



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, cuatro (4) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.

ACCIÓN: TUTELA.
ACCIONANTE: ANER MELLI PILILLA FLÓREZ.
ACCIONADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL-BASE DE ENTRENAMIENTO INFANTERÍA DE MARINA DE COVEÑAS
RADICADO: 70-001-23-33-000-2016-00270-00
INSTANCIA: PRIMERA.

ASUNTO A DECIDIR.

Procede el Tribunal, a resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por el señor **ANER MELLI PILILLA FLÓREZ**, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL-BASE DE ENTRENAMIENTO INFANTERÍA DE MARINA DE COVEÑAS**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso.

I. ANTECEDENTES.

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA.

El señor **ANER MELLI PILILLA FLÓREZ**, formula acción de tutela, invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, los cuales estima vulnerados por el ente accionado. En amparo constitucional de sus derechos, **PRETENDE** se ordene la modificación de la modalidad de incorporación en la Infantería de Marina, pasando de Infante de Marina Regular a Infante de Marina Bachiller y por tanto, se disponga el desacuartelamiento inmediato, por haber cumplido con el tiempo estipulado en el artículo 13 de la Ley 48 de 1993 literal B.

Como **fundamentos fácticos** expresa que en la actualidad se encuentra prestando servicio militar obligatorio en la ARMADA NACIONAL BASE DE ENTRENAMIENTO DE INFANTERÍA DE MARINA DE COVEÑAS, orgánico del Batallón de Comando y Apoyo No. 6 (BACAIM6), bajo la modalidad de infante marina regular.

Que su incorporación se realizó el 4 de julio de 2015, bajo la modalidad de infante marina regular y a la fecha lleva 15 meses en la institución y que es bachiller graduado en la Institución Educativa "LOS ANDES" del municipio de Planadas-Tolima, el día 05 de diciembre de 2011.

Aduce el actor que, el 22 de julio de 2016, en ejercicio del derecho de petición solicitó a la institución el cambio de modalidad de incorporación, y a la fecha aún no ha sido resuelto.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

La acción de tutela fue presentada el día 20 de septiembre de 2016 y por reparto que hiciera la oficina judicial le correspondió conocerla a esta Corporación¹.

Mediante auto del 21 de septiembre se admitió (folio 14) y se ordenó la notificación de las partes, concediendo a las accionadas el término de (2) días para que ejercieran su derecho de defensa.

En cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo del auto admisorio, las partes fueron debidamente notificadas vía correo electrónico de la Corporación el día 22 de septiembre de 2016, (fol. 15 a 25).

1.2.1. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

La entidad accionada conforme nota Secretarial obrante a folio 26 no se pronunció.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA.

De acuerdo a lo establecido por los artículos 86 de la Constitución Nacional, 37

¹ Folio 1 y 12.

del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000, el Tribunal Administrativo de Sucre, se declaró competente para conocer y proferir fallo en la acción de tutela impetrada.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que convoca la atención de la Sala se circunscribe a determinar si la parte accionada, **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL**, vulnera o ha vulnerado los derechos constitucionales fundamentales a la IGUALDAD al DEBIDO PROCESO u otro derecho fundamental de ANER MELLI PINILLA FLÓREZ, al no dar respuesta a la solicitud de cambio de modalidad de servicio militar, efectuada el 22 de julio de 2016.

2.2.1. ASPECTOS GENERALES DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone:

"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 u omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél 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 sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla 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".

De este modo, la Constitución Política de 1991 creó la acción de tutela con el objetivo de proteger *derechos fundamentales* cuando los mismos resultaren *amenazados o vulnerados* por *acción u omisión* de cualquier autoridad pública y, en casos específicos, por un particular. Dicha protección consistirá en una *orden* para que, aquél respecto de quien se solicita la tutela, *actúe o se abstenga de hacerlo*.

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable².

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria³ y no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁴, ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha –la acción ordinaria."*⁵

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

² Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

⁵ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

Ahora bien, la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

2.2.2. EL DEBER DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.

En virtud de los artículos 95 y 216 de la Carta Política, con fundamento en el principio de reciprocidad y el deber de tomar las armas cuando las autoridades así lo requieran para ejercer la defensa de la soberanía y garantizar la paz, es impuesta la obligación a algunos ciudadanos de prestar el servicio militar, respecto a lo cual la jurisprudencia constitucional ha señalado⁶:

"3. La obligación de prestar el servicio militar.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional^[10] ha manifestado que la Constitución política de Colombia, al tiempo que reconoce a la persona y al ciudadano una serie de derechos y libertades, en virtud del artículo 95 que consagra el principio de reciprocidad, le impone obligaciones y responsabilidades, las cuales, por su misma naturaleza, condicionan y justifican la consecución de los altos fines del Estado.

Dentro de este catálogo de deberes se encuentra el de "Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia e integridad nacionales", que según el artículo 2º de la Constitución Política se han instituido "...para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", y que al ser analizado sistemáticamente con el artículo 216 de la Carta, que establece el imperativo de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, permite concluir que la obligación de prestar colaboración con las fuerzas armadas, o prestar el servicio militar, se encuentra vinculada a la necesidad de que las personas cuyos derechos y libertades se hallan garantizados por el ordenamiento constitucional colombiano, participen en la defensa de la soberanía, en el mantenimiento de la integridad del territorio, la salvaguarda de la paz, y la vigencia de las instituciones.

En la Sentencia SU-277 de 1993, esta Corporación estableció:

"Sería ingenuo admitir, que el Estado puede responder por su obligación de "...defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica " (C.P., art. 2º.), si no dispone de los medios coercitivos, que dentro de "la vigencia de un orden justo", requiere para asegurar esos fines. Por eso la misma Carta apela, entre otros mecanismos, al expediente de autorizar la conformación de un ejército dentro de la organización de su fuerza pública, que se encargue de "...la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional" (art. 217 C.P.).

Ciertamente, es a partir de la admisión de estos dos supuestos, esto es, del deber y del medio para lograrlo, como se justifica la obligación de "todos los colombianos" de prestar el servicio militar, salvo las excepciones legales. Esta es, como resulta fácil deducirlo, una obligación correlativa que surge precisamente del derecho de los colombianos, a que el Estado asuma, como unos de los cometidos esenciales que le encomienda la Carta, la obligación de "...defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica..." (art. 2º. C.P.).^[11]

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-350 de 2010.

Entonces, si bien los derechos fundamentales no pueden ser desconocidos bajo ninguna situación, no se vulneran al ser regulados para su adecuado ejercicio, ni tampoco al ser limitados para viabilizar el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que el constituyente impuso a las personas en beneficio de la colectividad o al servicio del Estado, principalmente cuando lo que se busca es la defensa de la soberanía y la salvaguarda de la paz.”

La Constitución Nacional en los artículos 216 a 227, hace referencia a la conformación, finalidad y regulación de la Fuerza Pública como cuerpo no deliberante, establece que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias, condiciones que deben ser establecidas en la ley.

Se tiene entonces, que la prestación del servicio militar obligatorio es un deber de los ciudadanos varones colombianos y la misma obedece a un trámite en el cual se debe determinar quiénes se encuentran en condiciones aptas para ello, estableciéndose también una serie de causales de exoneración, para quienes cuenten con unas condiciones específicas.

El H. Consejo de Estado, tomando como punto de partida decisiones de la Corte Constitucional, sobre el servicio militar ha señalado:

“El servicio militar, en consecuencia, ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un deber constitucional que no supone la desprotección de quien se encuentra obligado a prestarlo, ni representa un obstáculo para el desarrollo de la persona, sino que resulta ser una limitación del orden jurídico que no implica una restricción abusiva de los derechos ciudadanos. Claramente, la Carta Política 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”⁷

La Ley 48 de 1993, en el artículo 13⁸ estableció las diferentes modalidades para atender la obligación de prestación del servicio militar obligatorio, entre ellas, como soldado regular: de 18 a 24 meses, soldado bachiller: 12 meses, auxiliar de policía

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación número: 68001-23-31-000-2012-00512-01(AC). Sentencia del 22 de noviembre de 2012. CP. María Claudia Rojas L.

⁸ “ARTÍCULO 13º. 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 1º. 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.

PARÁGRAFO 2º. Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio”.

bachiller: 12 meses, y soldado campesino: de 12 hasta 18, correspondiendo al Estado compeler al varón que llegue a la mayoría de edad, para cumplir con ese gravamen especial deber legal.

Entre las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio, hay ciertas diferenciaciones, la situación de los soldados bachilleres, regulada en el artículo 13 de la citada Ley, es distinta y especial de las demás previstas para atender el servicio, por cuanto, deben ser instruidos no sólo como soldados sino para que 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, 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 territorio⁹.

En cuanto a la escogencia de la modalidad de incorporación para prestar el servicio militar obligatorio, en la sentencia T-976 de 2012¹⁰ –que fue citada por ambas partes-, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

"Ahora bien, lo anterior no es óbice para que si de manera libre, espontánea e informada el conscripto apto decide incorporarse en una modalidad diferente, de soldado bachiller o auxiliar de policía bachiller, a regular, sin embargo, esta situación especial debe estar precedida de un consentimiento informado, toda vez que hay una renuncia de ciertos beneficios y prerrogativas que la ley reconoce representados en tiempo, -12 meses de servicio- y actividades de bienestar social a la comunidad-, preservación del medio ambiente y conservación ecológica- así como el lugar de prestación en la zona geográfica en donde residen todo ello, en atención a la condición de tener estudios concluidos de bachillerato. Así las cosas, del contenido de la norma se colige entonces que hay ciertas modalidades para la prestación del servicio militar y, en consecuencia, cierto margen de libertad y autonomía en relación con la opción, lo que implica en todo caso que el joven realice la manifestación de la voluntad producto de un consentimiento informado en el que conozca cada una de las alternativas, los riesgos y/o beneficios inherentes a las mismas.

En tal sentido, el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Ejército Nacional deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para informar claramente a los jóvenes que voluntariamente deseen optar por alguna de las modalidades que la ley brinda

⁹ Consultar, entre otras, las Sentencias T-711 de 2010 y C-511 de 1994.

¹⁰ Sentencia T-976 del 22 de noviembre de 2012, Expediente T-3558193, M.P. Alexei Julio Estrada, Acción de tutela instaurada por Gladis Amparo Montoya Castrillón como agente oficiosa de Alejandro Cobo Montoya en contra del Ejército Nacional de Colombia-Batallón de Infantería de Selva No.35 Héroes de Güepi Larandia (Caquetá).

cuáles son los derechos y deberes que les asisten, así como los peligros de una u otra alternativa. Esta información debe ser el producto de un espacio de intercomunicación, inter-relación e inter-acción entre los actores involucrados en el que se genere un ambiente de confianza, respeto y compromiso para elegir lo que más le convenga al joven y le permitan tomar decisiones con plena conciencia y consentimiento sobre las cuestiones que afectan su vida y desarrollo personal.

Se enfatiza además que no es suficiente que el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, al momento de lograr el consentimiento informado, brinden datos de manera mecánica, procedimental o simplemente haga llenar un formato, sino que deben evaluar el grado de percepción y comprensión del joven aspirante que recibe la información, y ello sólo es posible mediante una conversación abierta, sincera, con datos claros y precisos entre los sujetos participantes que minimice las barreras de la comunicación que puedan surgir en algunos casos por las diferencias en los niveles educativo, cultural, socioeconómico y condiciones de vida.

En tal sentido, incluso en aquellos casos en los cuales un joven, teniendo el derecho a ser soldado bachiller, opte por una modalidad con un alto grado de peligrosidad como soldado regular y los funcionarios de reclutamiento del Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Ejército Nacional cuenten con elementos claros y objetivos para considerar que no tiene las aptitudes psicofísicas, psicológicas o mentales, tienen la obligación de adoptar medidas para encausar el consentimiento libre y espontáneo a favor de sus derechos.

En este caso particular se trata de elegir la modalidad del servicio militar que deben prestar y por ser una decisión de carácter trascendental que involucra aspectos relacionados con mayores y/o menores peligros para la vida y la integridad personal, es apenas lógico que se exija un grado alto de información del personal encargado de hacer el reclutamiento en garantía de los derechos fundamentales en juego.

Como se indicó previamente, el acto del joven ha de ser espontáneo, libre de presión, engaño, apremio, amenaza de cualquier índole, los que, si llegaran a presentarse en casos concretos, implicarían violación de la norma legal y simultáneamente de los derechos fundamentales de rango constitucional a los que se ha hecho referencia y de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Todo lo anterior, por cuanto el hecho de que se erija como deber constitucional el servicio militar no supone la desprotección de quien se encuentra obligado a prestarlo, ni debe ser un obstáculo para su desarrollo, sino que resulta ser una limitación del orden jurídico que no implica una restricción abusiva de los derechos de los ciudadanos.” (Negrilla fuera de texto).

En ese orden, el joven mayor de edad que debe definir su situación militar aun siendo bachiller, puede elegir prestar el servicio militar obligatorio como INFANTE REGULAR. No obstante, para que eso sea viable, la Corte Constitucional **exigió que esa elección debe de ser, además de libre y espontánea, informada lo cual consistente en que, previo a la elección, el aspirante reciba a manera de diálogo producido en un ambiente de confianza, respeto, compromiso y orientado, información amplia sobre las alternativas, los riesgos y/o beneficios inherentes a las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio; especialmente a la diferencia entre el tiempo y las actividades, entre una y otra modalidad de servicio militar.**

En cuanto al procedimiento para definir la situación militar, como en líneas anteriores se anotó, establece la Ley 48 de 1993 en los artículos 14 a 20 y el

Decreto 2048 del mismo año, las siguientes etapas: i) inicia con la inscripción¹¹, ii) luego la realización de los exámenes médicos para determinar la aptitud sicofísica¹², iii) el sorteo, entre los inscritos que resulten aptos, y iv) la incorporación a filas, de aquellos conscriptos aptos elegidos, que no comprueben su inhabilidad o causal de exención.

Por último, se resalta lo expuesto, por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-976 de 2012 que, la prestación del servicio constituye (i) un deber constitucional de carácter obligatorio, (ii) que se encuentra antecedido por el cumplimiento de unas etapas y requisitos previstos en la ley, (iii) pero que cuentan con unas causales de exención o de inhabilidad, (iv) adicionalmente se reconoce a los bachilleres una modalidad especial y distinta para atender la obligación del servicio militar en atención al grado de instrucción educativa; y por último, (v) el hecho de que sea obligatorio no implica una restricción abusiva de los derechos ciudadanos¹³.

2.2.3. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN EL TRÁMITE DE RECLUTAMIENTO.

El debido proceso es una garantía que tienen todos los ciudadanos, con el fin que dentro de cualquier trámite ya sea judicial o administrativo, tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de una actuación, por lo que en circunstancias como en el caso que hoy se puso a consideración de esta Sala, es necesario que las autoridades castrenses garanticen un proceso ajustado a las normas a quienes se encuentren definiendo su situación militar.

"5. El debido proceso administrativo en el reclutamiento e incorporación al servicio militar realizado por las autoridades militares.

5.1. El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, el cual debe ser respetado no solo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino

¹¹ Señala el artículo 14 que " *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*"; y que los estudiantes de undécimo grado, sin importar la edad, se deben inscribir durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército (pág. *Ibidem*). Prescribe igualmente el parágrafo segundo del citado artículo que la inscripción militar prescribe al término de un (1) año, vencido este plazo, surge la obligación de inscribirse nuevamente.

¹² El personal inscrito se somete a tres exámenes médicos para determinar la aptitud para el servicio militar (art. 15), El primero y el tercero de esos exámenes son obligatorios y el segundo es opcional (art.17).

¹³ Como es el caso del derecho de objeción de conciencia que pueden ejercer los ciudadanos frente a la prestación del servicio militar. Al respecto, consultar entre otras las siguientes sentencias: C-431 de 2004, C-728 de 2009 y T-350 de 2010.

también administrativas.¹⁴ Ahora bien, de acuerdo con la organización política del Estado Colombiano, el Ejército Nacional hace parte de la Rama Ejecutiva del poder público, por lo que en el ejercicio de sus funciones debe respetar el debido proceso y los principios que rigen la función pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política.¹⁵

5.2. En el ámbito de las actuaciones de la administración, esta Corporación ha indicado que el debido proceso para los efectos del artículo 29, hace referencia a la observancia de cada una de las etapas de la actuación administrativa. Al respecto indicó lo siguiente:

"[u]n conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones, ya que su inobservancia puede producir sanciones legales de distinto género. Se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con la disposición que de ellos realice la ley".¹⁶

5.3. En el caso bajo examen, la Sala considera pertinente resaltar, que los actos que realicen las autoridades castrenses con la finalidad de reclutar jóvenes para prestar servicio militar, deben garantizar el debido proceso en el trámite administrativo, lo que implica no solo el respeto de este derecho, sino de los demás derechos fundamentales de quienes están definiendo su situación militar que pueden verse amenazados o vulnerados con la violación del primero."¹⁷

Conforme al artículo 29 de la Constitución Política, el derecho fundamental al debido proceso se aplica "a toda clase de actuación judicial y administrativa" y no sólo en las actuaciones judiciales; siendo varias veces precisado por la Corte Constitucional¹⁸, que una de las principales garantías del debido proceso es, precisamente, la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, "de ser oído (a), de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga".¹⁹

¹⁴ Constitución Política. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

¹⁵ Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. || Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

¹⁶ Sentencia T-552 de 1992 (MP. Fabio Morón Díaz). En esta providencia, la Corte Constitucional precisó el alcance del derecho fundamental al debido proceso administrativo consagrado en el artículo 29 de la Carta, en relación con lo que indicó que "el proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general."

¹⁷ Corte Constitucional sentencia T - 587 del veintinueve (29) de agosto de 2013.

¹⁸ Sentencias C-617 de 1996, T-068 de 2005, T-103 de 2006, T-048 de 2008 entre otras.

¹⁹ Ibídem.

Sobre el particular escenario de los trámites que realizan las autoridades militares o de policía para el reclutamiento ha reiterado la Corte Constitucional²⁰ el deber de observar el respeto por el debido proceso, a fin de evitar cualquier tipo de arbitrariedad y más aún, cuando las decisiones que se profieren en el curso del mismo afectan sustancialmente la situación de un joven frente a la modalidad en la que debe prestar el servicio militar obligatorio.

En este contexto, destacó el máximo tribunal de constitucionalidad la relevancia de este derecho fundamental, ya que se trata de un medio imprescindible para la realización de los demás derechos constitucionales. Asimismo, la importancia del consentimiento informado en el cambio de modalidad de prestación del servicio militar para garantizar el debido proceso; consentimiento sobre el cual, esta Corporación ya se refirió, citando apartes de la misma sentencia de la Corte Constitucional.

2.2.4. DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN.

El derecho de petición se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, en los siguientes términos: ***"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución"***.

La H. Corte Constitucional ha afirmado, ha manifestado que el derecho de petición, "es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa y se garantizan otros derechos constitucionales, como el derecho a la información, a la participación política y a la libertad de expresión"²¹

En reiterada jurisprudencia²², el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha sostenido, que en la pronta resolución, por parte de la autoridad a quien se dirige la petición, más no en la formulación, que no deja de ser un aspecto formal, es donde este derecho fundamental adquiere toda su dimensión (núcleo esencial) como instrumento eficaz de la participación democrática, ya que así recibe información y hace efectivo el resto de los derechos fundamentales.

²⁰ Sentencia T-976 del 22 de noviembre de 2012, Expediente T-3558193, M.P. Alexei Julio Estrada.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T 630 de 2002.

²² Entre ellas, la Sentencia T- 495 de 1992.

En cuanto al núcleo esencial del derecho de petición, la Corte Constitucional²³ ha señalado que comprende los siguientes elementos²⁴: "i) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas (núcleo esencial)²⁵; ii.) Una respuesta que debe ser pronta y oportuna, es decir otorgada dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, así como clara, precisa y de fondo o material, que supone que la autoridad competente se pronuncie sobre la materia propia de la solicitud y de manera completa y congruente, es decir sin evasivas, respecto a todos y cada uno de los asuntos planteados y iv.) Una pronta comunicación de lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea positiva o negativa, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido".

En esa dirección, la respuesta que se entregue, debe resolver de manera precisa y completa el escrito sometido a su consideración²⁶ y, por ende no se considera satisfecho este derecho cuando la administración da respuestas evasivas o se limita a la simple afirmación que el asunto se encuentra en revisión, porque "el derecho de petición se materializa cuando la autoridad requerida, o el particular en los eventos en que procede, emite respuesta a lo requerido, respetando el término concedido para tal efecto. Sin embargo, esa garantía no sólo implica que la solución al petitum se emita dentro del plazo oportuno, sino que dicha respuesta debe: i) ser de fondo, esto es, que resuelva la cuestión sometida a estudio, sea favorable o desfavorablemente a los intereses del peticionario; ii) ser congruente frente a la petición elevada; y, iii) **ser puesta en conocimiento del solicitante.** Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental"²⁷

²³ Ver entre otras las sentencias T-220 de 1994; T-515 de 1995; T-309 de 2000; C-504 de 2004; T-892, T-952 y T-957 de 2004. Ver, Corte Constitucional, sentencia T 207 de 2007. Igualmente consultar T-213 de 2005, T-657, T-658 y T-692 de 2004, T-119 de 1993, T-663 de 1997, T-281 de 1998 de la misma Corporación.

²⁴ Ver sentencias T-944 de 1999 y T-447 de 2003. En la sentencia T-377 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, retomada recientemente por las sentencias T-855 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-734 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-915 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras, se delinearón algunos supuestos fácticos mínimos del derecho de petición, que han sido precisados en la jurisprudencia de esta Corporación, mediante sus diferentes Salas de Revisión.

²⁵ Es abundante la jurisprudencia existente sobre el núcleo esencial del derecho de petición. Se pueden consultar, entre las más recientes las siguientes: T-091, T-099, T-143, T-144, T-144 y T-1099 de 2004.

²⁶ Ver sentencia T -166 de 1996, donde se señaló: "...ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de sostener que el derecho de petición no se ve satisfecho simplemente porque la autoridad ante la cual se eleva la solicitud se limite a responder y menos a acusar recibo, sino que debe producirse una respuesta que guarde relación con lo solicitado, sin que ello implique necesariamente, que ella deba ser favorable; es decir, que el funcionario competente está en la obligación de analizar a fondo la petición para emitir una respuesta que guarde relación directa con lo solicitado en la misma"

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T 490 de 2007.

Quiere decir lo anterior que el derecho de petición se satisface sólo con las respuestas, sean positivas o negativas, y tienen esta categoría, aquellas que deciden, que concluyen, que afirman una realidad, que satisfacen una inquietud, u ofrecen certeza al interesado (Sent. T-439 de 1998). Por lo tanto, se revela vulneración de este derecho constitucional, cuando no hay respuesta a la petición formulada o cuando su resolución es tardía.

La norma superior (Art. 23) no estipuló dentro de qué término las autoridades deben resolver prontamente, pero dicho tiempo o período para obtener la respuesta le fue dejado a la ley, que por regla general está dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011²⁸, que establece un plazo de quince (15) días para dar respuesta a las solicitudes de contenido particular. En caso de no recibirse respuesta de fondo por parte de las autoridades dentro del término señalado, se vulnera el derecho de petición constitucionalmente protegido.

Ahora bien, en el evento que la autoridad ante quien se formule la solicitud, se considere no es el competente para resolver la misma por cuanto lo pedido escapa del ámbito de sus funciones, la debe remitir a la entidad competente, quien deberá proceder a dar respuesta en los términos de Ley, establecidos para el efecto, tal como establece el artículo 21 de la Ley 1473 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

2.2.5. DEL CASO CONCRETO.

Lo pretendido vía acción de tutela por el accionante, es que en amparo de su derechos fundamentales, se le cambie la modalidad de incorporación de prestación de servicio militar obligatorio en la Infantería de Marina, de Infante de Marina Regular a Infante de Marina Bachiller, consecuencia de lo cual se deberá ordenar su desacuartelamiento inmediato, por haber cumplido con el tiempo estipulado en el artículo 13 literal b de la Ley 48 de 1993.

En el sub judice, conforme la presunción de veracidad²⁹ que surge por la ausencia de pronunciamiento de la entidad accionada, se tiene, que el actor se encuentra vinculado a la Armada Nacional en cumplimiento de su servicio militar

²⁸ Disposición que se encuentra sustituida en el Título II, Derecho de Petición, Capítulos 1, 2, y 3, artículos 13 a 33 por la Ley 1755 de 2015; por cuanto había sido declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-818 de 2011.

²⁹ Decreto 2591 de 1991. **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.

obligatorio, en la Base de Entrenamiento de la Infantería de Marina con sede en Coveñas Sucre.

Las documentales obrantes en el plenario y que se valoran en virtud del principio de buena fe e informalidad que regulan el trámite de la acción de tutela, indican que el señor ANER MELLI PILILLA FLÓREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.109.419.633, en ejercicio del derecho de petición, solicitó al Comando de Infantería de Marina de Coveñas a través de escrito de fecha 22 de julio de 2016, que se le modificará la modalidad de prestación de servicio militar de soldado regular a soldado bachiller y por ende, el tiempo del mismo se reduzca conforme lo establecido en el artículo 13 de la Ley 48 de 1993, a 12 meses contados a partir de la fecha de ingreso a la Institución³⁰.

La anterior documental, aunada a la presunción de veracidad, permite afirmar a la Sala, que efectivamente el actor se encuentra prestando el servicio militar como Infante de Marina Regular, perteneciente al Batallón Orgánico de la Base de Entrenamiento de Infantería de Marina de Coveñas.

Como ya se anotó, la prestación del servicio militar obligatorio tiene un procedimiento legalmente establecido, de acuerdo con el cual todo varón de nacionalidad colombiana que haya cumplido los dieciocho (18) años de edad debe definir su situación militar realizando una inscripción, para que con posterioridad sean realizados los exámenes físicos y médicos necesarios para determinar si se encuentra en condiciones aptas para la prestación del servicio militar.

Es necesario precisar, como bien se expuso en párrafos precedentes, que la prestación del servicio militar obligatorio tiene un procedimiento, así mismo, legalmente se encuentran establecidas unas modalidades de incorporación que la autoridad militar encargada del reclutamiento, debe dar a conocer a quienes se aprestan a cumplir con la carga del servicio militar, para que decidan la modalidad de vinculación, función y trámite administrativo que no puede ser suplida por el Juez constitucional.

Ahora, el actor con su demanda de tutela aporta Acta de Grado y Diploma de Bachiller académico obtenido en la Institución Educativa Técnica "LOS ANDES" graduado el 05 de diciembre de 2011 (folio 8 y 9).

³⁰ Folios 4-5

Igualmente se resalta, la entidad accionada no rindió informe de tutela y no explica a este Tribunal cual fue el trámite surtido en la incorporación a filas del joven ANER MELLI PINILLA FLÓREZ, como tampoco de las advertencias sobre las modalidades de prestación de servicio militar (a lo cual en alguna decisiones la Corte Constitucional, le llama consentimiento informado)³¹⁻³², lo que significa que las autoridades encargadas de realizar las incorporaciones a filas tienen la obligación de analizar y dar a conocer al joven que va a ser reclutado las modalidades de prestación de servicio militar o si se encuentra o no amparado por una causal de exención, de lo contrario, vulneran el derecho fundamental al debido proceso administrativo, en tanto estarían pretermitiendo una de las etapas previstas en la Ley 48 de 1993, relativa al trámite que se debe surtir para definir y posteriormente incorporar a los jóvenes a filas.

En tal sentido, como no se advierte cual fue el trámite surtido por la accionada para llevar a cabo la incorporación del actor, ni si en el mismo se cumplió con la obligación de exponer la modalidades de prestación de servicio militar, condición que en el presente asunto se alega y que siguiendo las reglas de la Corte Constitucional, constituye una afrenta al derecho al debido proceso³³.

Dicho sea de paso, recalcar la importancia del consentimiento informado en los procesos de reclutamiento e incorporación al servicio militar realizados por las autoridades militares en el cambio de modalidad, pues conforme a lo expresado por la Corte Constitucional y haciendo una valoración de los elementos probatorios que obran en el expediente y atendiendo a la falta de pronunciamiento de la entidad accionada frente a los hechos de la demanda, se puede fácilmente determinar que en el presente caso, no se cumplió por parte de la Institución Militar con el deber de ofrecer la debida información al señor

³¹ Ver sentencia T- 976 de 2012. "El consentimiento informado, en sede de las actuaciones de las Fuerzas Militares, implica que estas deben crear un espacio de diálogo e interacción con los jóvenes incorporados a filas o que se encuentran en dicho proceso, con el fin de que cualquier manifestación de voluntad que hagan ante las autoridades militares sea el reflejo de una decisión informada, esto es, con pleno conocimiento de las implicaciones que puede traerles dicha decisión para su vida tanto personal como profesional. En este orden de ideas, son las autoridades militares las encargadas de brindar toda la información requerida por los jóvenes para que sus decisiones relativas a la prestación del servicio sean libres e informadas".

³² "Los actos que realicen las autoridades castrenses con la finalidad de reclutar jóvenes para prestar servicio militar, deben garantizar el debido proceso en el trámite administrativo, lo que implica no solo el respeto de este derecho, sino de los demás derechos fundamentales de quienes están definiendo su situación militar que pueden verse amenazados o vulnerados con la violación del primero; Sala consideró que se vulnera el derecho al debido proceso, cuando el Ejército Nacional decide incorporar a filas a un joven que se encuentra amparado por una eximente legal para la prestación del servicio militar, consistente en su calidad de hijo único". Corte Constitucional, sentencia T – 587 de 2013.

³³ Al respecto, igualmente consultar, Sentencia del 22 de octubre de 2015, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Ref.25000-23-37-000-2015-01515-01, Demandante: Roger Antonio Tapias Mejía, Demandado: Policía Nacional. Caso con analogía al presente, en cual se decidió la impugnación contra fallo de tutela proferido por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

PINILLA FLÓREZ, ni muchísimo menos se percató dicha institución, de que el accionante tuviera claras las consecuencias de su ingreso al servicio militar en la Infantería de Marina y las condiciones en que prestaría allí su servicio obligatorio.

Bajo estos argumentos, la Sala concederá la tutela del derecho de petición y al debido proceso invocado por el actor, teniendo en cuenta que, dicha reclamación se encuentra en trámite administrativo en virtud de la solicitud formulada por el actor, en escrito del 22 de julio de 2016, y que a la fecha no se le da dado respuesta de fondo. Por consiguiente, se ordenará al **MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL- COMANDO DE INFANTERÍA DE MARINA, BASE DE ENTRENAMIENTO DE INFANTERÍA DE MARINA DE COVEÑAS Y ORGÁNICO DEL BATALLÓN DE COMANDO Y APOYO NO. 6**, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, procedan resolver de fondo el derecho de petición del accionante y así mismo, se adelanten las respectivas actuaciones administrativas a fin de que se modifique la modalidad en que fue incorporado el joven ANER MELLI PINILLA FLÓREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.109.419.633, al servicio militar, esto es, de Infante de Marina Regular a soldado bachiller y se realice su desacuartelamiento inmediato, así como la expedición de los respectivos documentos: Libreta militar, y tarjeta de conducta, de conformidad con las normas pertinentes.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO-. TUTELAR los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y DE PETICIÓN en favor del accionante, señor ANER MELLI PINILLA FLÓREZ

SEGUNDO-.En consecuencia, se ordena a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – COMANDO DE INFANTERÍA DE**

MARINA – BASE DE ENTRENAMIENTO DE COVEÑAS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, procedan resolver de fondo el derecho de petición del accionante y así mismo, se adelanten las respectivas actuaciones administrativas a fin de que se modifique la modalidad en que fue incorporado el joven ANER MELLI PINILLA FLÓREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.109.419.633, al servicio militar, esto es, de Infante de Marina Regular a soldado bachiller y se realice su desacuartelamiento inmediato, así como la expedición de los respectivos documentos: Libreta militar, y tarjeta de conducta, de conformidad con las normas pertinentes.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito a la entidad accionada, así como a la parte accionante, conforme a los artículos 30 y 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no fuere impugnado este fallo, envíese, al día siguiente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala según acta No.167 de la fecha.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA