

AVISO NOTIFICACIÓN FALLO A VINCULADAS

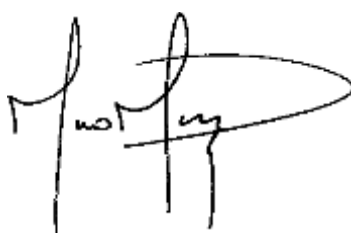
Se hace saber a **GLORIA ELENA PALACIO BARRERA y ANGIE PAOLA PALACIO BARRERA**, emplazadas dentro del trámite de tutela, que mediante sentencia proferida el diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por la señora María Fernanda Velásquez Gutiérrez contra La Nación Ministerio de Defensa Nacional y otros, radicado bajo el No. **66001-33-33-0002-2019-00035-00**, se resolvió lo siguiente:

(...)

1. Tutelar los derechos fundamentales de los menores: Jhostyn Makley Zapata Velásquez y Simón Sainn Zapata Velásquez, a la vida digna, a la educación, a la salud, a la recreación y vestuario, por las razones expuestas en esta providencia.**2.** Como consecuencia: **ordenar** al Comandante de Personal de Ejército Nacional, al Director de Prestaciones de la misma entidad, al Comandante del Batallón de Infantería No. 23 Vencedores de Cartago para que de consuno, y como mecanismo transitorio mientras el juez competente toma una decisión sobre el particular, en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realicen las actuaciones administrativas para que se incluya nuevamente en nómina al hoy desaparecido soldado profesional Jesús Antonio Zapata Moscoso y se consigne el 50% del salario a favor de María Fernanda Velásquez Gutiérrez por ser la representante legal y madre de los menores Jhostyn Makley Zapata Velásquez y Simón Sainn Zapata Velásquez. Así como el porcentaje del subsidio familiar que corresponda a los menores antes señalados. El otro 50% solo podrá ser definido por el juez ordinario competente para adelantar el proceso a que haya lugar. Además, del retroactivo correspondiente al 50% ya mencionado, y al que haya lugar por subsidio familiar de los dos menores, ello desde el momento en que se congelaron los salarios del militar. **2.1.** Se **advierte** a María Fernanda Velásquez Gutiérrez, como representante de los menores, que la acción de tutela se concede como mecanismo transitorio mientras el juez competente profiera sentencia en la acción declaratoria de que trata la Ley 1531 de 2012. Para lo cual se le

concede un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela para la presentación de la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles, con la salvedad de que si no se instaura, cesarán los efectos de ésta. **3. Tutelar** los derechos fundamentales de petición y al debido proceso de María Fernanda Velásquez Gutiérrez, por las razones expuestas en esta providencia. **4.** Como consecuencia: **ordena** al Director del Comando de Personal del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón No. 23 Vencedores de Cartago que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, emitan y notifique una respuesta **completa, precisa, clara y de fondo** a la petición incoada el día 29 de noviembre de 2018 conforme al escrito petitorio. **5.** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz. **6.** El desacato a lo aquí dispuesto se sancionará en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991. **7.** La presente sentencia puede impugnarse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. **8.** En firme esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. NOTIFÍQUESE. EDIER ENRIQUE ARIAS MONTOYA JUEZ".

El presente AVISO se publica en la página web de la Rama Judicial -Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo -Juzgado Segundo Administrativo, opción "Aviso a Las comunidades", año 2019, hoy diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019). De igual manera se dispondrá su fijación en un lugar visible de la Secretaría de este Juzgado y en el primer piso de la Torre A del Palacio de Justicia de Pereira.



MAURICIO MARTÍNEZ PALACIO
SECRETARIO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA

Pereira, Risaralda, diez de abril de dos mil diecinueve

Referencia:

Exp. Rad. 66001-33-33-002-2019-00035-00

Acción de tutela

Actores: María Fernanda Velásquez Gutiérrez (C.C. 1.059.354.611), Jhostyn Makley Zapata Velásquez (NUIP. 1.088.284.997), y Simón Sainn Zapata Velásquez (NUIP. 1.088.323.693)

Accionado: Ministerio de Defensa Nacional y otros

Profiere el despacho sentencia de primera instancia dentro de la presente acción.

I. PRETENSIONES Y DERECHOS QUE SE INVOCAN COMO VULNERADOS

Los accionantes solicitan que se protejan sus derechos fundamentales a la vida, a la vida digna, a la educación, a la salud, a una familia digna, a la recreación, vestuario y a la seguridad del núcleo familiar, ordenándose a los accionados: i) reanudar inmediatamente el pago del salario que devengaba como soldado profesional Jesús Antonio Zapata Moscoso, así como lo pagos congelados, ii) que dichos salarios sean consignados a la cuenta de ahorros Bancolombia No. 720-569185-08 para garantizar el sostenimiento de los menores. iii¹) se ordene el pago del subsidio familiar retenido por la unidad militar desde noviembre de 2018.

Además, solicita información clara y precisa sobre la situación del soldado, compañero permanente y padre de los accionantes respecto a: *“¿Por qué no estaba en las instalaciones del Batallón donde es orgánico, para la fecha de la desaparición forzada?, ¿por qué estaba en la ciudad de Buenaventura, Valle?, ¿permiso?, ¿licencia?, ¿vacaciones?, a qué se dedicó, o cuáles eran sus funciones dentro de la su unidad, durante el último año, después de haber concluido el año de retiro asistido o adaptación a la vida civil?”*

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS ACCIONANTES

¹ Según documento del 1 de abril de 2019 adiciona esta pretensión. Cf. folios 90 a 92.

La presente acción constitucional es promovida por María Fernanda Velásquez Gutiérrez identificada con cédula de ciudadanía No. 1.059.354.611 en nombre propio y de los menores Jhostyn Makley Zapata Velásquez identificado con el Nui. 1.088.284.997, y Simón Sainn Zapata Velásquez identificado con el Nui. 1.088.323.693, quienes reciben notificaciones en la manzana 6 casa 15 en el barrio Villa Consota (Cuba) en Pereira, teléfono: 3193996789. Correo electrónico: e.velasquezgutierrez@gmail.com. Folio 7.

III. AUTORIDADES ACCIONADAS Y VINCULADOS

Como accionados se encuentran el Ministro de Defensa, el Comandante del Ejército Nacional y el Comandante del Batallón de Infantería No. 23 Vencederos de Cartago, Valle (folio 33), como vinculados el Comandante de Personal del Ejército Nacional, así como el Director de Prestaciones de la misma entidad.

En atención al auto del 28 de marzo de 2019² por el cual se decretó la nulidad de lo actuado a partir del fallo de instancia, mediante providencia del 1 de abril de 2019³ se estuvo a lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda y, en consecuencia, se vinculó a Gloria Elena y Angie Paola Palacio Barrera, además se otorgó a las entidades accionadas y a la parte actora un término de dos días para adicionar sus argumentos si así lo estimaban pertinentes.

IV. HECHOS

- María Fernanda Velásquez y Jesús Antonio Zapata Moscoso declararon ante la Notaria Única de La Virginia, Risaralda, la existencia de una unión material de hecho mediante escritura pública No. 792 del 26 de agosto de 2008. Folio 12.
- Son hijos de los antes mencionados los menores Jhostyn Makley Zapata Velásquez y Simón Sainn Zapata Velásquez, según registros civiles No. 42466097 y No. 44504293, respectivamente. Folios 13 y 14.
- El soldado profesional Zapata Moscoso percibía como salario la suma de \$2.168.426.00, esto es, con los descuentos de ley y embargo. Folios 28 a 30.
- El soldado y los menores referidos se encuentran en estado activo en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares. Folios 15, 16 y 26.

² Folio 84 a 86.

³ Folio 93.

- Nurby Zapata Moscoso presentó el 30 de octubre de 2018 ante la Fiscalía General de la Nación denuncia por la desaparición de su hermano Jesús Antonio, la cual fue radicada bajo el No. SIRDEC2018D008837. Hecho 7 folio 3.
- El día 04 de diciembre de 2018, la demandante presentó ante el Batallón de Infantería No. 23 Vencedores de Cartago, una serie de documentos⁴ para continuar con “los trámites correspondientes”. Folio 27.
- La actora, en consuno con el padre del soldado ya citado, presentó petición el día 29 de noviembre de 2018, ante el Director de Familia y Bienestar del Ejército Nacional (Bogotá), con el fin de recibir información respecto a la desaparición del padre de sus hijos, así como los trámites para acceder a la cuota alimentaria, manutención, educación, salud entre otros,
- En respuesta, se emite oficio del 14 de diciembre de 2018⁵, por medio del cual el anterior director comunica la remisión, a la parte actora de la petición, al Batallón de Infantería No. 23 Vencedores⁶ y a la Dirección de Sanidad⁷. Folios 22 a 25.
- La accionante reportó el día 05 de diciembre de 2018 la desaparición de dicho soldado ante la Sala de Atención al Usuario (SAU) de la Fiscalía General de la Nación en Pereira. Folios 18 a 21.
- María Fernanda Velásquez es la beneficiaria del seguro de vida del soldado desaparecido. Folio 56.

V. RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA Y VINCULADA

El Comandante del Batallón de Infantería No. 23 Vencedores⁸ indica que el soldado Zapata Moscoso es orgánico de la unidad, y que para el mes de diciembre de 2017, salió a realizar el curso de retiro asistido en Pereira, siendo citado en la unidad de manera esporádica para realizar control y seguimiento. Afirma que a dicho soldado le debía de llegar el retiro del servicio para el mes de abril de 2018.

Manifiesta que el soldado solo compareció a la unidad militar en el mes de septiembre de 2018, cuando le retuvieron el sueldo, e informó que tenía problemas jurídicos que impedían al comando de personal tramitar su baja del servicio, para lo cual se

⁴ i) fotocopia cédula, ii) fotocopia cédula y carnet de servicios médicos del soldado, iii) copia escritura pública No. 0792 del 26 de agosto de 2008 (unión marital de hechos) de la Notaría Única de la Virginia, Risaralda. iv) Copia de los registros civiles de los menores.

⁵ Oficio No. 20183622462901: MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIFAB-1.10.

⁶ Oficio No. 20183627185023: MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIFAB-1.10.

⁷ Oficio No. 2018-3627247623: MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIFAB-1.10.

⁸ Folio 44 y siguientes.

comprometió a estar pendiente de su proceso y verificar en el Juzgado Promiscuo de la Virginia su situación judicial. Añade que para el mes de octubre de 2018 le fue informado por parte de la hermana del multicitado soldado la desaparición del mismo, razón por la cual la familia instauró la denuncia respectiva.

Asegura que procedió a entablar comunicación con el COPER⁹ para así establecer el procedimiento a seguir y, en respuesta, le informaron que debía proceder a deducir el sueldo y a colocarlo en la cuenta de acreedores varios, ya que se debía surtir el proceso correspondiente y así establecer quiénes eran los beneficiarios del desaparecido, información que afirma tiene conocimiento la demandante.

Aclara que el soldado Zapata Moscoso convive con la madre de su primera hija y no con la accionante, por lo que no es posible que el Ejército determine a quién se le debe consignar el sueldo, ya que sólo un juez lo puede establecer. Solicita no acceder a las pretensiones de la tutelante por existir otros medios judiciales para su trámite.

En respuesta a lo solicitado mediante auto del 14 de febrero de 2019 (folio 46), el Batallón accionado informa que la unidad estableció que el soldado Moscoso no convivía con la accionante después de que acudiera toda su familia a la unidad militar, afirma que se encuentran en contacto con la hermana del mismo (Nohelia Zapata Moscoso) y ratifica que en la actualidad el señor Zapata Moscoso convive con Gloria Elena Palacio Barrera madre de la primera hija. Por último, menciona que es María Fernanda Velásquez la beneficiaria del seguro de vida.

El Ministerio de Defensa; y los Comandantes del Ejército Nacional, del Comando de Personal y el Director de prestaciones de la misma entidad guardaron silencio (folio 39). Asimismo, las vinculadas señoras Palacio Barrera, a quienes se les emplazó¹⁰ ante el desconocimiento de una dirección para la notificación personal de la vinculación a este trámite constitucional.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Asunto a resolver:

Se contrae esta causa constitucional, en primer lugar, a determinar si es procedente la acción de tutela (como mecanismo de carácter transitorio o permanente) para amparar los derechos fundamentales a la vida, a la vida digna, a la educación, a la salud, a una

⁹ Comando de personal del Ejército Nacional.

¹⁰ Véase folios 96 y 97.

familia, a la recreación, vestuario y a la seguridad¹¹ de María Fernanda Velásquez Gutiérrez, Jhostyn Makley Zapata Velásquez y Simón Sainn Zapata Velásquez, habida cuenta que fue congelado el salario que percibía el soldado profesional Jesús Antonio Zapata Moscoso, quien se encuentra desaparecido y en estado activo en la institución, y de quien dependían económicamente por ser compañero permanente y padre de los accionantes. O si, por el contrario, la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles, de que trata la Ley 1531 de 2012, es el mecanismo idóneo para que se ventilen y eventualmente se garanticen los derechos de los tutelantes.

En segundo lugar, de ser procedente la acción, establecer si están siendo vulnerados los derechos esgrimidos y a quiénes de los tutelantes.

La tesis que sostiene el despacho consiste en afirmar que sí es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para la protección de los derechos de los menores¹²: Jhostyn Makley Zapata Velásquez y Simón Sainn Zapata Velásquez; y si bien existe otro mecanismo para su protección, como lo es la declaración antes referida (Ley 1531 de 2012), por la urgencia de proteger derechos fundamentales de los niños, en su calidad de sujetos de especial protección constitucional y ante un posible perjuicio irremediable como el que se avizora, se hace necesario la protección constitucional inmediata, mientras se adelantan los demás mecanismos judiciales y se toman las decisiones definitivas sobre el particular.

Igualmente, procede la protección de los derechos de petición y al debido proceso de María Fernanda Velásquez Gutiérrez, como quiera que ninguna autoridad puede otorgar respuestas evasivas o simplemente formales y obviar el análisis de los documentos que se aportan, menos resolver de manera imprecisa e incompleta lo solicitado en el escrito petitorio, aún más, cuando dicha respuesta es necesaria para tener conocimiento del paradero de su compañero permanente, de las gestiones que se están ejecutando para el esclarecimiento de la desaparición y de los trámites necesarios para que sus hijos menores de edad, accedan a la cuota alimentaria, manutención, educación y salud a falta de su padre, como ella lo solicita a la autoridad administrativa; mas no así los derechos fundamentales que le serán tutelados a sus hijos, en primer lugar, por no ser sujeto de especial protección constitucional y, en segundo, porque solo mediante el esclarecimiento de situación en los estrados judiciales competentes se podrá decidir sobre si es sujeto activo de tales derechos.

¹¹ U otros derechos que deban ser protegidos.

¹² A la vida digna, a la educación, a la salud, a la recreación y al vestuario

6.2. Apuntes constitucionales, legales y jurisprudenciales previos:

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela con el fin de que cualquier persona pueda reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La acción de tutela fue concebida para lograr una orden judicial de cumplimiento inmediato, encaminada a defender los derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario que puede ser ejercido siempre que no exista otro mecanismo de defensa o, existiendo, de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

La protección especial para las personas en circunstancias de debilidad manifiesta surge del contenido expreso del artículo 13 inciso tercero de la Constitución Política de Colombia que dice:

“el estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en una circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Es relevante en este asunto tener en cuenta que conforme a la Constitución Política artículo 44,

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión...”. Igualmente señala que “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

“Debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional, por ser una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”. Lo anterior, ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos.

Se trata de un principio que condiciona el actuar de las personas y de las instituciones estatales y privadas al momento de la toma de decisiones en las que puedan verse afectados los niños o las niñas, ordenando valorar sus intereses como superiores. En otras palabras, es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos de los menores.

Bajo esta lógica es que la jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, “el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.”

Sobre el término el mecanismo transitorio el artículo 8 del Decreto de 2591 de 1991: estable:

“La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los efectos de éste”.

De otro lado, la Corte, en su extensa jurisprudencia, ha fijado una serie de reglas que permiten determinar el alcance del derecho de petición. Al respecto ha señalado¹³:

- 1. La respuesta otorgada por la autoridad debe resolver de manera precisa y de fondo la solicitud elevada.**
- 2. No satisfacen el derecho de petición las respuestas evasivas o simplemente formales aunque sean proferidas en tiempo.**
- 3. La respuesta a la petición formulada debe proferirse en forma oportuna. El legislador ha establecido como regla general un término de 15 días para dar respuesta a las peticiones elevadas, de manera que si no fuere posible contestar en dicho plazo, la autoridad deberá informar esta situación al interesado indicando los motivos de la demora y señalando un término razonable en que procederá a resolver de fondo la solicitud (artículo 6º del Código Contencioso Administrativo).*
- 4. El peticionario no está en la obligación de asumir las cargas derivadas de la actitud negligente de las autoridades públicas que no responden las solicitudes elevadas ante ellas en forma oportuna, argumentando exceso de trabajo.*
- 5. La respuesta que debe proferir la Administración puede ser a favor o en contra de los intereses del peticionario. El ejercicio del derecho de petición no incluye el compromiso de las autoridades de resolver acogiendo los requerimientos del solicitante, pues allí opera el poder del Estado de proferir la decisión que en derecho corresponda. (Negrilla del despacho).*

En cuanto a los términos para decidir las peticiones, en primer lugar, el artículo 14º de la Ley 1437 de 2011, que fuera sustituido por la Ley 1755 de 2015¹⁴, inserido en el capítulo sobre “derecho de petición ante autoridades reglas generales”, consagra un término de

¹³ Sentencia T-1244 de 2001

¹⁴ “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Publicada en el Diario Oficial 49559 de junio 30 de 2015.

quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo para resolver o contestar las peticiones.

6.3. El caso concreto:

6.3.1. Sobre la procedencia de la acción y la vulneración de los derechos de los menores

En lo que respecta a la pretensión de reanudación inmediata del pago del salario que devengaba el soldado profesional Zapata Moscoso, así como su retroactivo, además del subsidio familiar que a los menores les corresponde, como mecanismo para protección de los derechos vulnerados, es importante hacer el mismo análisis que hizo la Corte Constitucional en sentencia T- 275 de 2016 frente al requisito de procedibilidad, para luego, de cumplir con dichos requisitos, indicar si su efecto es de carácter transitorio o permanente:

- Legitimación: La acción de tutela se dirige en contra del Ministerio de Defensa, el Ejército Nacional y el Batallón de Infantería No. 23 Vencedores de Cartago y los vinculados: Comando Personal del Ejército Nacional y de Prestaciones de la misma entidad, quienes tienen una relación directa o indirecta con el soldado profesional Jesús Antonio Zapata Moscoso como su subordinado, quien es compañero permanente y padre de los accionantes, lo cual, evidencia que existe legitimación por pasiva.
- Inmediatez: Desde noviembre de 2018 el Batallón accionado, bajo la directriz del COPES, procedió a congelar el sueldo del soldado, con fundamento en que debía esperar a surtirse *“el proceso correspondiente y determine quiénes son sus beneficiarios”*¹⁵; es decir, dentro de un tiempo razonable. Por consiguiente, se considera que en este caso se cumple tal requisito, habida cuenta que han solo pasado tres meses desde la directriz del ejército nacional.
- Subsidiariedad: la misma se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone a los ciudadano la obligación de acudir a los mecanismos judiciales antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la tutela, salvo que de no invocarse se presente la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual se deberá demostrar que es inminente y grave, como se advierte de manera palmaria al identificarse que los menores de edad han dejado de recibir los recursos para su manutención.

¹⁵ Folio 44 vuelto.

De acuerdo con los fundamentos de hecho que plantea el presente caso, considera este juez constitucional que la jurisdicción ordinaria a través de la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles (Ley 1531 de 2012) en principio es la idónea para resolver la controversia que se plantea en el presente caso, y determinar a quién se le debe de consignar el monto correspondiente al salario del soldado desaparecido y su retroactivo, pero este operador judicial no puede dejar a un lado los siguientes aspecto que la hacen procedente: i) se encuentra acreditado que dos de los accionantes son menores de edad y, por ende, sujetos de especial protección constitucional; ii) pese a existir mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos invocados, estos no son idóneos para proteger los derechos de los menores referidos, desde el momento del congelamiento del salario existe un perjuicio irremediable, por la falta de sustento económico para alimentación, estudio, vestuario, recreación entre otros; iii) si el pago de la nómina continúa retenida, subsiste la configuración de dicho perjuicio; y por último, iv) la accionante ha acreditado la diligencia en la búsqueda administrativa de los derechos conculcados a los menores, así como la negativa o silencio de las accionadas en el procedimiento a seguir por la desaparición de su compañero permanente.

Se advierte, de un lado, la procedencia de la acción como mecanismo transitorio, y del otro, en lo que respecta a los derechos a la vida digna, a la educación, a la salud, a la recreación y vestuario¹⁶ de los menores, se ordenará su tutela efectiva, pues existe prueba sumaria de ser beneficiarios y depender económicamente del soldado Zapata Moscoso.

En consecuencia se ordenará al Comandante de Personal de Ejército Nacional, al Director de Prestaciones Sociales de la misma entidad, y al Comandante del Batallón de Infantería No. 23 Vencedores de Cartago, para que de consuno, en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realicen las actuaciones administrativas para que se incluya nuevamente en nómina, al hoy desaparecido soldado profesional Jesús Antonio Zapata Moscoso, y se consigne¹⁷ el 50% del salario a favor de María Fernanda Velásquez Gutiérrez por ser la representante legal y madre de los menores Jhostyn Makley Zapata Velásquez y Simón Sainn Zapata Velásquez. El otro 50% solo podrá ser definido por el juez ordinario competente para adelantar el proceso.

Además, del porcentaje del subsidio familiar que corresponde por los dos menores. Igualmente, se accederá al pago del retroactivo sobre el 50% ya indicado de los meses durante los cuales estuvo congelado el salario, los mismos que del subsidio familiar, ello

¹⁶ No a los derechos a la vida, a una familia y a la seguridad del núcleo familiar, al no existir prueba sumaria de su vulneración.

¹⁷ Número de cuenta de ahorros Bancolombia No. 720-569185-08. Folio 4.

en un elemental sentido de justicia distributiva con los menores, quienes además de no contar con su padre, tuvieron que pasar la navidad, el año nuevo y ahora la temporada escolar sin el sustento económico para sufragar dichos gastos.

Intentó el despacho confirmar o desvirtuar la existencia de una hija, al parecer mayor de edad, agotados los medios de prueba no se logró acreditar tal situación, pero se tiene que como los menores aquí tutelantes son quienes aparecen como beneficiarios del soldado¹⁸, ello por sí solo les otorga, de manera excluyente mientras no se acredite un derecho de igual categoría, la tutela transitoria de sus derechos; máxime cuando la tal hija "*Angie Palacio Barrera*" tiene los apellidos de su madre como se advirtió de los comentarios vertidos a lo largo de este trámite constitucional.

Se advierte a María Fernanda Velásquez Gutiérrez como representante de los menores que la acción de tutela se concede como mecanismo transitorio mientras el juez competente profiera sentencia en la acción declaratoria de que trata la Ley 1531 de 2012. Para lo cual se le concede un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela para la presentación de la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles, con la salvedad de que si no se instaura, cesarán los efectos de ésta.

6.3.2. De los derechos aducidos por la compañera permanente:

Como se dijera al plantear el asunto a resolver, no se tutelarán los derechos esgrimidos por la madre de los menores, por cuanto al no ser sujeto de especial protección constitucional debe adelantar los trámites ordinarios para tal fin, sobre todo cuando persiste duda sobre su calidad de compañera permanente y que existan personas con igual o mejor derecho que ella.

Ello es claro cuando, estando en curso la tutela, se puso de presente por parte del Batallón de Infantería No. 23 Vencedores (folio 44) la existencia de otra pareja e hija (mayor de edad, no reconocida¹⁹), para lo cual, mediante auto del 14 de febrero de 2019 (folio 46) se le requirió para que informara dónde obtuvo la información de que el soldado no convivía con los accionantes y, en su lugar residía con la madre de su primera hija.

En respuesta, el batallón referido afirma que recibió la información de familiares sin aportar prueba alguna de sus afirmaciones y omite su deber de informar tanto a la actora como al despacho de la respuesta al derecho de petición por ella presentado.

¹⁸ Folio 26.

¹⁹ Cf. folio 47 vuelto vs 44 vuelto.

Y si bien también obra prueba de que María Fernanda Velásquez Gutiérrez es compañera permanente de dicho soldado, este juez constitucional no puede hacer mayores disertaciones al respecto, pues el Batallón de infantería No. 23 Vencedores en su contestación (folio 44 vuelto) afirmó que el señor Jesús Antonio Zapata Moscoso convivía con la madre de su primera hija, éstas son situaciones que se deben ventilar ante la jurisdicción ordinaria y no en este mecanismo constitucional, que se caracteriza por ser un medio preferente y sumario.

Por lo anterior y ante la decisión del superior de nulitar lo actuado a partir del fallo de primera instancia, este despacho agotó los medios necesarios para lograr la ubicación y posterior comparecencia a este trámite de la madre de su primera hija y de ésta, sin embargo no ejercieron sus derechos.

Por lo anterior, se estima que cualquier eventual derecho de terceros se encuentra a salvo, aún sin su comparecencia, habida cuenta que se está garantizando que el 50% sobre el cual puede existir disputa entre la compañera permanente (ahora tutelante) y otra eventual persona con igual derecho, permanezca intacto hasta tanto se produzca una decisión sobre el particular por el juez ordinario.

6.3.2. De la vulneración al derecho de petición:

Se encuentra acreditado que la compañera permanente, y representante de sus dos hijos, presentó el 29 de noviembre de 2018²⁰ ante el Director de Familia y Bienestar del Ejército Nacional, en la ciudad de Bogotá, solicitud de información de la desaparición de su compañero permanente, así como el trámite para el acceso a los derechos y beneficios (cuota alimentaria, manutención, educación, salud entre otros) por cuanto el soldado profesional Jesús Antonio Zapata Moscoso se encuentra en estado activo, con el tiempo para pensionarse, pero desaparecido desde el 16 de octubre de 2018.

Encontrándose en término de los quince (15) días la petición fue remitida por competencia al Batallón de Infantería No. 23 Vencedores de Cartago y a Sanidad del Ejército Nacional, obteniendo solo respuesta de este último, en el sentido de que tanto el señor Zapata Moscoso y sus dos hijos (accionantes) se encontraban en estado activo en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, sin que hasta la fecha el Batallón accionado dé respuesta al traslado ya mencionado, es decir; que de los siguientes puntos no se ha obtenido una respuesta de fondo: sobre la desaparición del padre de sus hijos, así como

²⁰ Folio 22 y siguientes

los trámites para acceder a la cuota alimentaria, manutención, educación, salud entre otros.

Por tal razón y debido a la ausencia de una respuesta completa, precisa y de fondo frente a la petición formulada, pues contando los quince (15) días siguientes a la recepción de la misma por parte del Ejército Nacional (COPER), esto es, el día 29 de noviembre de 2018 (folio 22 y siguientes), hasta el momento en que se presentó esta acción de amparo, el **07 de febrero de 2019** (folio 31) nos arroja un término que supera el de ley, sin que hasta esta fecha se dé respuesta a cada uno de los interrogantes señalados en el escrito petitorio respecto a la desaparición del soldado Zapata Moscoso, así como el acompañamiento o la información requerida para que los menores accedan a los derechos y beneficios respecto a la manutención, cuota alimentaria, salud (y demás) a que tienen derecho por ser hijos menores de edad del servidor público.

De esta forma, como ha quedado plenamente demostrada la vulneración a los derechos fundamentales de petición y al debido proceso, que advierte el despacho como vulnerados²¹ a María Fernanda Velásquez Gutiérrez por parte de los siguientes servidores públicos del Ejército Nacional: Director del Comando de Personal y el Comandante del Batallón de Infantería No. 23 Vencedores de Cartago, el juzgado tutelaré los mismos y, en consecuencia, les ordenaré para que, de consuno en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, emitan y notifiquen una respuesta **completa, precisa, clara y de fondo** a la petición incoada el día 29 de noviembre de 2018 conforme al escrito petitorio.

No se advierte acción u omisión del Ministro de Defensa y el Comandante del Ejército Nacional, por lo cual se exoneran de cualquier responsabilidad alguna, no obstante este último deberá estar atento al cumplimiento de las órdenes que aquí se emitan.

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Pereira, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Tutelar los derechos fundamentales de los menores: Jhostyn Makley Zapata Velásquez y Simón Sainn Zapata Velásquez, a la vida digna, a la educación, a la salud, a la recreación y vestuario, por las razones expuestas en esta providencia.

2. Como consecuencia: ordenar al Comandante de Personal de Ejército Nacional, al Director de Prestaciones de la misma entidad, al Comandante del Batallón de Infantería

²¹ No invocados como derechos pero si como pretensión en hecho 4 folio 5.

No. 23 Vencedores de Cartago para que de consuno, y como mecanismo transitorio mientras el juez competente toma una decisión sobre el particular, en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realicen las actuaciones administrativas para que se incluya nuevamente en nómina al hoy desaparecido soldado profesional Jesús Antonio Zapata Moscoso y se consigne²² el 50% del salario a favor de María Fernanda Velásquez Gutiérrez por ser la representante legal y madre de los menores Jhostyn Makley Zapata Velásquez y Simón Sainn Zapata Velásquez. Así como el porcentaje del subsidio familiar que corresponda a los menores antes señalados.

El otro 50% solo podrá ser definido por el juez ordinario competente para adelantar el proceso a que haya lugar.

Además, del retroactivo correspondiente al 50% ya mencionado, y al que haya lugar por subsidio familiar de los dos menores, ello desde el momento en que se congelaron los salarios del militar.

2.1. Se **advierte** a María Fernanda Velásquez Gutiérrez, como representante de los menores, que la acción de tutela se concede como mecanismo transitorio mientras el juez competente profiera sentencia en la acción declaratoria de que trata la Ley 1531 de 2012. Para lo cual se le concede un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela para la presentación de la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles, con la salvedad de que si no se instaura, cesarán los efectos de ésta.

3. Tutelar los derechos fundamentales de petición y al debido proceso de María Fernanda Velásquez Gutiérrez, por las razones expuestas en esta providencia.

4. Como consecuencia: **ordena** al Director del Comando de Personal del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón No. 23 Vencedores de Cartago que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, emitan y notifique una respuesta **completa, precisa, clara y de fondo** a la petición incoada el día 29 de noviembre de 2018 conforme al escrito petitorio.

5. Notifíquese la decisión por el medio más eficaz.

6. El desacato a lo aquí dispuesto se sancionará en los términos del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

²² Número de cuenta de ahorros Bancolombia No. 720-569185-08. Folio 4.

7. La presente sentencia puede impugnarse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación²³.

8. En firme esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDIER ENRIQUE ARIAS MONTOYA
JUEZ

NOTIFICACIÓN PERSONAL

Hoy _____ notifico personalmente la presente providencia, al doctor Oscar Hernando Guevara Idárraga, Procurador Judicial 210 Administrativo, a través de su buzón electrónico ohguevara@procuraduria.gov

MAURICIO MARTINEZ PALACIO
SECRETARIO

NOTIFICACIÓN PERSONAL

Hoy _____ notificó personalmente la presente providencia, a la apoderada de la parte actora, a través de su buzón electrónico: e.velasquezgutierrez@gmail.com (folio 7).

MAURICIO MARTINEZ PALACIO
SECRETARIO

JACN

²³ Para lo cual deberá tenerse en cuenta que mediante Acuerdo No. CSJRA 15-446 de 2015 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, se modificó el horario de trabajo y atención al público de esta seccional y quedó establecido, a partir del 19 de octubre de 2015, de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 4:00 p.m. ello en concordancia con lo establecido en el inciso 4º del artículo 109 del Código General del Proceso, que prevé que: “los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término”.