

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

AHP5509-2015

Radicación N° 46841

Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015).

ASUNTO:

En términos del artículo 7° de la Ley 1095 de 2006 resuelve el despacho la impugnación interpuesta contra la providencia del pasado 10 de los cursantes mes y año, por medio de la cual un Magistrado del Tribunal Superior de

Manizales denegó el amparo de habeas corpus demandado en favor de Jorge Eduardo García Giraldo.

ANTECEDENTES:

1. Jorge Eduardo García Giraldo, nacido el 3 de julio de 1992, se inscribió ante las autoridades respectivas el 21 de marzo de 2009 con el propósito de definir su situación militar, practicándosele entonces los exámenes de rigor que lo catalogaron como apto para la prestación del servicio militar, razón por la cual fue convocado a concentración e incorporación el 27 de julio de 2010.

2. Sin embargo, llegada esta fecha García Giraldo incumplió la convocatoria y de ese modo adquirió la condición de remiso, misma bajo la cual fue retenido por autoridades militares de reclutamiento en jurisdicción de Manizales y conducido el 6 de septiembre del año en curso y así incorporado a filas al día siguiente.

3. En ese contexto, en nombre de Jorge Eduardo García Giraldo, Jhon Silvio García ejerció ante el Tribunal Superior de Manizales la acción de habeas corpus con el propósito de que se proteja su derecho fundamental a la libertad, conculcado, dice, en la medida en que fue retenido mediante el empleo de la fuerza en una batida constitucionalmente prohibida.

4. Conoció de la anterior demanda un Magistrado del citado Tribunal quien, después de recaudar la información

necesaria, profirió decisión el día 10 del mes y año que avanza denegando el amparo deprecado por considerar que en manera alguna se ha vulnerado la prerrogativa a la libertad ya que si bien García Giraldo fue privado de ella el 6 de septiembre, lo fue de manera legítima en tanto se trató del proceso de incorporación regular a las Fuerzas Militares en el cual fue reportado como remiso, de modo que su retención y posterior conducción resultaban legalmente viables en orden a adelantar el proceso de reclutamiento en calidad de soldado regular.

5. En el acto de notificación de la anterior providencia tanto el accionante como el supuesto afectado en su derecho fundamental, la impugnaron, pero entonces ni posteriormente expresaron las razones de su disenso.

CONSIDERACIONES:

1. De conformidad con la Ley 48 de 1993, artículo 14 *“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”*.

A su turno, el artículo 41 g dispone que: *“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”*.

2. Frente a tales disposiciones, la Corte Constitucional al examinar su sujeción a la Carta Política consideró en sentencia C-879 de 2011 *“que ciertas restricciones temporales realizadas por autoridades de policía para verificar la identidad de los sujetos o inclusive por autoridades militares para efectos de establecer si el ciudadano es portador de la libreta militar, no deben reunir la formalidad señalada en el inciso primero del artículo 28 constitucional, pero este no es el problema constitucional que se plantea respecto del artículo 14 demandado, pues la expresión compeler a la que se ha hecho referencia no ha sido entendida como una restricción momentánea sino como una limitación de la libertad personal que se puede prolongar incluso durante varios días –así se consigna en el informe del Jefe de reclutamiento del ejército nacional- mientras se define la situación militar. Es decir, se trata de una limitación de la libertad practicada por autoridades militares, que se lleva a cabo en cuarteles, durante un término indefinido (mientras se define la situación militar del retenido) y en la que no son claras las garantías del sujeto retenido pues no están consignadas en ninguna norma de carácter legal o reglamentario.*

Una limitación de esta naturaleza tampoco encaja dentro de ninguna de las excepciones reconocidas por la jurisprudencia constitucional a la exigencia de autoridad judicial competente contenida en el inciso primero del artículo 28 constitucional, pues no se trata de una detención preventiva, en la medida en que no tiene por objeto la prevención o comprobación de la ocurrencia de hechos delictivos, ni tampoco de una retención transitoria de una persona en una situación momentánea de vulnerabilidad, ni tampoco es ordenada por la Fiscalía general de la nación.

De lo anterior se concluye que la expresión compelerlo contenida en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 es muy ambigua y presenta serios problemas constitucionales en su aplicación, pues da lugar a que sea interpretada en el sentido que autoriza detenciones arbitrarias que vulneran la reserva judicial prevista en el artículo 28 constitucional.

Ahora bien, en aras del principio de conservación del derecho resta por considerar si la expresión compelerlo contenida en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 es susceptible de una interpretación conforme con la Constitución, y en tal sentido encuentra esta Corporación que la única comprensión que cumple tal condición es si se entiende la expresión acusada en el sentido de que quien no haya cumplido la obligación de inscribirse para definir su situación militar, solo puede ser retenido de manera momentánea mientras se verifica tal situación y se inscribe, proceso que no requiere de

ningún formalismo y que se agota precisamente con la inscripción, por lo tanto no puede implicar la conducción del ciudadano a cuarteles o distritos militares y su retención por autoridades militares por largos períodos de tiempo con el propósito no solo de obligarlo a inscribirse, sino de someterlo a exámenes y si resulta apto finalmente incorporarlo a filas.

Únicamente si se interpreta la expresión compelerlo en este sentido resulta ajustada al artículo 28 constitucional, en el sentido que se trata de una interferencia en la libertad personal que no requiere mandamiento escrito de autoridad judicial competente, y a la vez resulta proporcionada frente a las limitaciones que implica respecto de este derecho y de la libertad de circulación.

En efecto, con el cumplimiento de las condiciones antes reseñadas se trataría entonces de una medida que persigue una finalidad constitucionalmente legítima –la inscripción para definir la situación militar-, resulta idónea para tales efectos, es necesaria y no afecta de manera desproporcionada la libertad física ni la libertad de locomoción.

No corresponde a esta Corporación definir en detalle como debe ejecutarse materialmente tal competencia por parte de las autoridades militares, pero podría por ejemplo pensarse en la breve verificación de si el ciudadano ha definido su situación militar y de no ser así el diligenciamiento de una planilla en la cual se inscriba para tal fin y consigne sus datos para una posterior citación con el propósito de agotar las posteriores etapas señaladas en la ley, sin que pueda ser

conducido a cuarteles o distritos militares, ni pueda ser retenido por más tiempo del que demande un procedimiento de esta naturaleza.

Resta por analizar la constitucionalidad de literal g del artículo 41 de la Ley 48 de 1993, este precepto tiene el siguiente tenor: 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. Para su correcto entendimiento es preciso aclarar que según el inciso primero del mismo literal los remisos son quienes habiendo sido citados a concentración no se presentaron en la fecha, hora y lugar indicados por las autoridades de Reclutamiento, lo que implica que previamente debieron haberse inscrito y ya superaron los exámenes de aptitud psicofísica y el sorteo.

El artículo 50 del Decreto 2048 de 1993 precisa las condiciones en que los remisos son compelidos y señala que “Para los efectos del literal g) del artículo 41 de la Ley 48 de 1993, la orden impartida por las autoridades de Reclutamiento se hará efectiva mediante la utilización de patrullas que conducirán a los remisos para ser incorporados de conformidad con la ley (...)”.

Ahora bien, en este caso encuentra esta Corporación que se trata de un supuesto por completo diferente al señalado en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 pues supone que el ciudadano ya se inscribió para definir su situación militar y surtió la mayoría de las etapas previstas en el mismo cuerpo

normativo, pues superó las pruebas de aptitud psicofísica, luego el sorteo y posteriormente fue citado para concentración e incorporación, pero no asistió en la fecha y hora indicados por las autoridades de reclutamiento. Dichas autoridades mediante una orden individualizan al remiso y ordenan su conducción para su incorporación a prestar el servicio.

En este caso se trata de una restricción momentánea de la libertad mientras el remiso se incorpora a filas, que se prolonga durante el término en que es conducido al lugar de concentración e incorporación y, por lo tanto, no configura una detención arbitraria practicada sin previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En esa medida habría lugar a examinar si se trata de una restricción proporcional de los derechos fundamentales en juego.

Ahora bien, el juicio de proporcionalidad que se adelanta a continuación sólo tiene como referencia los cargos examinados en la presente decisión, es decir, la limitación de la libertad de circulación y de la libertad personal no guarda relación con otras eventuales restricciones de derechos fundamentales o con los asuntos relacionados con la objeción de conciencia.

Al respecto cabe señalar que la medida persigue una finalidad constitucionalmente legítima cual es la de hacer cumplir la obligación de prestar el servicio militar, la cual como se plasmó en un acápite precedente tiene fundamento en el artículo 216 constitucional y en otros principios y valores consagrados en el texto de la Constitución. Resulta además

adecuada para conseguir tal propósito pues la efectiva conducción del remiso al lugar de concentración para proceder a su incorporación a filas resulta idónea para cumplir con dicha finalidad.

Sobre la necesidad de la medida habría que señalar que en principio existen otras menos gravosas de la libertad personal y de la libertad de locomoción que pueden resultar idóneas para la misma finalidad, tales como la imposición de multas, pero esa medida ya está prevista en el artículo 42 de la misma ley, el cual señala que “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”, la conducción del remiso es por lo tanto una medida adicional a la multa y desde esta perspectiva es claro que no puede ser reemplazada por la misma y que no existe una previsión que tenga el mismo grado de eficacia y efectividad para que el remiso se incorpore a filas y cumpla con la obligación constitucional a su cargo.

Finalmente resulta proporcionada en sentido estricto, pues si bien la jurisprudencia de esta Corporación concede un elevado peso abstracto a la libertad personal y a la libertad de locomoción –como se plasmó en el acápite tercero de esta providencia- también le ha dado una gran relevancia constitucional al deber de cumplir con el servicio militar obligatorio -al cual ya se hizo previa referencia-, y mientras que la conducción del remiso sólo implica una restricción momentánea de sus libertades es claramente pertinente para que cumpla con la obligación de prestar el servicio militar, de

lo que finalmente resulta una afectación moderada de la libertad personal y de la libertad de locomoción y un alto grado de satisfacción de la obligación de cumplir con el servicio militar de quien ha sido declarado remiso.

En todo caso la aplicación de esta medida esta sujeta a que se haya previamente agotado las etapas para definir la situación militar descritas en la Ley 28 de 1993 y en el Decreto 2048 del mismo año, y a la expedición previa de una orden por parte de la autoridad de reclutamiento en la cual se identifique e individualice plenamente al remiso que luego será ejecutada por patrullas militares. En otras palabras, no puede ser entendido el literal g del artículo 41 de la Ley 48 de 1993 en el sentido que otorga competencia a las autoridades militares para realizar batidas indiscriminadas con el fin de identificar a los remisos y luego conducirlos a los lugares de concentración pues esta práctica implica incurrir en detenciones arbitrarias prohibidas por el artículo 28 constitucional.

3. Tesis que la misma Corporación reiteró en fallo de tutela T-455 de 2014 en los siguientes términos:

“En uno de los casos analizados, la Sala evidencia que el reclutamiento del actor se llevó a cabo mediante el procedimiento de redada o batida, en el cual (i) se le requirió sobre el porte de la tarjeta militar; (ii) al acreditarse que no había resuelto su situación militar, se le condujo coactiva y físicamente a un transporte del Ejército; (iii) fue privado de su libertad personal, dejándosele temporalmente en una “zona

de reclusión”; y (iv) posteriormente fue llevado a una guarnición militar, a fin de ser incorporado al servicio militar obligatorio.

Las redadas o batidas, procedimientos que de manera general responden al patrón antes explicado, están prohibidas por la Constitución, al tratarse de medidas restrictivas de la libertad personal que carecen de autorización judicial y que tampoco se encuentran dentro de las taxativas excepciones descritas en el artículo 28 C.P. A este respecto, la Corte debe ser enfática en indicar que las autoridades militares no tienen competencia para hacer redadas o batidas indiscriminadas, con el propósito de identificar a quienes no han resuelto la situación militar, para conducirlos a instalaciones militares y proceder a incorporarlos. Estas acciones contravienen la Constitución y la ley, al desconocer la reserva judicial sobre la libertad personal, en tanto derecho inalienable de todos los habitantes.

En ese sentido, ... las autoridades militares están habilitadas jurídicamente para requerir la identificación de los obligados y proceder a inscribirlos de inmediato y sin lugar a ningún tipo de detención temporal, ni menos la posibilidad de conducir a quienes no comprueben tener resuelta su situación militar.

La competencia de conducción, en los términos anotados, se circunscribe única y exclusivamente cuando las autoridades de incorporación y reclutamiento han identificado un obligado que ha sido calificado como apto para prestar el servicio y, al

rehusarse a ello ha sido declarado formalmente como remiso y, por ende, puede ser compelido a prestar el servicio militar. Esto implica, necesariamente, que el remiso ha sido previamente individualizado por las autoridades militares y que la actividad de conducción se restringe exclusivamente a dicho remiso, sin que en ningún caso pueda tener carácter indiscriminado. En otras palabras, la actividad de conducción debe ser obligatoriamente posterior a la identificación plena de los obligados remisos, sin que dicha identificación pueda realizarse de manera concomitante o posterior la conducción”.

4. Bajo tales supuestos constitucionales resulta evidente que desde el momento en que el presunto agraviado en su garantía fundamental fue incorporado a filas y mientras preste su servicio militar obligatorio, no hay vulneración alguna a la libertad personal o, en términos de la Corte Constitucional citados en la sentencia de exequibilidad antes reseñada *“una vez se define la situación militar e inicia la prestación del servicio militar no hay una detención arbitraria”.*

El cuestionamiento sobre la eventual afectación de la prerrogativa fundamental surge a partir del momento en que el remiso es retenido y conducido a una guarnición para ser incorporado a las Fuerzas Militares a fin de que preste su servicio obligatorio, toda vez que si bien para esos efectos la autoridad militar puede compelerlo, esto es retenerlo y conducirlo, debe hacerlo mediando su antelada individualización, además que se hace necesario *“la expedición previa de una orden por parte de la autoridad de*

reclutamiento en la cual se identifique e individualice plenamente al remiso que luego será ejecutada por patrullas militares. En otras palabras, no puede ser entendido el literal g del artículo 41 de la Ley 48 de 1993 en el sentido que otorga competencia a las autoridades militares para realizar batidas indiscriminadas con el fin de identificar a los remisos y luego conducirlos a los lugares de concentración pues esta práctica implica incurrir en detenciones arbitrarias prohibidas por el artículo 28 constitucional”.

5. En este asunto, diríase en principio que al constatarse plenamente que García Giraldo ostentaba la condición de remiso, surgía en las autoridades militares la facultad legítima de compelerlo, retenerlo y conducirlo para incorporarlo a las filas.

Se alega sin embargo la ilegalidad de tal procedimiento no por el hecho de que se tratara de un remiso, sino porque su retención se produjo de manera indiscriminada y como resultado de una batida o redada que en criterio de la Corte Constitucional sí configuraría una privación ilegal de la libertad, una detención arbitraria en la medida en que no antecedió la orden de la autoridad de reclutamiento que tras haber individualizado al remiso, fuera ejecutada por una patrulla militar con esa específica finalidad.

En este evento, además de la comprobación objetiva de que García Giraldo era remiso, debe inferirse que su retención y conducción se produjo en una batida a juzgar porque en la parada de buses de La Rochela fue requerido indiscriminadamente por sus documentos y como dentro de

éstos no exhibiera la libreta militar fue privado de su libertad y llevado a una guarnición donde se constató a posteriori que se trataba de un remiso, así por demás debe colegirse de la información brindada por las autoridades de reclutamiento acerca de que se hicieron citaciones a remisos el día 7 de septiembre, es decir al día siguiente de producida la ilegal retención, sin que por otro lado hayan acreditado que con anterioridad se expidió la pluricitada orden que tras individualizar al remiso fuera ejecutada específicamente por una patrulla militar, punto en el que a propósito el a quo yerra al sostener que aquella no se requería.

No existiendo por tanto previamente una orden para compeler al remiso individualizado ejecutada por una patrulla militar, y en cambio producida la retención y conducción de García Giraldo a consecuencia de una batida forzoso es concluir que fue ilegalmente privado de su libertad y que en consecuencia procede amparar su garantía fundamental.

6. Se revocará en consecuencia la decisión de primera instancia y en su lugar se amparará el derecho a la libertad personal de Jorge Eduardo García Giraldo, efectos para los cuales se oficiará al Jefe de Reclutamiento del Ejército Nacional para que en el término de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, disponga el desacuartelamiento del mencionado ciudadano.

Dada la privación ilegal de libertad que así se produjo se compulsarán copias de lo actuado ante la Justicia Penal

Militar a fin de que se investigue por el probable ilícito cometido a los militares que intervinieron en la retención conducción y acuartelamiento de Jorge Eduardo García Giraldo.

Por tanto, el suscrito Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. Revocar la decisión impugnada por medio de la cual un Magistrado del Tribunal Superior de Manizales denegó el amparo de habeas corpus impetrado en nombre de Jorge Eduardo García Giraldo.

2. En su lugar amparar el derecho a la libertad personal de Jorge Eduardo García Giraldo, efectos para los cuales se oficiará al Jefe de Reclutamiento del Ejército Nacional para que en el término de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, disponga el desacuartelamiento del mencionado ciudadano.

3. Compulsar copias de lo actuado en este asunto, incluida esta decisión, ante la Justicia Penal Militar a fin de que se investigue penalmente al personal que intervino en la retención, conducción y reclutamiento de Jorge Eduardo García Giraldo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria