

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**



**JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA
Cartagena de Indias, nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020)**

REFERENCIA EXPEDIENTE. ACCIONANTE ACCIONADA	ACCIÓN DE TUTELA No 13-001-31-10-004-2020-00340-00 OSCAR DAVID ARIAS TRIANA BATALLÓN DE INFANTERÍA DE MARINA No. 12
--	--

Procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada, a través de apoderado judicial, por el señor **OSCAR DAVID ARIAS TRIANA**, en contra del **BATALLÓN DE INFANTERÍA DE MARINA No. 12**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, al descanso en conexidad con el derecho a la vida.

ANTECEDENTES

Manifiesta el apoderado judicial del accionante, que el señor **OSCAR DAVID ARIAS TRIANA** ingresó a prestar su servicio militar obligatorio como IBM, el 20 de febrero del presente año, que se encuentra radicado actualmente en esta ciudad. Que desde que inició su servicio militar, no ha disfrutado de permiso alguno; debido a ello, solicitó en fecha 5 de noviembre de la presente anualidad, el cumplimiento integral de los artículos 13 literal D y 44 de la Ley 1861 de 2017 en armonía con el art. 25 constitucional, sin embargo, en fecha 17 de noviembre del 2020, recibió respuesta negativa a su petición, argumentando que solo hasta el cumplimiento de los doce meses de servicio se le otorgaría el permiso. Que, para ese entonces, el accionante ya no estaría en el Batallón. Por lo anterior considera se le están violando sus derechos fundamentales.

La solicitud de esta tutela, fue admitida por auto de fecha veinticinco (25) de noviembre del presente año 2020, notificándose a las partes, y solicitando a la entidad accionada, rindiera un informe sobre los hechos que dieron lugar a esta acción.

La entidad accionada, **BATALLÓN DE INFANTERÍA DE MARINA No. 12**, no presentó el informe solicitado con la admisión de esta acción de tutela.

Problema Jurídico

Establecer si la accionada se encuentra inmersa en circunstancias violatorias de los derechos fundamentales del accionante.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela fue consagrada por el Art. 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos; por lo anterior, cualquier persona podrá solicitar esta acción, cuando considere que estos Derechos Fundamentales se encuentran de una u otra manera violentada o se encuentran amenazados por la acción u omisión de cualquier Autoridad Pública.

La acción de tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el debido amparo de los derechos, éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señale la ley.

La pretensión del accionante señor **OSCAR DAVID ARIAS TRIANA**, está dirigida a que, a través de este medio preferente y sumario, se le protejan sus derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas, al descanso en conexidad con el derecho a la vida; y se ordene al Comandante del **BATALLÓN DE INFANTERÍA DE MARINA No. 12**, otorgue un permiso especial al accionante **OSCAR DAVID ARIAS TRIANA**, para que pueda visitar a su familia en la ciudad de Ibagué-Tolima y se comine al Comandante del Batallón, para que en lo sucesivo se abstenga de considerar períodos tan extensos en la concesión de los permisos anuales.

El accionante, señor **OSCAR DAVID ARIAS TRIANA**, invoca la protección de derechos determinados por el Constituyente de 1991 en la Carta Política, como fundamentales, tal como el trabajo en condiciones dignas, permiso o descanso en conexidad con la vida.

Hemos de referirnos inicialmente al derecho al trabajo.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 25 establece que:

Artículo 25 C.N.

El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Es de entonces dilucidar, si el servicio militar obligatorio, puede enmarcarse en el concepto de trabajo, generando una relación laboral para con el Estado.

Ley 1861 de 2017

ARTÍCULO 4. Servicio Militar Obligatorio. *El servicio militar obligatorio es un deber constitucional dirigido a todos los colombianos de servir a la patria, que nace al momento de cumplir su mayoría edad para contribuir y alcanzar los fines del Estado encomendados a la Fuerza Pública....*

Sentencia 50001233100020030029401 (36215), de Abril 27 de 2016, Consejo de Estado, Sección Tercera Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

(...)

5.- Régimen aplicable a los soldados conscriptos

La Sala estima necesario precisar la diferencia existente entre la clase de vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados que prestan servicio militar obligatorio y los soldados voluntarios o profesionales; en el primero, el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, en el cual no hay carácter laboral alguno, en tanto que en el segundo (soldado profesional) el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.

Por tanto, a diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado.

El soldado que presta el servicio militar obligatorio no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo le reconoce algunas "prestaciones". las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen a for fait previsto por la ley para los soldados profesionales.

De lo expresado por el Consejo de Estado, en el aparte de la sentencia transcrito, se desprende que quienes prestan el servicio militar obligatorio no tienen ningún vínculo laboral, toda vez que la prestación del servicio obedece a una imposición especial del Estado, en virtud de la cual se les reconocen unas prestaciones que no tienen carácter laboral, y sólo tienen por objeto recompensar a los colombianos que realizaron el acto efectivo de prestar el servicio militar, asumiendo los riesgos y limitaciones que ello acarrea.

Conforme a lo transcrito, se concluye que no puede equipararse el servicio militar obligatorio al concepto de trabajo.

En el caso en estudio, se queja el accionante, a través de su apoderado judicial, de que solicitó permiso especial para efectos de visitar a su familia, pero el Comandante del **BATALLÓN DE INFANTERÍA DE MARINA**, negó tal solicitud, lo que considera injusto y violatorio de los derechos fundamentales, argumentando la salud mental y emocional del poderdante.

Observa el Despacho, de la lectura de la respuesta dada al accionante por parte del comandante del Batallón de infantería de marina No. 12, que:

- Que conforme al art. 44 de la Ley 1861 del 4 de agosto de 2017, Todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio en los términos que establece la ley, tiene derecho, entre otros, al otorgamiento de un permiso anual con una subvención de transporte equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y devolución proporcional de la partida de alimentación.
- Que, pese a la situación vivida por la pandemia, ese **BATALLÓN DE INFANTERÍA DE MARINA**, ha gestionado para el personal, con todas las medidas de bioseguridad días de descanso en el hotel Barú, del cual hizo parte el infante ARIAS, con el fin de tener ratos de esparcimiento, que además de ello, cuentan con servicios de psicología, medicina, odontología y enfermería las 24 horas del día.

Ahora bien, como ya lo señaló en su respuesta el Comandante del **BATALLÓN DE INFANTERÍA DE MARINA NO. 12**, la negativa al permiso, no es caprichosa, sino basada en la normatividad vigente para ello.

Es del caso referirnos a lo planteado por la Corte Constitucional en sentencias como la que enseguida en alguno de sus apartes se transcribe, a efectos del cumplimiento del debido proceso administrativo por parte del Ejército Nacional.

Sentencia T-049/18

...

“La propia Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales o para defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica. y de propender al logro y mantenimiento de la paz (art. 95 C.N.). Deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública; de suerte que no están desprovistos los asociados del cumplimiento de obligaciones expresas que les son impuestas por el orden superior.

...

De esta manera, la prestación del servicio militar obligatorio en Colombia se armoniza no solo con los artículos de la Constitución anteriormente reseñados, sino, además, obedece a la materialización de los principios de solidaridad y reciprocidad social prevalentes en el Estado Social y Democrático de Derecho, donde existe una correlación entre los derechos y obligaciones que se derivan de la relación entre ciudadanos y las instituciones públicas.

Dentro de este contexto, es preciso señalar que el propio artículo 216 superior en su inciso final le atribuye al legislador la facultad de desarrollar lo referente a la fuerza pública. Conforme con ello, el Congreso de la República expidió un conjunto de normas, contenido en las Leyes 48 de 1993, 418 de 1997, 548 de 1999 y 642 de 2001, las cuales a su vez fueron recientemente derogadas por la Ley 1861 del 4 de agosto de 2017, que igualmente se ocupó de unificar las reglas aplicables en relación con el servicio de reclutamiento, sus condiciones, prerrogativas, extensiones y causales de aplazamiento.

Dentro del nuevo modelo constitucional, el debido proceso consagrado en el artículo 29 del Texto Superior fue elevado al rango de derecho fundamental y se dispuso su prevalencia tanto en las actuaciones judiciales como administrativas. Sobre el particular, la Corte, desde temprana jurisprudencia, se pronunció en los siguientes términos:

“La Constitución Política de 1991, a más de consagrar en forma expresa el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, lo consagra para las actuaciones administrativas, con lo cual se produce una innovación

que eleva a la categoría de Derecho Fundamental, un derecho de los asociados que, tradicionalmente, tenía rango legal, y no hacía parte del concepto original propio del derecho al debido proceso”

Esta nueva concepción del derecho al debido proceso es significativa en lo que se refiere a los límites y vínculos que se derivan de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, constituyendo, además, una herramienta orientada a reducir las arbitrariedades que puedan emanar de las actuaciones de las autoridades. Bajo esta línea, la Corte ha reconocido el derecho al debido proceso como un principio inherente al Estado de Derecho que “posee una estructura compleja y se compone por un plexo de garantías que operan como defensa de la autonomía y libertad del ciudadano, límites al ejercicio del poder público y barrera de contención a la arbitrariedad”.

Ahora bien, en lo que se corresponde específicamente a las garantías del debido proceso en materia administrativa, la jurisprudencia de esta Corte las ha sintetizado en el “derecho de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas y de publicidad, así como los principios de legalidad, de competencia y de correcta motivación de los actos, entre otros, que conforman la noción de debido proceso. (...) De esta manera, el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”

Bajo esta misma línea, esta Corporación ha indicado en reiteradas oportunidades que el debido proceso se traduce adicionalmente en “el 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”.

Dicho lo anterior, y remitiéndose al escenario constitucional sobre el cual se pronunciará la Sala, cabe señalar que, de conformidad con la propia Constitución y con la jurisprudencia de este Tribunal, el Ejército Nacional es una institución que hace parte de la Rama Ejecutiva del poder público, razón por la cual, todas sus actuaciones, incluidas aquellas que se relacionan con la definición de situación militar, deben realizarse en observancia de lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política a efectos de evitar posibles circunstancias donde se puedan ver conculcados los derechos fundamentales de la población civil y de quienes forman parte de la institución.

Sobre este punto, la Corte, mediante Sentencia T-1083 de 2004 (M.P Jaime Córdoba Triviño), fijó algunas reglas en materia de prevalencia del derecho fundamental al debido proceso en el marco de las actuaciones administrativas emanadas de las autoridades militares, puntualmente aquellas que guardan relación con la definición de la situación militar de los ciudadanos. Dichas reglas han sido aplicadas en numerosas ocasiones por esta Corporación ¹⁵²para solucionar casos donde, en el contexto antes señalado, la autoridad castrense ha vulnerado la garantía al debido proceso administrativo. Al respecto, la Corte estableció lo siguiente:

“(i) El Ejército Nacional está obligado a aplicar los principios y garantías del debido proceso administrativo en todas sus actuaciones, incluidas aquellas que se enmarcan en el trámite de definición de situación militar;

(ii) La pretermisión de las etapas previstas por la ley 48 de 1993, o la restricción de las garantías procesales del ciudadano -o del afectado- durante las actuaciones encaminadas a la expedición de la libreta militar, comporta una violación al derecho fundamental al debido proceso, y una amenaza a los derechos a la educación y el trabajo.

Ante esa situación, (iii) le corresponde al juez de tutela ordenar la anulación, inaplicación, o pérdida de eficacia de las decisiones del Ejército adoptadas por fuera del margen de la ley, no solo con el fin de eliminar la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades públicas, sino también con el propósito de asegurar la eficacia de los derechos constitucionales que puedan verse restringidos por la imposibilidad de acceder a la libreta militar.”

En suma, los actos administrativos que surjan como consecuencia de la actuación de una autoridad castrense en el marco de la definición de la situación militar de los ciudadanos deben ser proferidos con total apego a las garantías del debido proceso, más aún, cuando de ellos se derive la imposición de una sanción de carácter pecuniario.

Descendiendo al asunto que nos ocupa, el Comandante del **BATALLÓN DE INFANTERÍA DE MARINA**, resolvió la solicitud del INFANTE DE MARINA, conforme a las normas por lo que no existe vulneración a derecho fundamental alguno.

Desde otra arista, establece el Art.6o. del Decreto 2591 de 1991 que:

La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante....

De lo hasta aquí esbozado, se reitera, no observa el Despacho vulneración de los derechos fundamentales del accionante señor **OSCAR DAVID ARIAS TRIANA**, para que esta acción de tutela se torne procedente, toda vez que cuenta con la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, en caso de que sienta que sus derechos le están siendo vulnerados.

De los hechos descritos en su escrito de tutela, no observa que existan circunstancias especiales, ni personales, ni familiares para que, ante tal evento, pudiera la entidad considerar la procedencia de un permiso especial, por fuera de la normatividad, amén de no apreciarse la existencia de un perjuicio inminente.

Por todo lo anterior, se recaba que la acción de tutela no es un mecanismo para derogar leyes, reglamentos o disposiciones, así como tampoco, ordenar la inaplicación de estos, por lo que no hay otra opción que declarar la improcedencia de esta acción constitucional.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la improcedencia de la presente acción de tutela incoada a través de apoderado judicial, por señor **OSCAR DAVID ARIAS TRIANA**.

SEGUNDO: Notifíquese la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el articulado 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En el evento de no ser impugnado este fallo, désele estricto cumplimiento, por Secretaría, a lo previsto en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991-

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RODOLFO GUERRERO VENTURA
JUEZ