

TUTELA – Carga de la prueba / TUTELA – Aplicación del principio iura novit curia / ACTOR EN CONDICIONES DE INFERIORIDAD – Carga de la prueba

Por regla general el actor está llamado a probar los presupuestos de hecho de su demanda, sin embargo no es desconocido que en sede de tutela, por la importancia de los asuntos que en esta acción se debaten, el Juez puede bajo ciertas condiciones presumir la veracidad a las afirmaciones del libelo, invirtiendo así la carga de la prueba, y aun más en aplicación del principio de iura novit curia, está facultado para amparar derechos fundamentales que no hayan sido expresamente alegados por los accionantes, cuando en el caso concreto se observe su violación. Lo anterior cobra mayor sustento si el Juez constitucional en el asunto puesto a su consideración, observa que el demandante por su condición de inferioridad, indefensión o vulnerabilidad frente al accionado, está en imposibilidad fáctica o jurídica de aportar pruebas para despejar dudas sobre la violación alegada. Así las cosas, en el presente caso observa la Sala que el actor se encuentra en una situación de indefensión frente a la entidad accionada por cuanto: i) no tiene otro medio de defensa contra sus actuaciones, ii) depende de ella para la obtención del documento castrense iii) no tiene trabajo ni ingresos para derivar su sustento y la falta de dicho documento le imposibilita aún más acceder al mismo, iv) sufre una grave condición médica plenamente acreditada con la historia clínica que obra en el expediente, que dio lugar a que la Institución demandada lo declara “no apto” para prestar el servicio militar.

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, sentencia de 4 de abril de 1997, Radicado T-172/97, ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO – Regulación / SERVICIO MILITAR – Fases del reclutamiento

La obligación de prestar el servicio militar se encuentra estrictamente regulada por la Constitución en los artículos 95 y 216 y en la Ley 48 de 1993. El artículo 10 de la Ley 48 de 1993, consagra que todo varón de nacionalidad colombiana tiene la obligación de definir su situación militar desde el momento en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, que la definirán cuando obtengan su título de bachiller. Esta Sala ha expuesto en su jurisprudencia, que el reclutamiento para la prestación del servicio militar de conformidad con la Ley 48 de 1993, comprende las siguientes fases: i) la inscripción, que debe hacer todo varón colombiano dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, que en el caso especial de los alumnos del último año de estudios secundarios, se debe hacer durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército Nacional; ii) los exámenes de aptitud psicofísica, a los que el inscrito debe someterse; iii) el sorteo con el cual se materializa la elección para ingresar al servicio militar, el cual se realiza entre quienes hayan resultados aptos; iv) la clasificación, con la cual se determina quienes son eximidos de la prestación del servicio militar bajo banderas, por causal de a) exención, b) inhabilidad o c) falta de cupo, y v) la concentración e incorporación, que se lleva a cabo con los conscriptos aptos y elegidos, con fines de selección e ingreso a filas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 95 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 216 / LEY 48 DE 1993 - ARTICULO 10

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 11 de junio de 2009, Radicado 2009-00505(AC), Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

RECLUTAMIENTO PARA EL SERVICIO MILITAR – Debe respetarse el principio de legalidad y los derechos fundamentales / REMISO – No puede considerarse como tal a una persona no apta para el servicio militar

La Sala reconoce la facultad legal que tiene la entidad accionada para declarar las infracciones al reglamento del servicio de reclutamiento y movilización de las fuerzas militares y para decretar las sanciones correspondientes, sin embargo entiende que estas prerrogativas no pueden ser ejercidas arbitrariamente y por fuera del marco legal y constitucional al que están sometidas todas las autoridades públicas, pues en ello está el respeto por el principio de legalidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por lo anterior se advierte que cuando la ley 48 de 1993, permite la imposición de la sanción pecuniaria, condiciona la imputación de la misma a la no comparecencia al lugar de concentración de quienes estuvieren obligados a ello, por tanto siendo claro que el actor por su calificación de no apto para la prestación del servicio militar, no estaba obligado a presentarse a concentración alguna para efectos de incorporación a filas, aún cuando hubiere sido citado y no hubiere comparecido, no podría ser considerado como remiso y menos aún imponérsele multa alguna. Interpretación que es corroborada con la lectura integral de los artículos 41 y 42 de la Ley 48 de 1993, que establecen distintos tipos de infracciones y sanciones dependiendo de la fase de reclutamiento en que se encuentre el inscrito.

FUENTE FORMAL: LEY 48 DE 1993 – ARTICULO 41 / LEY 48 DE 1993 – ARTICULO 42

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., nueve (09) de octubre de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 25000-23-15-000-2009-00846-01(AC)

Actor: JONATHAN PINZON RAMIREZ.

Demandado: EJERCITO NACIONAL, DIRECCION DE RECLUTAMIENTO DE RESERVAS, DISTRITO MILITAR 52

Decide la Sala la impugnación presentada por el actor, contra la sentencia de 8 de julio de 2009, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta,

Subsección B, que negó el amparo invocado por él contra el Distrito Militar No. 52 de la Dirección de Reclutamiento de Reservas del Ejército Nacional.

EL ESCRITO DE TUTELA

Jonathan Pinzón Ramírez, interpuso acción de tutela contra la entidad mencionada, por la supuesta vulneración de su derecho fundamental a la igualdad.

Como fundamento de su acción expuso:

En abril del año 2006 siendo estudiante del Colegio Institución Educativa los Tejares, se presentó junto con otros compañeros de estudio al Distrito Militar 52, donde le realizaron los exámenes médicos de rigor y lo calificaron como “no apto” para la prestación del servicio, debido a su delicada condición de salud derivada de ocho cirugías abdominales realizadas para reconstruir su sistema intestinal y la extracción de un testículo.

Posteriormente en el año 2008 fue declarado remiso supuestamente por no haberse presentado a una concentración, en la fecha, hora y lugar indicado por las autoridades de Reclutamiento y Control de Reservas, condición esta que fue levantada con la imposición de una multa por valor de \$2.132.000.00, la cual no está en posibilidad de pagar, debido a su condición económica y a que carece de empleo, ya que para poder aspirar a uno, le exigen la libreta militar.

La Ley 48 de 1993, establece que la libreta militar se liquidará de acuerdo al estrato y nivel económico.

Como consecuencia de lo anterior solicitó, tutelar el derecho fundamental invocado y ordenar a la entidad accionada liquidar la libreta militar de acuerdo a su estrato y nivel económico.

INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO

El Distrito Militar No. 52 de la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional.

En oficio visible a folio 33, el Comandante del Distrito accionado, presentó informe sobre el asunto en litigio, oponiéndose a la prosperidad de la acción, argumentando:

Según lo verificado en el Sistema de Información de Reclutamiento (SIR) el actor fue declarado remiso, por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 41, literal g, de la Ley 48 de 1993¹.

Dicha condición fue levantada mediante Acta No. 0386 de 16 de diciembre de 2008, con el resultado “paga multa”, por lo que se le impuso la sanción contenida en el literal e) del artículo 42 de la citada disposición, equivalente a 2 smlmv, por valor de \$994.000.00 anual.

En consideración a lo anterior, el actor puede comparecer a las instalaciones del Distrito Militar N° 52, los días 23 y 24 de julio de 2009 donde se llevara a cabo una Junta de remisos con el fin de reevaluar la multa que le fue impuesta.

LA SENTENCIA DE TUTELA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, mediante sentencia de 8 de julio de 2009, negó el amparo invocado. Basó su decisión en los siguientes argumentos (Fls. 35 a 44):

No se advierte vulneración alguna del derecho a la igualdad, en tanto que el actor ni siquiera prueba la existencia de identidad de situaciones de hecho que permitan reclamar un mismo trato.

Contra la Resolución No. 0386 de 16 de diciembre de 2008, mediante la cual se le impuso una multa, el actor pudo haber presentado los recursos de reposición y apelación dispuestos en el CPC, al tenor de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 48 de 1993.

El actor puede acudir a la Junta de Remisos programada por el Distrito Militar N° 52 para los días 23 y 24 de julio de 2009, en la cual será evaluada la multa que le fue impuesta.

Son declarados remisos quienes habiendo sido citados a concentración, no se presentan en la fecha, hora y lugar indicado por las autoridades de Reclutamiento y Control de Reservas.

EL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Mediante escrito radicado el 15 de julio de 2009 (Fl. 47), el accionante, impugnó el fallo de primera instancia argumentando que no se considera remiso, ya que nunca incumplió a las citaciones realizadas por la entidad accionada, ni fue notificado del acto que le impuso la multa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso bajo estudio, el accionante pretende la protección de los derechos fundamentales invocados, toda vez que la entidad accionada al considerarlo remiso le impuso una multa por valor de \$2.132.000.00, que le impide, a pesar de haber sido declarado no apto para la prestación del servicio militar, obtener su libreta militar.

Delimitación del caso analizado

De las manifestaciones realizadas por el actor en su escrito de tutela y de impugnación, así como de las pruebas que obran en el expediente, se observa que:

En abril del año 2006 siendo estudiante del Colegio “Institución Educativa los Tejares” se presentó a efectos de definir su situación militar al Distrito Militar No. 52, donde le realizaron los exámenes médicos de rigor, siendo calificado como “no apto” para la prestación del servicio, debido a que le fue extraído un testículo y a su condición de salud derivada de 8 cirugías abdominales realizadas con el fin de reconstruir su sistema intestinal².

Fue llamado por segunda, tercera y cuarta vez consecutivas al Distrito Militar mencionado, para los meses de noviembre de 2006, junio de 2007 y marzo de 2008, respectivamente, citaciones a las cuales compareció y donde le reiteraron su calificación de “no apto” para la prestación del servicio militar en razón de su condición médica. En la última de las mencionadas ocasiones se le informó que en el mes de noviembre de 2008 debía acercarse al Distrito para realizar los trámites de su libreta militar.

² Se aporta al expediente de folios 7 a 16, copia de la historia clínica del actor en la que se plasman los múltiples procedimientos quirúrgicos que le han realizado desde el año 1988 a efectos de reconstruir su intestino y extracción de un testículo.

Compareció a esta última citación con el fin de realizar las gestiones para la expedición del mencionado documento, pero le manifestaron que dicho trámite no era posible puesto que estaba en condición de remiso y debía pagar una multa; sin embargo no le informaron el valor de la misma, ni le notificaron por escrito tal decisión.

En enero de 2009 se dirigió nuevamente al Distrito Militar N° 52 a efectos de que le informaran sobre las razones de la multa que le fue impuesta, el valor de la misma y los trámites a realizar para la obtención su libreta militar, pero sólo le informaron verbalmente que la misma ascendía a \$ 2.132.000.

En razón a la falta de atención brindada a sus peticiones verbales, se vio obligado, a presentar el 16 de marzo de 2009 un derecho de petición ante el Distrito Militar N° 52, solicitando el estudio de su caso a efectos de que le fuera levantada la multa y tramitada la expedición de su libreta militar.

A la anterior solicitud el Distrito Militar N° 52, en Oficio N° 029 de 25 de marzo de 2009, manifestó que tiene derecho a la expedición de la libreta militar, por estar “clasificado sin recibos”, pero que mediante acta N° 0386/16/12/2008 se le impuso una multa por su condición de remiso que debe cancelar, sin expresar su valor ni los motivos de esta.

Encuentra la Sala que el Tribunal A quo ordenó al Distrito Militar N° 52 rendir informe sobre los hechos de la acción, el cual en Oficio N° 2610 de 3 de julio de 2009, manifestó que el actor: i) se encontraba en condición de remiso por no haber comparecido a la concentración programada para el día 13 de julio de 2007, motivo por el cual atendiendo a los artículos 41 literal g) y 42 literal e), de la Ley 48 de 1993, por acta N° 0386 de 16 de diciembre de 2008, le fue impuesta una multa anual por valor de \$ 994.000, y ii) cuanta con la opción de comparecer al Distrito Militar los días 23 y 24 de julio de 2009, a efectos de que sea reevaluada su situación.

En razón de lo anterior el juez constitucional de primera instancia, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, argumentando que el actor: i) no interpuso los recursos procedentes contra el acta N° 0386 de 16 de diciembre de 2008 y ii) puede acudir a la junta de remisos programada para reevaluar la multa impuesta.

Delimitación del problema jurídico

De lo previamente expuesto considera la Sala que, el problema jurídico a resolver comporta dos extremos, estos son establecer si: i) ¿Tiene la sanción de multa y la consideración de remiso impuestas al actor, fundamento fáctico?, y ii) ¿Estaba legitimada la entidad accionada para ejercer en el presente caso, su potestad sancionadora?

Las reglas probatorias para resolver el caso

Antes de entrar en el análisis de fondo del problema jurídico previamente delimitado, considera la Sala necesario establecer las reglas probatorias que aplicará al presente asunto.

Por regla general el actor está llamado a probar los presupuestos de hecho de su demanda, sin embargo no es desconocido que en sede de tutela, por la importancia de los asuntos que en esta acción se debaten, el Juez puede bajo ciertas condiciones presumir la veracidad a las afirmaciones del libelo³, invirtiendo así la carga de la prueba, y aun más en aplicación del principio de iura novit curia, está facultado para amparar derechos fundamentales que no hayan sido expresamente alegados por los accionantes, cuando en el caso concreto se observe su violación.

Lo anterior cobra mayor sustento si el Juez constitucional en el asunto puesto a su consideración, observa que el demandante por su condición de inferioridad, indefensión o vulnerabilidad frente al accionado⁴, está en imposibilidad fáctica o jurídica de aportar pruebas para despejar dudas sobre la violación alegada.

Así las cosas, en el presente caso observa la Sala que el actor se encuentra en una situación de indefensión frente a la entidad accionada por cuanto: i) no tiene otro medio de defensa contra sus actuaciones, ii) depende de ella para la obtención del documento castrense iii) no tiene trabajo ni ingresos para derivar su sustento y la falta de dicho documento le imposibilita aún más acceder al mismo,

³ Decreto Ley 2591 de 1991.

Artículo 19. Informes. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad. El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sea la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación. Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.

Artículo 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.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-172 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. "La indefensión se predica respecto del particular contra quien se interpone la acción. Este particular es quien con su conducta activa u omisiva pone en peligro o vulnera un derecho fundamental correcto del indefenso. La indefensión no se predica en abstracto, sino que es una situación relacional intersubjetiva, en la que el demandante es uno de los extremos y el demandado es otro. El primero ha sido ofendido o amenazado por la acción del segundo. Adicionalmente, el demandado no tiene posibilidades ni de hecho ni de derecho para defenderse de esta agresión injusta. Debe darse una agresión o amenaza de vulneración injusta. Y que esta agresión injusta debe proceder del demandado, bien sea por acción o por omisión."

iv) sufre una grave condición médica plenamente acreditada con la historia clínica que obra en el expediente, que dio lugar a que la Institución demandada lo declara “no apto” para prestar el servicio militar.

Análisis del problema jurídico

Sobre el fundamento fáctico de la sanción de multa y la consideración de remiso impuesta al actor por la entidad accionada.

Encuentra la Sala que el actor ha sido enfático en manifestar que: i) acudió a todas las citaciones que le fueron realizadas con posterioridad a haber sido declarado “no apto” para la prestación del servicio militar, por ende no podía ser considerado remiso y menos aun imponérsele sanción alguna, ii) no le notificaron la imposición de la multa, para poder ejercer su derecho de contradicción.

En virtud de lo dicho y dado que el Juez de tutela de segunda instancia está facultado para solicitar pruebas de oficio⁵, esta Sala en aras de verificar el respeto por el derecho fundamental al debido proceso del actor durante el trámite en que se le impuso la cuantiosa multa, por auto de 3 de septiembre de 2009, ordenó al Mayor Carlos Andrés Nivia Serrano, Comandante del Distrito Militar N° 52,: i) rendir un informe sobre aspectos puntuales de esta acción⁶ y ii) remitir copia íntegra y autentica de algunos documentos que por su naturaleza deben reposar en dicha entidad⁷ y que no puede aportar el actor, advirtiéndole que la omisión injustificada a la anterior orden, le podría acarrear sanciones y dar lugar a presunción de veracidad de los hechos expuestos por el demandante; pese a ello dentro del término otorgado no se obtuvo respuesta alguna.

En razón de lo expuesto la Sala amparada en los principios de informalidad probatoria, eficiencia y economía procesal que rigen esta acción constitucional⁸, a través del sustanciador vía telefónica se comunicó con el actor a efectos de

⁵ Decreto Ley 2591 de 1991, artículo 32. “Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas (...).”

⁶ Folios 62 a 63 del expediente. “Rinda un informe, que se considerará bajo la gravedad de juramento, en el que exprese de manera clara y precisa: a) En cuantas ocasiones y con qué objeto, fue citado el señor el señor Jonathan Pinzón Ramírez al Distrito Militar N° 52. b) Que decisión tomó la Junta de Remisos programada por el Distrito Militar N° 52 para los días 23 y 24 de julio de 2009, en relación con el caso del señor Jonathan Pinzón Ramírez y si éste compareció a la misma. c) El valor actual de la multa que el Distrito Militar N° 52, con base en los artículos 41 y 42 de la Ley 48 de 1993, impuso al señor Jonathan Pinzón Ramírez.”

⁷ Folios 63 del expediente. “Remita a este Despacho copia íntegra y autentica de: a) El acta N° 386/16-12-2008 mediante la cual fue levantada la condición de remiso del señor Jonathan Pinzón Ramírez y se le impuso una multa, así como la constancia de su notificación personal. b) Las actas de la Junta de Remisos del Distrito Militar N° 52 de los días 23 y 24 de julio de 2009. c) Todas las citaciones realizadas por el Distrito Militar N° 52 al señor Jonathan Pinzón Ramírez y la notificación personal de estas.”

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-809/08. Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa. Entre otras.

obtener información relacionada con el asunto en litigio⁹, estableciéndose que éste compareció a la Junta de Remisos programada por el Distrito Militar N° 52 para el día 23 de julio de 2009, pero el Coronel encargado de dirigirla se negó a considerar su caso, como retaliación por haber apelado el fallo de tutela.

Con base en lo anterior esta Corporación considera ciertas las afirmaciones anteriores y en amparo del artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991, releva al actor de demostrar su veracidad pues la entidad accionada a lo largo del proceso de tutela ha sido renuente a colaborar con la administración de justicia, tanto así que:

- i) Al inicio de la acción obstaculizó la notificación de la demanda que debía realizarse¹⁰,
- ii) Sin justificación alguna no remitió dentro del término otorgado el informe, ni los documentos solicitados en la segunda instancia,
- iii) En la junta de remisos realizada el 23 de julio de 2009, se negó a estudiar el asunto del actor, porque éste había apelado el fallo de tutela de primera instancia.

Esta determinación funge como la más adecuada para el presente caso, cuando se observa que quien está en mejor condición para acreditar el cumplimiento del debido proceso en el trámite que dio lugar a la imposición de la condición de remiso y la consecuente multa, así como la notificación y ejecutoria del acta No. 0386 de 16 de diciembre de 2008 que impuso esta última, es la entidad accionada, dado que en sus archivos debe reposar documentada toda la actuación¹¹.

Para esta Sala es claro que el actor, no está en condiciones de probar su asistencia a todas las citaciones realizadas por el Distrito Militar N° 52, ni la omisión en la notificación del acta No. 0386 de 16 de diciembre de 2008 que le impuso la multa, lo primero, porque las reglas de la experiencia demuestran que en tales eventos, las listas de asistencia reposan en los archivos de la entidad convocante y de ellas no se acostumbra a dar copia a los convocados, y lo

⁹ El sustanciador del Despacho el día lunes 5 de septiembre de 2009, a las 10:30 a.m., se comunicó con el actor al teléfono 7648255 que parece en el expediente, a efectos establecer si éste compareció a la audiencia programada para el 23 de julio de 2009 y determinar el resultado de la misma.

¹⁰ Folio 28 del expediente.

¹¹ En aplicación de la carga dinámica de la prueba en ciertos casos la jurisprudencia con relación a la obligación probatoria ha considerado que, el juez puede establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar algunos aspectos del asunto debatido. Lo anterior por las dificultades que en ocasiones afronta el demandante cuando la información requerida no está en sus manos, sino en las de la entidad accionada y por razones de equidad en consideración el alto grado de dificultad que en ciertos casos representa para éste acreditar hechos con documentación a la que no puede tener acceso.

segundo, porque es una negación indefinida que no requiere ser probada por quien la expresa, pues en esos eventos esta carga se traslada al demandado¹².

De conformidad con lo expuesto, y dado que no se encuentra debidamente probado en el expediente que el actor dejara de comparecer a las citaciones realizadas por la entidad demandada, no está obligado a soportar la condición de remiso que le fue impuesta ni la multa que obstaculiza la obtención de su libreta militar.

Además de lo anterior, la entidad accionada agravó la situación de violación de los derechos fundamentales del actor antes descrita, cuando pretermitiendo las normas legales y los principios constitucionales que rigen el debido proceso, omitió notificar en debida forma el acta No. 0386 de 16 de diciembre de 2008 que le impuso la injustificada multa, cercenando con ello sus garantías de contradicción y defensa.

Sobre este punto, si bien la Sala coincide con el Tribunal A quo, al considerar que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 48 de 1993, frente al acto administrativo que impone una sanción pecuniaria, en el curso del proceso de reclutamiento, es viable la interposición de los recursos del Código de Procedimiento Civil, no comparte la conclusión final a la que arribó dicha Corporación, pues el accionante, no tuvo la posibilidad de ejercer este medio de defensa, por cuanto como se acaba de expresar, el mencionado acto no le fue debidamente notificado.

Lo dicho sería suficiente para revocar la providencia impugnada y amparar los derechos fundamentales del accionante, sin embargo es necesario e ilustrativo, resolver el segundo planteamiento que contiene el problema jurídico analizado.

Sobre la legitimidad de la entidad accionada para ejercer su potestad sancionadora en el asunto en litigio.

Entiende la Sala que la obligación de prestar el servicio militar se encuentra estrictamente regulada por la Constitución en los artículos 95 y 216¹³ y en la Ley 48 de 1993.

¹² Código de Procedimiento Civil, artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

¹³ El constituyente de 1991 dispuso en el artículo 216 de la Constitución Política i) que la fuerza pública estará integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, ii) que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender a independencia nacional y las instituciones públicas y iii) que la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen de la prestación del servicio militar y las prerrogativas por la

El artículo 10 de la Ley 48 de 1993, consagra que todo varón de nacionalidad colombiana tiene la obligación de definir su situación militar desde el momento en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, que la definirán cuando obtengan su título de bachiller.

Esta Sala ha expuesto en su jurisprudencia¹⁴, que el reclutamiento para la prestación del servicio militar de conformidad con la Ley 48 de 1993, comprende las siguientes fases: i) la inscripción, que debe hacer todo varón colombiano dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, que en el caso especial de los alumnos del último año de estudios secundarios, se debe hacer durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército Nacional¹⁵; ii) los exámenes de aptitud psicofísica, a los que el inscrito debe someterse¹⁶; iii) el sorteo con el cual se materializa la elección para ingresar al servicio militar, el cual se realiza entre quienes hayan resultados aptos¹⁷; iv) la clasificación¹⁸, con la cual se determina quienes son eximidos de la prestación del servicio militar bajo banderas, por causal de a) exención, b) inhabilidad o c) falta

prestación del mismo. En desarrollo de esta disposición el legislador expidió la Ley 48 de 1993, "por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización."

¹⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 11 de junio de 2009. Expediente N° 25000-23-15-000-2009-00505-01. Acción de tutela. Actor: Greta Patricia López Alban y otro. C/. Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

¹⁵ Ley 48 de 1993,

Artículo 14. Inscripción. 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. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley. Parágrafo 1o. Los alumnos de último año de estudios secundarios, sin importar la edad, deberán inscribirse durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército. Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional solicitarán las cuotas de bachilleres para su incorporación a la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército, único organismo con facultad para cumplir tal actividad. Parágrafo 2o. La inscripción militar prescribe al término de un (1) año, vencido este plazo, surge la obligación de inscribirse nuevamente.

¹⁶ Ley 48 de 1993.

Artículo 15. Exámenes de aptitud psicofísica. El personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos.

Artículo 16. Primer examen. El primer examen de aptitud psicofísica será practicado por oficiales de sanidad o profesionales especialistas al Servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento.

Este examen determinará la aptitud para el servicio militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin.

Artículo 17. Segundo examen. Se cumplirá un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito el cual decidirá en última instancia la aptitud psicofísica para la definición de la situación militar.

Artículo 18. Tercer examen. Entre los 45 y 90 días posteriores la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud psicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar.

¹⁷ Ley 48 de 1993.

Artículo 19. Sorteo. La elección para ingresar al servicio militar se hará por el procedimiento de sorteo entre los conscriptos aptos, el cual podrá cumplirse en cualquier etapa del proceso de acuerdo con el potencial humano disponible y las necesidades de reemplazos en las Fuerzas Militares. Por cada principal se sorteará un suplente. Los sorteos serán públicos. No habrá lugar a sorteo cuando no sea suficiente el número de conscriptos. El personal voluntario tendrá prelación para el servicio, sobre los que resulten seleccionados en el sorteo. Los reclamos que se presenten después del sorteo y hasta quince (15) días antes de la incorporación, será resueltos mediante la presentación de pruebas sumarias por parte del interesado; quien no comprobare su inhabilidad o causal de exención será aplazado por un (1) año, al término del cual se efectuará su clasificación o incorporación.

¹⁸ Ley 48 de 1993, artículo 21. Clasificación. Serán clasificados quienes por razón de una causal de exención, inhabilidad o falta de cupo, hayan sido eximidos de la prestación del servicio militar bajo banderas.

de cupo, y v) la concentración e incorporación, que se lleva a cabo con los conscriptos aptos y elegidos, con fines de selección e ingreso a filas¹⁹.

En el presente caso se observa que el actor compareció al Distrito Militar N° 52, en el año 2006 cuando hacía parte del Colegio “Institución Educativa los Tejares” y cursaba el último año de bachillerato; en esa ocasión le fueron realizados los exámenes de aptitud psicofísica de rigor siendo declarado “no apto” para la prestación del servicio militar.

Lo anterior aparece plenamente acreditado en el expediente y no está en discusión, puesto que la institución educativa encargada de coordinar junto con la Dirección de Reclutamiento, el proceso de inscripción para la prestación del servicio militar del actor, así lo certifica²⁰, y el oficio No. 029 de 25 de marzo de 2009, por el cual la entidad accionada da respuesta al derecho de petición presentado por éste el 16 del mismo mes y año, es determinante sobre el asunto al expresar que: “verificado el sistema de información de reclutamiento (SIR), usted figura **CLASIFICADO SIN RECIBOS**, lo que significa que esta listo para liquidar su Tarjeta Militar de Segunda Clase ...”. (Subrayado y negrilla fuera de texto.).

De esta forma el actor cumplió con las etapas de reclutamiento para el servicio militar que su condición de no apto y clasificado le exigían, en consecuencia la fase siguiente que debía agotar la entidad accionada, era la iniciación de los trámites correspondientes para la expedición de su libreta militar, previa liquidación de la cuota de compensación militar establecida en el artículo 22 de la Ley 48 de 1993²¹ de haber lugar a ella, y no la citación para concentración, dado que esta se hace sólo a quienes sean “aptos y elegidos” para la prestación del servicio militar.

Del informe rendido por la entidad accionada en la primera instancia se observa que el fundamento fáctico para haber declarado la condición de remiso e impuesto

¹⁹ Ley 48 de 1993.

Artículo 20. Concentración e incorporación. Cumplidos los requisitos de ley, los conscriptos aptos elegidos se citan en el lugar, fecha y hora determinados por las autoridades de Reclutamiento, con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar.

Parágrafo. La incorporación se podrá efectuar a partir de la mayoría de edad del conscripto hasta cuando cumpla 28 años, salvo las excepciones establecidas en la presente Ley para bachilleres.

²⁰ Folio 5 del expediente.

²¹ Ley 48 de 1993.

Artículo 22. Cuota de compensación militar. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado debe pagar una contribución pecuniaria al Tesoro Nacional, denominada "cuota de compensación militar". El Gobierno determinará su valor y las condiciones de liquidación y recaudo. Parágrafo. La cuota de compensación militar se pagará dentro de los treinta (30) días siguientes a su clasificación.

la multa al actor, radica en la supuesta inasistencia de éste a una concentración de 13 de junio 2007, y el fundamento jurídico de estas, radica en los artículos 41 literal g)²² y 42 literal e)²³, de la Ley 48 de 1993.

De las mencionadas disposiciones, se desprende claramente que la condición de remiso se predica de quien una vez haya sido citado a concentración, no se presenta en el lugar, hora y día indicados por las autoridades de reclutamiento para ser sometido a selección e incorporación²⁴, en consecuencia tal calificación está dirigida a quien pretende, siendo apto para la prestación del servicio militar, eludir tal obligación.

Por lo expresado teniendo presente que el actor desde su inscripción en el año 2006 había sido declarado no apto para la prestación del servicio; en primer lugar no debía haber sido citado a concentración alguna, y en segundo lugar, si así hubiera ocurrido ante la hipótesis de su no comparecencia, esto no da lugar para haber sido considerado remiso, pues es evidente que éste jamás ha pretendido eludir su deber constitucional, pues como se expresó en líneas anteriores estaba exento del mismo por haber sido considerado “no apto” en razón de la grave condición médica que padece.

La Sala reconoce la facultad legal que tiene la entidad accionada para declarar las infracciones al reglamento del servicio de reclutamiento y movilización de las fuerzas militares y para decretar las sanciones correspondientes, sin embargo entiende que estas prerrogativas no pueden ser ejercidas arbitrariamente y por fuera del marco legal y constitucional al que están sometidas todas las autoridades públicas, pues en ello está el respeto por el principio de legalidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por lo anterior se advierte que cuando la mencionada ley permite la imposición de la sanción pecuniaria, condiciona la imputación de la misma a la no comparecencia al lugar de concentración de quienes estuvieren obligados a ello,

²² Ley 48 de 1993. Artículo 41. Infractores. Son infractores los siguientes: (...)

g. Los que habiendo sido citados a concentración no se presenten en la fecha, hora y lugar indicados por las autoridades de Reclutamiento, son declarados remisos.

Los remisos podrán ser compelidos por la Fuerza Pública, en orden al cumplimiento de sus obligaciones militares, previa orden impartida por las autoridades del Servicio de Reclutamiento. (...)

²³ Ley 48 de 1993. Artículo 42. Sanciones. Las personas contempladas en el artículo anterior, se harán acreedoras a las siguientes sanciones: (...)

e. Los infractores contemplados en el literal g), serán sancionados con multa equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por cada año de retardo o fracción, sin exceder 20 salarios.

El remiso que sea incorporado al servicio militar quedará exento de pagar dicha multa. (...)

²⁴ <http://www.reclutamientozona4.mil.co/remisos.htm>

por tanto siendo claro que el actor por su calificación de no apto para la prestación del servicio militar, no estaba obligado a presentarse a concentración alguna para efectos de incorporación a filas, aún cuando hubiere sido citado y no hubiere comparecido, no podría ser considerado como remiso y menos aún imponérsele multa alguna. Interpretación que es corroborada con la lectura integral de los artículos 41 y 42 de la Ley 48 de 1993, que establecen distintos tipos de infracciones y sanciones dependiendo de la fase de reclutamiento en que se encuentre el inscrito.

Considerar que la facultad sancionatoria del numeral e) del artículo 42 de la Ley 48 de 1993, no implica un destinatario específico - esto es sólo quien esta obligado a comparecer a la concentración para efectos de incorporación a filas -, implicaría interpretar tal prerrogativa, alejada del contexto y finalidad para la que fue concebida, se repite, esto es evitar que quienes han sido elegidos y son aptos para la prestación del servicio militar, evadan su obligación.

Como corolario de lo anterior esta Sala concluye que, en el caso particular del actor, dado que su proceso de reclutamiento sólo llegó hasta la tercera fase, esto es, la declaratoria de no apto para la prestación del servicio militar y la correspondiente clasificación, aún cuando hubiese sido citado a la concentración con fines de incorporación a filas y no se hubiese presentado, la entidad accionada no estaba legitimada para aplicarle el literal f) del artículo 41, ni el literal e) del artículo 42 de la ley 48 de 1993, a efectos de considerarlo remiso, ni aplicarle multa alguna.

En consideración a lo expuesto, la Sala: revocará el fallo impugnado, amparará el derecho al debido proceso del actor, dejará sin efectos la multa que le fue impuesta y que dio origen a la presente acción, así como el acto administrativo que la contenga, y ordenará al Distrito Militar N° 52, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, liquide de conformidad con la capacidad económica demostrada por el actor, la cuota de compensación a efecto de expedirle la libreta militar por éste querida, le informe por escrito de manera clara, concreta y detallada el trámite a seguir para la expedición del mencionado documento y se abstenga de obstaculizar por cualquier medio su trámite y expedición.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Revócase la sentencia de 8 de julio de 2009, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que negó la protección invocada por el señor Jonathan Pinzón Ramírez, dentro de la acción de amparo incoada por éste contra el Distrito Militar No. 52 de la Dirección de Reclutamiento de Reservas del Ejército Nacional, y su lugar se dispone:

Ampárese el derecho fundamental al debido proceso del señor Jonathan Pinzón Ramírez vulnerado por el Distrito Militar No. 52 de la Dirección de Reclutamiento de Reservas del Ejército Nacional.

Dejése sin efectos la condición de remiso declarada al señor Jonathan Pinzón Ramírez, así como la multa que le fue impuesta y que dio origen a la presente acción, y los actos administrativos que las contengan.

Ordénase al Comandante del Distrito Militar No. 52 de la Dirección de Reclutamiento de Reservas del Ejército Nacional, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia: i) liquide de conformidad con la capacidad económica demostrada por el actor, la cuota de compensación a efectos de expedirle la libreta militar por éste querida, ii) le informe al actor por escrito de manera clara, concreta y detallada el trámite a seguir para la expedición del mencionado documento y iii) se abstenga de obstaculizar por cualquier medio su trámite y expedición.

Cópiese, notifíquese, remítase copia al Tribunal de origen y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Cúmplase.

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA