

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
Consejera Ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ

Bogotá, D. C., tres (3) de mayo de dos mil siete (2007)

N° Radicación: 5200123310002007-00025-01

ACTOR: EMÉRITA ENRÍQUEZ

ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN –

FALLO

La Sala decide la impugnación presentada por el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado N° 3 General “José María Cabal” contra la Sentencia del 14 de febrero de 2007 del Tribunal Administrativo de Nariño que **TUTELÓ** el derecho a la igualdad del indígena Víctor Libardo Enríquez.

ANTECEDENTES

a. La Solicitud

La señora Emérita Enríquez en escrito del 15 de enero de 2007 (fs. 1 a 6) actuando como agente oficiosa de su nieto Víctor Libardo Enríquez, instauró acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana e igualdad, presuntamente vulnerados por el Ejército Nacional – División de Reclutamiento – Sede Municipio de Ipiales (N.), con base en los hechos que se resumen así:

El nieto fue reclutado por el Ejército Nacional, sin tener en cuenta su origen ancestral en la comunidad indígena del Resguardo de

Túquerres (Nariño), de la cual forma parte. El reclutamiento de su nieto provocó la ruptura de la unidad familiar y el desarraigo frente a su cultura, usos y costumbres vigentes en el territorio indígena, poniendo en peligro a su comunidad, alejada del conflicto armado y protegida por la Constitución y la ley que excluyen a los indígenas de prestar el servicio militar obligatorio.

Solicita se ordene a la accionada reincorporarlo a la vida civil con la correspondiente definición de su situación militar. Igualmente, se prevenga al Ejército Nacional para que en lo sucesivo, se abstenga de incorporar al servicio militar obligatorio a integrantes de comunidades indígenas excluidas por disposición legal.

La actora señaló como dirección de notificaciones la vereda San Pedro del Municipio de Imués (Nariño), celular 311-7444428.

b. La Oposición

El Comandante del Distrito Militar N° 21 del Ejército Nacional con sede en Ipiales, en escrito extemporáneo del 16 de febrero de 2007 (fs. 136 a 137 vto.), señaló que Víctor Libardo Enríquez fue incorporado a las filas el 2 de diciembre de 2006 luego de habersele concedido el término de cinco días para que probara si tenía algún impedimento legal, lo cual no hizo.

Además, en la relación entregada por el gobernador del cabildo indígena de Túquerres en el mes de septiembre de 2006 que consagra el censo del referido cabildo, el citado joven no aparece, el cual sólo fue incluido en el listado personal de indígenas del mes de febrero de 2007, poniéndose en duda su veracidad. Para sustentar sus afirmaciones, aportó copia de dichos listados (fs. 140 a 163).

c. La Providencia Impugnada

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante Sentencia del 14 de febrero de 2007 (fs. 87 a 99) **TUTELÓ** el derecho a la igualdad del señor Víctor Libardo Enríquez y **ORDENÓ** al Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado N° 3 General “José María Cabal” del Ejército Nacional con sede en Ipiales que en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esa providencia, proceda a su desvinculación de las filas, definiendo su situación militar en calidad de indígena exento de prestar el servicio militar obligatorio. Y, **ADVIRTIÓ** que estos reclutamientos no podían repetirse.

Para el *A quo*, la controversia gira en torno a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad protegido en el artículo 13 superior. La Constitución y ley consagran un tratamiento privilegiado a los indígenas en la observancia del deber de prestar el servicio militar. Además, la Corte Constitucional¹ al estudiar el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 indicó que su finalidad es proteger a los indígenas que vivan con sus ancestros.

Finalmente, el Tribunal concluyó que conforme a las pruebas aportadas, el señor Enríquez fue incorporado a las filas contra su voluntad, pese a ser indígena, residir en un cabildo y conservar su integridad cultural, social y económica como tal, razones suficientes para acceder al amparo solicitado.

d. La impugnación

El Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado N° 3 General “José María Cabal”, IMPUGNÓ la anterior decisión (fs. 121 a 125).

¹ Sentencia C-058 del 17 de diciembre de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Indicó que el procedimiento efectuado para la incorporación de personal se encuentra amparado en la normatividad vigente, siendo una función pública eminentemente legal. Además, el reclutamiento no es arbitrario e injusto, sino que se realiza dentro de unas jornadas para determinar el personal habitante apto de determinada región, a quien se le concede un término de cinco días para demostrar las razones por las cuales se consideran no aptas, circunstancia que no ocurrió en relación con el señor Víctor Libardo Enríquez, quien no manifestó ningún obstáculo para la prestación del servicio militar obligatorio. Se refirió a la Sentencia C-058 de 1994 de la Corte Constitucional e indicó que toda vez que el joven Enríquez firmó el formato de ausencia de exención al servicio militar obligatorio (f. 126) y como quiera en el listado enviado por el gobernador del cabildo indígena de Túquerres, no aparece su nombre (fs. 127 a 135), continuó su reclutamiento.

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que así se autoriza.

Dada su naturaleza subsidiaria, la acción de tutela sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial para amparar los derechos fundamentales invocados, o en su defecto, siempre que ello sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio de protección.

El objeto de esta acción es la protección de los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana e igualdad del señor Víctor Libardo Enríquez, para obtener su desacuartelamiento y la aplicación de la exención para la prestación del servicio militar obligatorio que establece la Ley 48 de 1993 a favor de los indígenas.

La providencia impugnada será revocada y en su lugar, la tutela será denegada, como pasa a explicarse:

Dispone el artículo 216 de la Constitución Política que *“Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”* (inc. 2°). Además, delegó en el legislador la determinación de condiciones para la exención y las prerrogativas por su prestación.

En virtud de ello, se expidió la Ley 48 de 1993, que al reglamentar las causales de exenciones de reclutamiento, señaló:

“ARTICULO 27. Exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar:

a) Los limitados físicos y sensoriales permanentes;

b) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.”
(subrayas para destacar)

Con base en lo anterior, se tiene que por virtud de la Constitución y de la ley, en principio, la prestación del servicio militar es de carácter obligatorio y excepcionalmente se exime del mismo cuando se reúne alguno de los supuestos consagrados en la Ley 48 de 1993.

Observa la Sala que en el formulario “*Ejército Nacional – División de Reclutamiento y Control Reservas*”, suscrito en el municipio de Ipiales el 2 de diciembre de 2006, el señor Víctor Libardo Enríquez manifiesta libre y voluntariamente, bajo la gravedad de juramento, su intención inequívoca de ingresar a las filas indicando que no es indígena y que no se encuentra dentro de alguna de las exenciones que contempla la Ley 48 de 1993 para prestar el servicio militar obligatorio (f. 126).

Así mismo se observa que el señor Víctor Libardo Enríquez nació el 28 de junio de 1984 y en la actualidad tiene casi 23 años y en el censo que realizó el Gobernador del Cabildo del Municipio de Túquerres, señor Silvio Lagos Tobar, no aparece relacionado como indígena y por ello fue reclutado (f. 127).

Además, la Subdirectora de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia en escrito del 7 de febrero de 2007 (fs. 138 y 139) indicó que el señor Víctor Libardo Enríquez “*no aparece registrado en ninguno de los dos censos*”.

De otra parte, los testimonios que recepcionó el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres en cumplimiento del despacho comisorio librados por el Tribunal Administrativo de Nariño, son contradictorios y no pueden ser tenidos en cuenta, pues en su declaración, el señor Marino Antonio Ordóñez se refiere al señor Jhon Jairo Cerón Guerrero y no al señor Enríquez y la señora Ana Lucía Enríquez tiene parentesco en tercer grado de consanguinidad con él, pues es su tía (fs. 81 y ss.).

Con base en tales pruebas y contrario a lo expuesto por el *A quo*, la Sala no encuentra prueba suficiente que demuestre la residencia en el territorio de la comunidad indígena a la que pertenece el señor

Enríquez ni tampoco hay constancia de que conserve su integridad cultural, social y económica; razones suficientes para considerar que no tiene derecho a la exención en la prestación del servicio militar obligatorio. En consecuencia, la providencia impugnada será revocada y en su lugar, el amparo solicitado será negado².

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

- 1. REVÓCASE** la providencia impugnada. En su lugar: **DENIÉGASE** la acción de tutela presentada por la señora **EMÉRITA ENRÍQUEZ**, agente oficiosa de su nieto Víctor Libardo Enríquez contra **EL EJÉRCITO NACIONAL – DIVISIÓN DE RECLUTAMIENTO – SEDE MUNICIPIO DE IPIALES (NARIÑO)**.
- 2. ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
– Presidente de la Sección –

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

² Así lo decidió también la Sala en la Sentencia AC-01483 del 7 de diciembre de 2005, M. P. Ligia López Díaz, por la cual se revocó la providencia impugnada que había tutelado y en su lugar, denegó la tutela al comprobar que el joven indígena Francisco Coral Ortega había manifestado libre y voluntariamente, bajo la gravedad de juramento, su intención inequívoca de ingresar a las filas como soldado regular, renunciando al derecho de estar exento, pues señaló no hallarse incurso en ninguna de las causales que contempla la Ley 48 de 1993.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ