de estos elementos se destaca el establecimiento de esas reglas mínimas procesales⁶, entendidas como “(…) el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del juicio, determinan los procedimientos o trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas.”⁷. De esta forma, dicho presupuesto se erige en garantía del principio de legalidad que gobierna el debido proceso, el cual “(…) se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de Derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem”⁸.

iii) El derecho a la defensa, que consiste en la facultad de pedir y allegar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten. El ejercicio de este derecho tiene como presupuesto indispensable la publicidad del proceso, mediante las citaciones para obtener comparecencia, los traslados de actos procesales de las partes o de los auxiliares de la justicia, y las notificaciones, comunicaciones y publicaciones de las decisiones adoptadas⁹.

iv) El derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico, en razón de los principios de legalidad de la función pública y de independencia funcional del juez, con prevalencia del derecho sustancial (Arts. 6º, 121, 123, 228 y 230 C. Pol.)

v) El derecho a que las decisiones se adopten en un término razonable, sin dilaciones injustificadas¹⁰.

vi) El principio de “non reformatio in pejus”, que implica que solamente existe un apelante único de una decisión judicial, el juez de segundo grado no podrá fallar en perjuicio del recurrente¹¹ y

⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-383 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Al respecto ver las Sentencias de la Corte Constitucional C-680 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-131 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño señaló “La sola consagración del debido proceso como derecho fundamental, no puede derivarse, en manera alguna, una idéntica regulación de sus distintos contenidos para los procesos que se adelantan en las distintas materias jurídicas pues, en todo aquello que no haya sido expresamente previsto por la Carta, debe advertirse un espacio apto para el ejercicio del poder de configuración normativa que el pueblo ejerce a través de sus representantes. La distinta regulación del debido proceso a que pueda haber lugar en las diferentes materias jurídicas, siempre que se respeten los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, no es más que el fruto de un proceso deliberativo en el que, si bien se promueve el consenso, también hay lugar para el disenso pues ello es así ante la conciencia que se tiene de que, de cerrarse las puertas a la diferencia, se desvirtuarían los fundamentos de legitimidad de una democracia constitucional.”

⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-562 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-383 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-001 de 1993, M.P. Jaime Sanín Grafestein.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-647 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-647 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ La Corporación señaló que este principio constituye un medio de defensa del condenado, que conlleva a una revisión de lo que es desfavorable al apelante único. En la sentencia C-055 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se manifestó que el principio supone, que en caso de que no prospere el recurso impuesto por la parte afectada, la decisión tomada por el juez, no modifique la sentencia en su perjuicio. De igual manera, en el fallo se señaló que a pesar que la norma constitucional hable de “la pena impuesta”, lo que hace pensar que la garantía solo cubre procesos en materia penal, se debe tener en cuenta que el precepto constitucional hace referencia a cualquier tipo de sentencia sin hacer distinción de la clase de proceso que se lleve. El 10 de diciembre de 1993, en la sentencia T-575, M.P. se señaló que el incumplimiento de este precepto constitucional, conlleva a la vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso, que igualmente tienen carácter de derechos fundamentales. Esta posición fue reiterada en diferentes ocasiones, tales como en la sentencia SU-327 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1186 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño y la T-291 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

vii) El principio de favorabilidad, en virtud del cual cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia¹².

28. Los anteriores principios generales que informan el derecho al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrollan las autoridades en cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines¹³.

Derecho a la igualdad

29. El derecho fundamental a la igualdad está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, fundamento con el cual, se predica la igualdad de todas las personas, sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, postulado que igualmente consagra como obligación del Estado promover *“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.”*

30. Según la jurisprudencia constitucional, la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional pues ha sido considerada un valor, un principio y un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva por una parte de su consagración en el preámbulo de la Carta que lo menciona como un valor y de otro lado, del artículo 13 de la Constitución que lo consagra como derecho fundamental y como principio. **A su vez, otras disposiciones constitucionales concretan la igualdad en diferentes ámbitos como es el caso del artículo 53 que consagra entre los principios mínimos del estatuto del trabajo la igualdad de oportunidades de los trabajadores**, el artículo 209 consagra la igualdad como uno de los principios que orienta la función administrativa, entre otras disposiciones.

31. Ahora bien, el principio de igualdad en cuanto a la acepción de igualdad de trato, por una parte, obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes que justifiquen un trato diferente, así mismo, este principio comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones distintas y en consecuencia, darles un tratamiento diferenciado.

32. Esos dos contenidos pueden ser descompuestos en cuatro mandatos: *“(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”¹⁴*. Lo anterior, encuentra sustento constitucional en el artículo 13 pues reconoce que todas las personas nacen y permanecen iguales para el sistema jurídico y, segundo, le impone al Estado la obligación de emprender acciones en favor de los grupos discriminados o marginados.

33. De lo anterior, se desprende que podrán invocar la protección del derecho a la igualdad a) las personas que consideren que por ser sujetos de especial protección constitucional

¹² Sentencia de la Corte Constitucional C-200 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

¹³ Sentencia 983 de 2010

¹⁴ Sentencia C-250 de 2012.

son merecedoras de un trato diferente y que por alguna razón no se los dieron y b) aquellas a las que les dieron un trato diferente sin justificación alguna y pretenden un trato igual.

De la presunción de veracidad como instrumento para superar el desinterés o la negligencia de una autoridad pública o un particular.

34. El artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

“ARTICULO 20. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”

35. La Corte Constitucional, en Sentencia T-825 de 2008, señaló en relación con la presunción de veracidad lo siguiente:

“La presunción de veracidad consagrada en esta norma (Artículo 20 del Decreto 2591 de 1991) encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales, y en la obligatoriedad de las providencias judiciales, que no se pueden desatender sin consecuencias, bien que se dirijan a particulares, ya que deban cumplirlas servidores o entidades públicas¹⁵. Hecha la anterior precisión, la Corte ha establecido que la consagración de esa presunción obedece al desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela, y se orienta a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales y el cumplimiento de los deberes que la Carta Política ha impuesto a las autoridades estatales (Artículos 2, 6, 121 e inciso segundo del artículo 123 C.P.¹⁶).”

36. Y en otra providencia dijo que:

“fue concebida como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere informaciones¹⁷ y estas autoridades no las rinden dentro del plazo respectivo, buscando de esa manera que el trámite constitucional siga su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades accionadas”¹⁸.

Del servicio militar obligatorio

37. Como punto de partida deber referirse que el artículo 216 de la Constitución Política señala 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.” De esta disposición puede en criterio de esta judicatura fundamenta el deber de prestar servicio militar, el cual, además, concuerda con el principio constitucional de la prevalencia del interés general y con el deber de los ciudadanos de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.

38. Por suerte que si bien la Constitución Política de Colombia no contempla textualmente la obligación de prestar el servicio militar, si impone a los ciudadanos que cumplan la mayoría de edad definir su situación militar, excluyendo de dicho imperativo a las personas que siendo menores o mayores de edad hayan sido elegidos y considerados aptos para la

¹⁵“Sentencia T-391 de 1997” T-825 de 2008.

¹⁶ “Sentencia T-633 de 2003”*Ibidem*.

¹⁷ Artículo 19 Decreto 2591 de 1991.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-232 de 2008.

prestación del servicio, pero que por razones académicas (estar cursando estudios superiores) puedan aplazar el deber de prestar el servicio militar¹⁹²⁰.

39. En cuanto a la duración en la prestación del servicio militar, la Ley 1861 de 2017 en su artículo 13 señala:

“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.
(...)” (Resaltado del Despacho)*

40. Respecto de las modalidades de incorporación en la prestación del servicio militar, la Corte Constitucional ha sostenido desde la sentencia C-511 de 1994²¹ que una de ellas comprende a los soldados bachilleres, quienes se diferencian de las demás categorías por el hecho de haber concluido los estudios de bachillerato.

41. Ahora en cuanto a las etapas del proceso de definición de la situación militar las mismas se encontraban establecidas en los artículos 14 a 21 de la Ley 48 de 1993, disposiciones que fueron subrogadas por los artículos 17 a 25 de la Ley 1861 de 2017, pero conservando la esencia en el procedimiento así:

“(i) inscripción, que deberá efectuarse ante el distrito militar respectivo dentro del año inmediatamente anterior al cumplimiento de la mayoría de edad[30]; (ii) exámenes de aptitud psicofísica, que corresponden a tres exámenes médicos que tienen por objeto identificar quienes serán declarados “no aptos” o por lo el contrario, idóneos y hábiles para la prestación del servicio, (iii) sorteo, entre quienes han sido considerados aptos[31]; (iv) concentración e incorporación, que se refiere a la citación de los que tienen la calidad de “aptos” en un lugar, fecha y hora determinada por las autoridades de reclutamiento, y (v) clasificación, de aquellos que en razón de una causal de exención, inhabilidad o falta de cupo hayan sido eximidos de la prestación del servicio militar o se les haya aplazado su prestación”

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el desacuartelamiento de personas que se encuentran prestando el servicio militar

42. La Corte Constitucional ha sostenido en diversas providencias que las personas que se encuentran prestando el servicio militar gozan de una especial protección y cuentan con la Acción de tutela para reclamar la defensa de sus derechos en especial, cuando se trata de las solicitudes de cambio de la modalidad de incorporación a la prestación del servicio militar y la solicitud de desacuartelamiento por cumplimiento del término de 12 meses.

¹⁹ T-049 de 2018

²⁰ Artículo 34 Ley 1861 de 2017

²¹ M.P. Dr Fabio Morón Díaz

43. Al respecto señaló la máxima corporación constitucional:

“10. En múltiples providencias esta Corporación ha admitido el estudio de acciones de tutela presentadas por ciudadanos que se encuentran prestando servicio militar e incluso, ha reconocido que dichos sujetos están en una situación que amerita una especial protección, avalando el ejercicio de la acción constitucional a través de un agente oficioso.”²²

El caso concreto.

44. El señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES acude a la acción de tutela a través de apoderado con el propósito de obtener el amparo y protección frente a sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, los cuales considera están siendo vulnerados por las accionadas, quienes no han tenido en cuenta la condición académica de bachiller del accionante y mantienen su incorporación en la prestación del servicio militar como soldado regular, exigiendo una permanencia en la prestación del servicio militar de 18 meses.

45. Por su parte, el Ejército se pronunció respecto de la acción de la referencia señalando que el actor no registró en debida forma su información académica antes de su incorporación al Ejército y que estando en la prestación del servicio no ha presentado la solicitud de cambio de modalidad de incorporación conforme lo establece el parágrafo 4° del artículo 13 de la Ley 1861 de 2017.

46. En este punto y frente a la pertinencia del mecanismo empleado, encuentra esta judicatura que el actor está en la posibilidad de controvertir las decisiones del Ejército Nacional, bien aquellas que hayan dispuesto la forma de vinculación a las filas, como aquellas que son producto de la falta de respuesta efectiva frente a las peticiones de desacuartelamiento que haya efectuado el actor, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, es imperativo analizar la naturaleza de la pretensión del accionante, así como la efectividad de dicha herramienta para materializarla.

47. En ese sentido la acción de tutela que motiva esta providencia, se evidencia que, más allá de controvertir los fundamentos legales que motivaron la decisión del Ejército Nacional, el actor pretende acceder a una solución pronta, en tanto, refiere que 12 meses después de prestar el servicio militar y teniendo en cuenta su título de bachiller, le asiste el derecho a ser considerado como soldado bachiller modalidad a la que según dice corresponde, la cual tiene una duración menor a la que actualmente desarrolla.

48. De las pretensiones anteriormente transcritas se deriva que el accionante requiere una protección inmediata a sus derechos a la igualdad y al debido proceso; amparo que debe materializarse antes del cumplimiento del término previsto para la duración de la modalidad soldado regular que actualmente desempeña, el cual tiene una duración de 18 meses según su dicho.

49. De suerte que en sentir de este fallador el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, si bien es un mecanismo apropiado para controvertir o atacar las decisiones del Ejército Nacional, se torna ineficaz en cuanto no es un medio expedito para la protección del derecho y mientras se adelanta todo el procedimiento respectivo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es posible que el accionante se vea obligado a agotar el término previsto para la modalidad de soldado regular y la decisión del juez administrativo se torne ineficaz.

²² Ver entre otras la sentencia T-746 de 2015

50. Conforme a ello considera el Juzgado que en el sub examine procede el estudio de fondo del presente caso y que es a través de la acción de tutela que el actor puede suspender la presunta vulneración a sus derechos y acceder a una solución pronta a la problemática que según su dicho lo afecta. En consecuencia, se da por superado el análisis de procedibilidad en este caso y se considera que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad.

51. Ahora bien, se destaca en este momento que, la unidad militar en donde se encuentra incorporado el señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES, esto es el Batallón de Alta Montaña No. 2 General Santos Gutiérrez Prieto no se ha pronunciado respecto de los hechos que dieron origen a la presente acción tutelar, por lo tanto, se dará aplicación en lo correspondiente, a la presunción de veracidad, tomando por ciertos los hechos de la demanda relacionados con la misma dependencia.

52. Ahora, de las pruebas aportadas al plenario se observa que:

- El señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES nació el 27 de junio de 1998 y actualmente cuenta con 23 años y 11 meses de edad (fl. 22 y 23 archivo 1)
- El día 4 de diciembre de 2015 la Institución Educativa Panamericano Puente Boyacá otorgó al señor MESA TORRES el título de Bachiller Académico (fl. 21 archivo 1)

53. Adicionalmente, del pronunciamiento efectuado por el Comandante del Distrito Militar No. 7 del Ejército Nacional, se extrae que el señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES fue reclutado desde el 1 de mayo de 2021.²³

54. Ahora, si bien no obra prueba alguna que permita establecer que el tutelante solicitó el cambio de modalidad de incorporación al Ejército Nacional, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido en las unidades militares encargadas de realizar el reclutamiento de ciudadanos a las filas del Ejército Nacional, la obligación de revisar la calidad en la cual deba ser vinculado el ciudadano, así:

*“4.4. El Consejo de Estado, en sentencia de 20 de septiembre de 2007, señala que, al momento de incorporar a una persona para prestar el servicio militar obligatorio, la entidad encargada de realizar el reclutamiento, debe tener en cuenta dichas categorías a fin de que el ciudadano cumpla con su obligación constitucional, es decir, esas categorías deben ser respetadas por las autoridades del servicio de reclutamiento y movilización, por cuanto, motu proprio, no ostentan la potestad para alterarlas; quiere ello significar, que llegada la etapa de selección o ingreso a filas de los conscriptos, **le está vedado incorporar a un ciudadano campesino como soldado bachiller o regular, o viceversa, dado que la ley en ninguna de sus disposiciones lo permite.**”*

*4.5. Esto significa que la Cuarta Zona de Reclutamiento de la IV Brigada del Ejército Nacional, era quien tenía la obligación de dirigir y asesorar al futuro soldado por cuanto cabe a ella esa misión y competencia, so pena de infringir **el debido proceso administrativo** y contrariar el deber de alistar a los soldados según cada categoría, tal como se lo ordena la Ley y la jurisprudencia.*

A la IV Brigada le era imperioso dirigir una actuación encaminada a establecer la real situación que envolvía al conscripto, de suerte que previa a la decisión sobre la modalidad en que debía ser incorporado al servicio militar el joven Sebastián Mejía, debió estudiar y analizar por completo su situación y los documentos allegados por el actor relacionados con su grado de bachiller; era su deber enlistarlo debidamente antes de

²³ Fl. 67 archivo 9

evaluar las posibilidades de hacer efectiva las actuaciones administrativas tendientes a modificar la forma de incorporación al servicio militar, esto es, de soldado regular a soldado bachiller[16]”²⁴ (Resaltado propio)

55. En este punto conviene precisar que la Corte Constitucional ha estudiado acciones de tutela en las que ciudadanos que se encuentran prestando servicio militar, solicitan el cambio de modalidad de acuerdo a sus calidades; sobre el particular, se recuerda lo previsto en la sentencia T-711 de 2010 es dicha decisión concluyó la Corte Constitucional que al accionante, un joven que había sido incorporado por la Cuarta Zona de Reclutamiento de la IV Brigada del Ejército Nacional al contingente de soldados regulares, desconociendo su calidad de bachiller, se le había vulnerado su derecho al debido proceso, toda vez que *“debió ser reclutado en la modalidad correspondiente a su nivel de formación académica, de acuerdo con el cual, tendría que atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio, tan sólo durante 12 meses y no de 18 a 24”*

56. Idéntica posición adoptó esa misma Corporación entre otras en sentencias T-218 de 2010 y T-976 de 2012.

57. Así las cosas concluye este Despacho que la omisión de radicar por el accionante la solicitud de modificación de la calidad en la que fue incorporado, verbigracia de soldado regular a soldado bachiller, no constituye razón suficiente para que se mantenga el acuartelamiento bajo una modalidad de incorporación que debió ser estudiada y tenida en cuenta por la unidad de reclutamiento desde la fecha misma de incorporación del actor a las filas del Ejército Nacional, más aún cuando al momento de su aprehensión él mismo indicó contar con la condición de ser ciudadano bachiller y encontrarse *“próximo a iniciar sus estudios superiores en una universidad pública de la región”²⁵* manifestación que no fue desvirtuada por la parte accionada en el presente trámite de amparo constitucional.

58. En efecto se resalta que si bien es cierto al accionante como ciudadano colombiano le asistía el deber de presentarse a cumplir la obligación constitucional de prestar servicio militar, en todo caso las autoridades castrenses debían desde la misma incorporación, garantizar que el proceso de prestación del servicio militar se adelanta con observancia entre otras de las garantías del derecho al debido proceso del actor, lo cual implicaba desde un comienzo que el accionante estuviera debidamente informado de las modalidades bajo las cuales podía prestar el servicio y, así mismo, que la autoridad militar lo orientara para que, de acuerdo a sus calidades, se vinculara de la forma correcta y tuviera derecho a las prerrogativas previstas en uno u otro caso.

59. Se insiste entonces que le era imperioso al Ejército Nacional a través de la dependencia correspondiente y/o autoridad de reclutamiento, dirigir una actuación encaminada a establecer la real situación que envolvía al conscripto, de suerte que en forma previa a la decisión sobre la modalidad en que debía ser incorporado al servicio militar el accionante, debió estudiar y analizar por completo su situación, para corroborar si se trataba o no de un soldado bachiller.

60. En este punto debe referir este fallador que la parte accionada quien por demás se encuentra en una condición de superioridad frente al actor y por lo tanto en mejor situación de demostrarlo, no allegó al expediente prueba que por lo menos indicara que contrario a lo que refiere el accionante, desde su incorporación y luego de la información correspondiente, este seleccionó de forma voluntaria la modalidad o condición de soldado regular y renunció a la calidad de soldado bachiller.

²⁴ Corte Constitucional Sentencia T-711 8 de septiembre de 2010, M.P. Dr JORGE IVAN PALACIO PALACIO

²⁵ Así lo manifiesta el actor en la demanda de tutela en el hecho cuarto Fl. 5 archivo 1

61. Sumado a lo anterior debe precisarse conforme a lo dicho también por la jurisprudencia²⁶ que era deber de la autoridad militar de reclutamiento en todo caso haber realizado la incorporación del accionante atendiendo y verificando si era del caso el grado de formación del conscripto y sus características personales para inscribirlo en la modalidad que realmente correspondía y solo en el evento que existiera una renuncia expresa previa explicación por la entidad se entendería que este decidió de forma voluntaria adoptar la modalidad de soldado regular cosa que como se vio no ocurrió en el sub examine, afectando de esta manera entonces sus derechos fundamentales al debido proceso y el derecho a la igualdad, con respecto a otros conscriptos a quienes si se les haya tenido en cuenta sus condiciones personales y formación profesional a la hora de determinar la modalidad bajo la cual prestaron o están prestando su servicio militar obligatorio.

62. En ese orden de ideas esta judicatura y ante la amenaza y vulneración de los derechos fundamentales del actor, ordenará a la Dirección de Personal del Ejército Nacional que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente providencia, proceda a modificar la modalidad de incorporación del señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.056.957.864 en la prestación del servicio militar obligatorio, asignándole la categoría de soldado bachiller.

63. Cumplido el anterior plazo, la Unidad militar Batallón de Alta Montaña No. 2 General Santos Gutiérrez Prieto, deberá en caso de que a la fecha no se haya realizado, en un plazo no mayor a cuarenta y ocho (48) siguientes al vencimiento del plazo establecido en el inciso anterior, a desacuartelar al señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.056.957.864 e iniciar los trámites administrativos necesarios para que se le expida la libreta militar al accionante.

64. Finalmente, el Despacho exhortará al Comandante del Batallón de Alta Montaña No. 2 General Santos Gutiérrez Prieto para que en lo sucesivo, se revise con detenimiento la calidad de incorporación de los soldados que se concentren en la unidad militar a su cargo a fin de que se salvaguarden los derechos fundamentales de las personas que son puestas bajo su custodia e instrucción mientras cumplen el requisito de definir su situación militar.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO:- TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del señor JOSÉ MAURICIO MESA TORRES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO:- ORDENAR a la **NACION MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL – DIRECCION DE PERSONAL DEL EJERCITO NACIONAL**, o quien haga sus veces, para que, dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de la presente providencia, proceda a modificar la modalidad de incorporación del señor **JOSÉ MAURICIO MESA TORRES** identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.056.957.864 en la prestación del servicio militar obligatorio, asignándole la categoría de soldado bachiller, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO:- ORDENAR al Comandante del Batallón de Alta Montaña No. 2 General Santos Gutiérrez Prieto, en caso de que no se haya realizado, en un plazo no mayor a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al término establecido en el numeral anterior, a

²⁶ Ver entre otras sentencia T-976 de 2012

desacuartelar al señor **JOSÉ MAURICIO MESA TORRES** identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.056.957.864 e iniciar los trámites administrativos necesarios para que se le expida la libreta militar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO:- EXHORTAR al comandante del Batallón de Alta Montaña No. 2 General Santos Gutiérrez Prieto, para que en lo sucesivo, se revise con detenimiento la calidad de incorporación de los soldados que se concentren en la unidad militar a su cargo a fin de que se salvaguarden los derechos fundamentales de las personas que son puestas bajo su custodia e instrucción, mientras cumplen el requisito de definir su situación militar.

QUINTO:- NOTIFICAR esta decisión a los interesados, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO:- En caso de no ser impugnada oportunamente esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente-SAMA)
NILSON IVÁN JIMÉNEZ LIZARAZO
JUEZ