

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL SERVICIO MILITAR COLOMBIANO DE FORMA OBLIGATORIA

*ANGIE TATIANA CÁRDENAS BARRERA,¹
LINA FERNANDA QUIROGA SÁNCHEZ² Y
JULIETH AMPARO SANABRIA CARO³*

Resumen

El presente artículo se basa en la objeción de conciencia en el servicio militar colombiano de forma obligatoria, pues esta brinda a la persona la posibilidad de rechazar el mandato jurídicamente establecido por el ordenamiento colombiano, ya que se considera que va en contra de sus convicciones religiosas, éticas, sociales y filosóficas, entre otras. Para esto, el artículo 18 constitucional existente es el que hace referencia a la objeción de conciencia de forma implícita, de esta manera no aparece únicamente desde 1991, sino que también, apareció en la Declaración de los derechos humanos de 1948; sin embargo, este derecho se ha visto afectado por la obligatoriedad del servicio militar, tema que actualmente ha tomado relevancia en la jurisprudencia colombiana.

Por consiguiente, la objeción de conciencia en el servicio militar obligatorio está en constante contradicción con la libertad de conciencia, para esto se necesita realizar una ponderación para ver cuál prepondera, si un derecho fundamental o una ley dictada por el legislador.

Abstract

This article is based on conscientious objection in the Colombian military service in a mandatory manner, because this conscientious objection gives the person the possibility of rejecting the mandate legally established by

-
- 1 Usta Tunja, Línea de investigación Derechos humanos, derecho penal y derecho procesal penal, Semillero Responsabilidad médica, Artículo de revisión ,3053973359. angie.cardenasb@usantoto.edu.co
 - 2 Usta Tunja, Línea de investigación Derechos humanos, derecho penal y derecho procesal penal, Semillero Responsabilidad médica, Artículo de revisión ,3223390169. lina.quiriga@usantoto.edu.co
 - 3 Usta Tunja, Línea de investigación Derechos humanos, derecho penal y derecho procesal penal, Semillero Responsabilidad médica, Artículo de revisión,3106091754. julieth.sanabria@usantoto.edu.co

the Colombian legal system, since it is considered that it goes against their religious, ethical, social, and philosophical convictions, among others. For this, the existing constitutional article 18 is the one that refers to conscientious objection implicitly, in this way it does not appear only since 1991, but also appeared in the Declaration of Human Rights of 1948, however, this right has been affected by the compulsory military service, an issue that currently has taken relevance in Colombian jurisprudence.

Therefore, conscientious objection to compulsory military service is in constant contradiction with freedom of conscience, for this a weighing is needed to see which prevails, whether a fundamental right or a law dictated by the legislator.

Palabras Clave: Objeción, conciencia, obligación, posibilidad, ordenamiento, convicción, ponderación.

Keywords: Objection, conscience, obligation, possibility, order, conviction, weighting.

Sumario

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA 1.1 Antecedentes de la objeción de conciencia
1.2 Principales jurisprudencias en materia de la objeción de conciencia en Colombia
1.3 Objeción de conciencia comparada
2. SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN COLOMBIA 2.1 Razones del servicio militar obligatorio
2.2 Contenido legislativo del servicio militar obligatorio
2.3 la prestación del servicio militar obligatorio y el principio de igualdad
3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD 3.1 Concepto y generalidades de la proporcionalidad
3.2 Forma de aplicar el principio de proporcionalidad
3.3 ¿Tiene el servicio militar obligatorio proporcionalidad con el derecho de libertad de conciencia?

I. Objeción de conciencia

La objeción de conciencia en el servicio militar tiene como finalidad la salvaguarda del derecho a la libertad de pensamiento y de religión, que están establecidos en el Art.18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la cual establece que toda persona tiene derecho a las libertades anteriormente nombradas, ya sea individual o colectivamente, en el Art.18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que igualmente establece que nadie puede ser obligado a realizar acciones que vayan en contra de su religión y libertad, sin embargo tiene unas limitaciones que manifiesta la ley para el bienestar y orden social del país y finalmente, en el Art.18 de la Constitución de 1991 garantiza igualmente la libertad de conciencia y la

prohibición de ser obligado a actuar en contra de sus convicciones y libertades morales, religiosas y de conciencia.

La podremos entender igualmente como el incumplimiento de una obligación que está legalmente establecida, por lo que para su realización primeramente deben presentarla por escrito y luego sustentar verbalmente los motivos los cuales lo llevaron a tomar esta decisión. No es algo que en su cotidianidad si se presente, por esto cuando ocurre debe ser estudiada por el profesional especializado en dicho tema, para que verifique y garantice al Estado que el desistimiento de esa obligaciones efectivamente por motivos contundentes, de protección, auténticos, serios y profundos.

En el Estado Colombiano son establecidos dos tipos de objeción de conciencia, los cuales se manifiestan en contra *legem* es no cumplir lo pactado por motivos de conciencia manifestando su aceptación a las consecuencias legales del incumplimiento y *secundum legem* se refiere a que lo sustentado fue aceptado por la ley, pero esto no exime de una responsabilidad pues, aunque no sea posible prestar servicio militar se debe obligatoriamente realizar una actividad o prestación social sustitutoria.

Por último, las personas que desarrollan esta serie de procedimientos son las que conocen y tienen cierto nivel de estudio en el tema, pues el desconocimiento de la misma es lo que hace que vayan en contra de sus ideales sin ninguna objeción.

1.1 Antecedentes de la objeción de conciencia

La objeción de conciencia dentro de los ordenamientos jurídicos ha sido olvidada, es decir, no se ha establecido de forma escrita directamente, sin embargo, esta presenta antecedentes que a pesar de que años atrás no se conocía con este nombre, hacía referencia a la objeción de conciencia. Un claro ejemplo es Eleazar, maestro de la ley judía, quien, a raíz de lo sucedido, en el año 167, donde Antíoco Epífanos empezó a castigar las prácticas de rituales de la ley Mosaica en relación con la pureza de los alimentos, a la cual los judíos se resistieron, tal resistencia llevó a Eleázar a ser detenido y forzado a incumplir su ley, este se opuso y esto le causó la muerte. Un segundo ejemplo fue, Maximilianus en el año 295, se negó a ser parte del ejército romano, ya que, sus convicciones religiosas se lo impedían, a consecuencia de eso fue ejecutado.

Otros antecedentes son; en el siglo XIX y XX jóvenes se negaron a participar en la guerra, lo cual se asemeja a la objeción de conciencia actual, en la revolución francesa, se impuso el reclutamiento obligatorio para el servicio militar, lo

cual causó un impacto que dio lugar al derecho individual de objeción de conciencia, además en el siglo XX en Australia, Reino Unido, Canadá y Estados Unidos, surgieron movimientos determinados a la objeción de conciencia.

También en el año 1970, se presenta el primer proyecto de ley de objeción de conciencia en las cortes. En 1971 Pepe Beunza se declara objetor de conciencia por motivos no violentos, esto generó gran trascendencia en la opinión pública, con apoyo internacional y estatal.

En Colombia los principales antecedentes han sido: la constitución de 1886, la cual hace referencia a la objeción de conciencia, pero en un ámbito religioso, es decir, únicamente para el clero de la iglesia católica, sin embargo años después, la corte suprema reconoce la libertad de conciencia, no sólo religioso sino también al libre pensamiento y opinión, para finalizar en la constitución de 1991 se establece el derecho fundamental que garantiza la libertad de conciencia y menciona que nadie será molestado por sus convicciones ni creencias, ni obligado a actuar contra su conciencia, la objeción de conciencia se presenta como una protección al derecho de libertad de conciencia.

1.2 Principales jurisprudencias en materia de objeción de conciencia en Colombia

En Colombia tenemos varios pronunciamientos de la corte en materia de objeción de conciencia en el servicio militar, las cuales han venido a suplir vacíos normativos que actualmente residen en nuestra legislación, puesto que, no se ha promulgado una ley la cual establezca específicamente toda la materia de objeción de conciencia en el servicio militar, de esta manera la jurisprudencia hace su ejercicio como fuente de derecho.

La sentencia de unificación 108 del 2016, la cual hace referencia a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, donde define que esta se encuentra relacionado con el derecho de libertad de conciencia y no como la abstención a la obligación de una prestación para con el Estado, pues cada persona tiene su protección constitucional a que sean respetados sus derechos fundamentales. Manifiesta igualmente, que este derecho contiene unos aspectos importantes, los cuales reiteran que nadie puede ser acosado, ni puede ser obligado a revelar sus convicciones o creencias y por último, nadie puede ser obligado a realizar acciones en contra de su conciencia, siendo este el núcleo elemental del derecho fundamental de objeción de conciencia. El Estado social de Derecho en el que se fundamenta el Estado colombiano, dentro de fines está las protecciones a las libertades individuales como la autonomía personal, en la que se puede objetar un deber jurídico por cuestiones morales o religiosas.

En la jurisprudencia se disputó si verdaderamente se podía establecer como un derecho fundamental, primero fue negado, después se dio la oportunidad de la objeción de conciencia en el servicio obligatorio en ciertos individuos y posteriormente se concedió el amparo constitucional para el ejercicio del derecho de objeción de conciencia. Gracias a este amparo, se les permite a los jóvenes tener una posibilidad a la realización de otras actividades las cuales contribuyan a los fines del Estado pero que no vayan en contra de sus convicciones y libertades.

En la sentencia de tutela 259 de 2017, interpusieron una acción de tutela al sentir vulnerados sus derechos, cuando procedieron a interponer la objeción de conciencia para que fueran eximidos del servicio militar obligatorio, pues el pronunciamiento del Ejército Nacional al derecho de petición interpuesto se centró en una serie de requisitos y pruebas documentales para subirlas en una plataforma, pues esto se concentraba netamente para dilatar el proceso ya que lo anteriormente solicitado estaba anexado al derecho de petición. La corte manifestó que estos requisitos no proceden, porque no todos los jóvenes tienen acceso al servicio público de internet o no tienen suficiente conocimiento informático, se debía establecer regulaciones, procedimientos y trámites que sean de manera sencilla e informal y de manera diligente en el tiempo para que cualquier sujeto lo pueda presentar, sin dejar a un lado que las razones deben ser externas, fajas, profundas, sinceras y que si se llegase a realizar esta obligación procederá en contra de sus convicciones. Por lo tanto, es de suma importancia solucionar los problemas ocasionales a la objeción de conciencia para que se resuelvan las situaciones militares, ya que si no se encuentra solucionado será restringido de realizar actividades a futuro o la posibilidad de desempeñar algún cargo laboral.

En la sentencia de constitucionalidad 370 de 2019, se dice que aunque en la constitución del 91 no se utilice el término específico de objeción de conciencia, este está consagrado en la última parte del artículo 18 constitucional “no obligación de actuar contra su conciencia”, lo que permite no solo la protección de pensar y creerse si no también, el actuar de acuerdo a esos pensamientos y creencias, la sentencia menciona que esas convicciones para objetar deben ser profundas, fijas y sinceras, además que afecten de forma directa el derecho de libertad de conciencia.

La objeción de conciencia es considerada un derecho fundamental autónomo que coexiste con los derechos de libertad de conciencia e intimidad. Esta sentencia es relevante porque menciona que la objeción de conciencia a pesar de ser un derecho fundamental, por ende, protegido por la acción de tutela, este no es absoluto, si no que su límite nace en el momento en el que se hace

la ponderación de la norma que se niega a cumplir, en este caso el servicio militar obligatorio y la convicción o creencia que se lo impide, es decir, nadie puede incumplir una norma por el simple hecho de que esté en contra de su conciencia.

Por último, la sentencia hace referencia a la objeción de conciencia en el bloque de constitucionalidad, ya que hay organismos internacionales que lo reconocen como lo es la Comisión Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

1.3 Objeción de conciencia comparada

En diferentes países también es procedente la objeción de conciencia en materia del servicio militar obligatorio. Países como Italia que ante grandes iniciativas legislativas finalmente se dio la promulgación de la ley sobre las normas de reconocimiento de la objeción de conciencia, la cual fue reconocida como un derecho fundamental dentro del servicio militar por la constitución y la legislación, igualmente tienen la prestación sustitutoria para suplir este servicio y como modo de defender la patria.

En Alemania, inicialmente la objeción de conciencia en el ordenamiento alemán no tenía reconocimiento, sin embargo, en la ley fundamental de 1949. En la actualidad se presenta una legislación más concreta con el tema con el fin de que el objetor tenga respeto de su derecho y el estado un control frente al tema.

En el Derecho francés, se podría decir que este fue el primero en regular el uso de la objeción de conciencia al servicio militar, este da un giro al servicio militar la cual ya no es de sentido obligatorio sino como forma voluntaria del individuo si decide realizarlo o si se obtiene realizará el servicio civil. Por esto, pueden objetar por cualquier motivo de conciencia para abstenerse de realizar este servicio, solo debe registrarse en la parte administrativa del Estado y en consecuencia realizar el servicio civil en contraprestación a dicha objeción.

En Derecho español, en 1980 sale a la luz el primer proyecto de objeción de conciencia y la oportunidad de servicio militar sustitutorio. Existe la objeción sobrevenida, la cual se define como aquella que se ejerce una vez comenzado el servicio en filas, luego de varios pronunciamientos del tribunal español se llega a la conclusión de que se ejerce sobre aquellas personas que tienen conflicto entre la prestación de servicio militar y su conciencia. Se crea el consejo nacional de objetores de conciencia el cual tiene las funciones de conocer sobre las solicitudes de objeción, dar informes al gobierno, conocer

sobre reclamaciones y peticiones de los objetores y por último emitir informes al ministerio de justicia.

Existe también la objeción de conciencia dentro del derecho Norte americano, da inicios en los años 1600 cuando los cuáqueros quisieron defender su libertad de conciencia para ser eximidos del servicio militar, lo cual generó gran controversia y discusión entre los Estados nacionales y el Congreso. Por lo tanto, en la elaboración en la constitución de 1787 la objeción de conciencia estuvo presente y se consignó en la segunda enmienda con el fin de dar reconocimiento moral al objetor de conciencia.

II. Servicio militar obligatorio en Colombia

Este servicio es ejercido especialmente por los mayores de edad, los cuales por su voluntad y juntamente por su obligatoriedad, lo desarrollan, es un tema un poco controversial, pues en la mayoría de los casos los que hasta ahora comienzan con esta prestación son enviados a lugares de guerra, los cuales no están preparados para tal situación. Es de importancia aclarar que para ellos hacer parte del combate primeramente tuvieron que haber recibido capacitaciones y muchas clases prácticas. Pero en 18 meses no se encuentra la capacidad o práctica suficiente para entrar en “campo de guerra”, son infinidad de noticias de homicidios a soldados en campo de guerra o en las llamadas “Zonas rojas” y no se establece que sea solo por falta de preparación, sino también por falta de atención del gobierno nacional.

De modo similar ha transcurrido con el pasar de los años y en la historia colombiana, es falta de diálogos de paz y de establecer que lo primordial para el país, no es la guerra, ni la economía, sino la paz, la cual no hemos visto ni presenciado en ningún momento de la historia. Hace algunos años por la mentira y el engaño y fundándose por el servicio militar obligatorio fueron investidos muchos jóvenes alrededor de 6.4032 de edades entre 18 a 24 años, por la mentira y el engaño que iban a prestar servicio militar en el ejército y en meses después aparecían sin vida o simplemente desaparecidos. Las familias en medio de la desesperación que sus hijos, nietos, entre otros, no parecían y no se conocía su paradero, al transcurrir más de 2 años sin información y sin ninguna señal de vida, la muerte presunta de todos estos hombres, de manera devastadora y a cargo del mismo gobierno nacional.

Finalmente, es una obligatoriedad necesaria hasta que no se establezca la paz en la nación y las contravenciones entre diferentes ámbitos sociales dentro y fuera del país, pero siempre respetando los límites y lineamientos establecidos ya sea por el legislador o por las sentencias con contenido legislativo, puesto

que, también se establece y se permite la forma de adquirir la libreta militar por medio de una suma de dinero la cual varía según sus ingresos y su capacidad económica.

2.1 Razones del servicio militar obligatorio

Por un lado, se contempla el deber de tomar las armas en caso de guerra o conmoción a la paz de la nación, por consiguiente, la obligación al servicio militar para estar preparados en tal caso y por otra parte está el deber del legislador mantener la paz de la nación, pues la defensa se manifiesta o representa en caso de guerra y la paz en la normalidad de la nación. Para coincidir con esa paz para el NO servicio militar obligatorio en Colombia primeramente se debe proveer seguridad jurídica en todas las problemáticas sociales del país.

Es evidente que Colombia ha sido uno de los países tanto en materia internacional como en materia interna, muy conflictivo contamos con las tasas e índices más altos de violencia y no hemos llegado a un acuerdo con los grupos al margen de la ley, hace un tiempo solo se desvincularon algunos grupos, el más reciente “las Farc”. El resto no, son grupos que tienen diferentes ideales políticos a los que lideran el país, a causa de la falta de participación política y la exclusión socioeconómica, al remitir contra el país los que son los encargados de protegerlos son los mismos colombianos en forma de las fuerzas armadas. Es de obligatorio cumplimiento coger las armas en caso de que la estabilidad del país se vea condicionada.

Las personas que prestan este servicio militar de manera obligatoria no deben asumir el costo de la libreta militar, la cual es de suma importancia para la vida profesional y laboral, muchos de los jóvenes que son exceptuados de prestar el servicio es el hecho de que se encuentren y estén matriculados en la universidad o incorporados en alguna institución académica, la actividad moderna es reclutar a los jóvenes los cuales no presentan los papeles de identificación. En el ámbito laboral para un hombre colombiano es uno de los primeros requisitos para constatar un contrato de trabajo, pues sin haber solucionado su situación militar no será aceptado o tendrán que solucionarlos en el menor tiempo posible.

Esta concepción se ha tratado de cambiar, para establecer este servicio militar como un servicio social, puesto que el servicio militar obligatorio no es visto como una opción de vida sino una imposición. Existe el reclutamiento forzoso, se busca la paz en trabajos de utilidad política pero no se garantiza el foco que desemboca el Estado Colombiano, Estado social de derecho, la libertad

es un derecho de amplio espectro, el cual contiene unas limitaciones, pero una de ellas no puede ser la imposición de un sistema sobre la voluntad del ciudadano hombre.

Desde otro punto de vista, es importante la manera como diferentes hombres, ponendo su vida en riesgo para salvaguardar a la nación, existe la posibilidad que si este no se desarrolla de manera obligatoria no habría tan gran cantidad de soldados pertenecientes a las fuerzas armadas como hoy en día, por consecuencia, la legislación optó como se ha venido llevando a cabo de manera obligatoria, todo esto con la finalidad de conservar el orden en la nación.

2.3 Contenido legislativo del servicio militar obligatorio

Es uno de los deberes que están establecidos en nuestra constitución política artículo 216, pero igualmente el artículo 96 lo manifiesta el cual por medio de todos los tratados y convenios se debe respetar primeramente los derechos humanos. La convención de derechos del niño y protocolo facultativo de la convención sobre derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados hacen que se establezca el sistema de servicio militar en Colombia, la cual la ejerce sólo el género masculino. Se establecía dentro de ciertos lineamientos, como lo es la edad mínima voluntariamente son de 15 años y de manera obligatoria de 18 años.

Colombia alrededor del año 2000 emitió la normativa correspondiente para que ningún menor haga parte de las fuerzas armadas colombianas, bajo ninguna circunstancia. En la actualidad es la ley 1861 de 2017 la que regula el servicio militar obligatorio, cualquier varón colombiano desde que cumple su mayoría de edad hasta antes de que cumpla sus 50 años debe definir su situación militar, ya sea por medio de la prestación del servicio o por el pago de la libreta militar, 18 meses es el tiempo decretado para llevar a cabo esta situación con la excepción si es de bachiller será de 12 meses, si se incumple el tiempo o el tipo de formación, no será válido para definirla.

Puede presentarse como; soldado del ejército, infante de marina, soldado de aviación, auxiliar de policía nacional y auxiliar del cuerpo de custodia en el INPEC, es y ha sido una lucha de clases constantemente, puesto que la misma normatividad establece las excepciones de prestar este servicio y son con un trasfondo netamente económico, como el hijo único, el huérfano que con su trabajo ayude a sus hermanos incapaces de solventar económicamente por sí solos, el hijo de padres que son mayores de 60 años y no tengan una solvencia económica digna para su vejez, el hermano o hijo de quien haya adquirido una incapacidad absoluta por parte de un trauma a causa del combate

prestado servicio en las fuerzas armadas, los hijos de oficiales, suboficiales o algún soldado profesional los cuales han fallecido, los clérigos o religiosos, los casados que hagan vida conyugal, entre otros. Por deducción las personas que habitan lejos de la ciudad o en zona rural son los que más hijos tienen y los que han tenido que prestar servicio, es una salida no sólo obligatoria sino también económica, puesto que se les remunera toda su prestación. Por esta razón muchos se quedan después de cumplir su tiempo para el servicio militar obligatorio, trabajando para la subsistencia de ellos y su familia.

El artículo 12 en la ley 1861 de 2017 en el literal N, reconoce la objeción de conciencia como una justificación o una excepción para evitar el servicio militar, la sentencia SU 108 de 2016, la cual ha servido de contenido legislativo como una ley supletiva a alguno vacíos legales que ha dejado el legislador, establece esta objeción de conciencia la cual se encuentra directamente relacionada con el derecho a la libertad de conciencia, no se toma como una forma de evitar las reglas del ordenamiento jurídico sino por la sociedad democrática establecida en el país interesada primeramente en los derechos individuales de cada uno de los Colombianos.

2.4 Prestación del servicio militar obligatorio y el principio de igualdad

A lo largo del tiempo, se han venido realizando investigaciones, las cuales, permiten analizar el servicio militar obligatorio en concordancia con el principio, derecho y valor de la igualdad, pues dentro de la normatividad colombiana se expresa que el servicio militar como una obligación que tienen todos los colombianos de prestarlo en el momento de cumplir la mayoría de edad, sin embargo, ¿realmente todos los colombianos mayores de edad prestan el servicio militar? Dentro de las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico, está la que permite definir la situación militar, pero en este aspecto se hace necesario mencionar la situación económica de estos jóvenes que están obligados a prestar el servicio, porque según algunos estudios, los jóvenes más afectados por esta medidas son aquellos que pertenecen a los estratos cero, uno, dos y tres, es muy alto el porcentaje de jóvenes de estratos bajos a la del resto de la población, a partir de esto, se observa que el reclutamiento si puede llegar a fomentar una desigual social por razones económicas.

La realidad colombiana, presenta una situación desfavorable para los jóvenes de escasos recursos, ya que la obligatoriedad del servicio militar se ve reflejado únicamente para ellos. El estado colombiano, como estado social de derecho, que establece unos fines estatales y derechos fundamentales debe promover y garantizar de forma efectiva el derecho a la igualdad, dando a aquellos menos

favorecidos, mayores oportunidades y disminuyendo cargas que pueden llegar a causar daños a los sujetos.

III. Principio de proporcionalidad (Ponderación)

En Colombia a partir de la constitución de 1991, en la cual se establece un estado social de derecho, decretando nuevos reconocimientos de derechos fundamentales, principios y valores constitucionales, los cuales permiten al juez no solo basarse en la norma, sino también en los principios y valores, para el fundamento de su decisión.

Con la llegada de los principios podemos observar, que se refuerzan aspectos como interpretación, argumentación y ponderación que ayudan como instrumento importante para su aplicación. La ponderación es el principal tema que se pretende abordar en este escrito, pues esta permite al juez, valorar dentro de un conflicto entre principios o derechos fundamentales cuál tiene mayor peso o importancia frente a lo que se quiere resolver, teniendo en cuenta algunas herramientas, necesarias para tomar una decisión justa, cuyas herramientas son: necesidad, idoneidad, y proporcionalidad estricta o ponderación que permite hacer el juicio de las intervenciones sobre el derecho, con el fin de decidir si es o no contraria a la constitución.

Finalmente se busca realizar el test de proporcionalidad entre el servicio militar obligatorio en Colombia y el derecho de libertad de conciencia ya que estos en un punto determinado se encuentran en controversia, puesto que el servicio militar obligatorio puede llegar a afectar las convicciones e ir en contra de la conciencia de las personas que prestan este servicio por esta razón es necesario saber cuál prevalece sobre el otro en momentos de conflicto.

3.1 Concepto y generalidades de la proporcionalidad

El test de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad que en sí son figuras diferentes, sin embargo la corte constitucional se ha pronunciado indistintamente frente a estas, esta surge en Alemania, la cual se desarrolló mediante la jurisprudencia constitucional de este mismo país, un claro ejemplo de esta, es el caso de Lüth en 1958 donde por primera vez se desarrolló la ponderación de forma amplia (cuando Lüth solicitó impedir las películas de Veit Harlan que produjo en 194, ya que se basaban en filmes Nacis, en especial la película el judío Süß, en primera instancia el tribunal de Hamburgo, denegó a Lüth la solicitud, argumentando en el art. 826 del Código Civil Alemán que prohíbe causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres, Lüth

puso una queja contra esa sentencia, protegido por la libertad de expresión, el tribunal tuvo que realizar una ponderación la cual tuvo como resultado que, el principio de libertad de expresión prevalece frente a los que iban en contra de él, por esta razón Lüth salió victorioso) y de esta manera nace la ponderación.

La ponderación se puede definir de forma general, como un instrumento que tiene el fin de determinar, en momentos de conflictos entre principios o derechos fundamentales, y según circunstancias propias, la prevalencia de un principio sobre otro, es decir, las situaciones de prioridad que permiten identificar la jerarquía de un principio, ya que, es solo un estudio destinado a problemas jurídicos en específico. Esta figura nos posibilita determinar el nivel de afectación legítima de un derecho fundamental con otro, el cual es un medio de demostración, de la razonabilidad, interpretación y en donde hay enfrentamientos entre medios y fines, los cuales se realizan a través de determinados pasos, que son considerados como subprincipios del principio de proporcionalidad, como lo son: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, estos tres reúnen el concepto de optimización, aquel que entra en contexto con la teoría de los principios, definida por Robert Alexy, el cual menciona, que el principio consiste en alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas.

Los derechos fundamentales se dividen en dos importantes teorías; la primera una teoría rigurosa y estrecha, que es la teoría de las reglas, esta es la que garantiza los derechos fundamentales, que no se distingue de otras del sistema jurídico, se encuentran en el nivel más alto del sistema jurídico y tienen gran importancia, estas son normas jurídicas y son aplicadas justamente de la misma manera que las demás, se caracteriza por proteger al ciudadano frente al estado, en segundo lugar la teoría de los principios que resulta ser amplia y comprehensiva, sin embargo, presenta problemas algunas veces, pues esta olvida proteger algunas posiciones concretas de los ciudadanos, estas dos teorías tienen importancia, ya que, estas son aparentemente opuestas, pero al mismo tiempo se complementan una con la otra, pues en el caso de que una ley llegase a afectar un derecho fundamental, es necesario realizar la ponderación entre los derechos que se encuentren en conflicto, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales tienen carácter de regla y principio.

También los principios y valores no están únicamente en relación entre el estado y el ciudadano, sino que están sobre todo el sistema jurídico, es decir, estos se presentan en todas partes y en cualquier tiempo, sin embargo, puede llegar un momento en que entren en conflicto y es necesaria la ponderación.

3.2 Forma de aplicar el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, no puede entenderse como un principio general del derecho, pues no tiene carácter normativo, sino que por el contrario, se presenta como guía de comportamiento para las personas, es decir, una estructura que permite realizar funciones interpretativas y argumentales, que sirve para modular los conflictos, que se forman entre derechos, principios o valores, la proporcionalidad es un concepto relacional, el cual está ligado a cualquier norma, que deba ser interpretado o aplicado.

Como mencionamos anteriormente el origen de esta se dio en Alemania, pero ha sido tomada a los sistemas jurídicos de otros países, tales como: Europa, América, y América latina, de igual forma a órganos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su estructura está formada por tres subprincipios, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad estricta o ponderación, dentro de los pronunciamientos de la corte está mencionado que la proporcionalidad es un instrumento metódico que busca dar racionalidad, predictibilidad y legitimidad de la decisión tomada por el juez, el cual se vale de los tres subprincipios mencionados anteriormente, con el fin de analizar si la medida tomada es adecuada para la consecuencia del objetivo, por consiguiente, se explicará cada subprincipio:

Idoneidad: Es aquella medida, la cual sirve para justificar los fines constitucionales, es decir, toda actuación del legislador o juez, respecto a los derechos fundamentales, debe ser oportuna para obtener un fin constitucional y legítimo, la medida a la que se hace referencia puede ser un mandato, una autorización o prohibición, esta debe ser idónea para lograr el fin propuesto, por ejemplo, una ley, que permite al ejército Nacional reclutar jóvenes de forma obligatoria, para prestar el servicio militar, con el fin constitucional de defensa de la nación.

Necesidad: Es aquel medio que elige el legislador para llevar a cabo los fines de la medida, este subprincipio a lo que hace referencia es que la medida tomada en relación con derechos fundamentales debe ser la más benigna, es decir, entre todas las opciones que existan para alcanzar el objetivo, se escoja la más adecuada, es necesario que el juez compare todas las medidas que tenga para cumplir los fines reconocidos en la idoneidad, con el fin de aceptar el medio que afecte de forma mínima el derecho fundamental, por ejemplo, permitir reclutar a jóvenes de forma obligatoria no cumplía con la necesidad, ya que, de una forma u otra causa agresión al derecho de libertad del joven, además el legislador tenía otros medios para alcanzar el mismo fin,

como por ejemplo ofrecer beneficios, como estudio, encuentros familiares y así incentivar el servicio militar voluntario.

- **Proporcionalidad estricta o ponderación:** Este último subprincipio se fundamenta en una ponderación o una evaluación guiada por la fórmula del peso, entre la fuerza de la intervención hecha por el legislador sobre el derecho fundamental contra las razones que justifican tal intervención, este subprincipio, requiere que la afectación de los derechos no sean mayor al beneficio deseado, es decir, que la aplicación del principio debe ser mayormente satisfactoria que la afectación del derecho que no ha sido escogido, por ejemplo, el mismo caso que se viene mencionando, el servicio militar obligatorio trae desventajas (depresión, daños psicológicos, afectación al derecho de libertad de conciencia y libertad en general) ya que no le permite al joven poder cumplir, la proyección de vida que realizo en algún momento, y sin duda alguna esto supera, la ventaja, que trae el servicio militar obligatorio, ya que es la defensa de la nación, salvo que la nación se encuentre en peligro inminente y sea necesario un gran porcentaje de la población para la defensa de la misma.

Estos tres subprincipios ayudan a evitar, que los jueces y magistrados tomaran decisiones injustas e incorrectas, por ese motivo, se vieron en la necesidad de crear un criterio objetivo de evaluación, aplicados a casos concretos, para materializar el principio de proporcionalidad es necesario realizar un test de razonabilidad, el cual permite saber si una norma o situación, está afectando cualquier derecho fundamental.

3.3 ¿Tiene el servicio militar obligatorio proporcionalidad con el derecho de libertad de conciencia?

La ley 1992 de 2017, en la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización, está en su artículo 4 menciona, el servicio militar obligatorio, como un deber constitucional de todos los colombianos que nacen al cumplir la mayoría de edad, para alcanzar los objetivos del estado, también menciona que todos los colombianos, hombre y mujer, están obligados a tomar las armas, cuando haya necesidades públicas para defender la nación, salvo que la persona ejerza el derecho fundamental de objeción de conciencia, a pesar de que en la parte final de este artículo se menciona la objeción de conciencia como un límite a la obligatoriedad del servicio militar, este si puede llegar a afectar la libertad de los ciudadanos colombianos, porque a parte de las convicciones políticas, religiosas o filosóficas, la libertad se puede ver afectada en aspectos tales como la proyección de vida de un

joven, una persona desde que inicia a tener conciencia, se empieza a imaginar qué desea para su futuro y cómo lo quiere construir, de acuerdo a aquellas oportunidades que se le pueden presentar en su vida, sin embargo, un joven que cumple la mayoría de edad, está obligado a definir su situación militar, muchas veces la economía de las familias, no les permite acceder fácilmente a la libreta militar y, por ende, tener que prestar el servicio al menos por el tiempo que determina la ley, el servicio militar obligatorio, a pesar de mostrar una limitación a su ejercicio sigue mostrando contradicciones. Aplicando el test de razonabilidad en su nivel estricto, porque en el conflicto se presenta un derecho fundamental, inicialmente, el artículo 4 de la ley 1992 de 2017 cumple con el fin constitucional legítimo de defender la nación y además se limita por sí solo con la objeción de conciencia por esto si es idóneo, sin embargo, no cumple con el subprincipio de necesidad ya que nos hacemos la pregunta si es realmente necesario hacer el servicio militar obligatorio? y la respuesta es no, porque, esto puede ser lesivo al derecho fundamental de la libertad y decidir a qué me quiero dedicar en la vida, además el legislador contaba con otros medios para lograr el fin, como establecer programas que motiven a los jóvenes a pertenecer a las fuerza pública de forma voluntaria, del mismo modo el servicio militar obligatorio representa algunas ventajas, garantiza la seguridad nacional, pero presenta igualmente, desventajas, como ir en contra de la libertad personal, deja a familias desconsoladas (unidad familiar) y por último el servicio militar se puede ver afectado al estar al alcance de cualquier colombiano mayor de edad, ya que la falta de gusto por estar allí, puede afectar las operaciones militares. Este test realizado, no tiene fin de declarar inconstitucional el artículo 4 de la ley ya mencionada, sin embargo, podemos concluir que el derecho fundamental de libertad personal y en sí la libertad de conciencia prevalecen sobre el servicio militar obligatorio.

IV. Conclusiones

El servicio militar en Colombia es un tema que ha causado gran controversia a nivel internacional, pues es uno de los pocos países, los cuales se debe desarrollar de manera obligatoria, pero por otra parte se contradice con los fines del Estado social de derecho en el que permanecemos, pues sobre todas las cosas está la libertad y la salvaguarda de los derechos de todos los colombianos. Por esta razón, en se aplica el test o principio de proporcionalidad el cual determina qué es lo que conlleva más carga al tomar una decisión, por un lado, contamos con el servicio militar obligatorio y por el otro el derecho a la libertad de conciencia, la cual como lo mencionamos anteriormente, por pronunciamientos de la corte prevalece en nuestro ordenamiento.

De acuerdo con el test de proporcionalidad, la ley que establece el servicio militar obligatorio, sí cumple con un fin constitucional, el cual es la defensa de la nación especialmente en momentos de crisis, en este orden de ideas, cumple con el primer requisito que es la idoneidad, sin embargo, al momento de aplicarlo en el segundo requisito, la necesidad, está no se cumple en su totalidad, pues el legislador, contaba con otras medidas distintas al servicio obligatorio, como incentivos y mejores oportunidades, al momento de hacer la ponderación entre esta ley y el derecho fundamental, se puede concluir que el derecho fundamental y constitucional sobre libertad de conciencia prevalece o tiene cierta preferencia, en el momento de enfrentarse contra la ley sobre servicio militar obligatorio.

La objeción de conciencia es el resultado de ello, donde los diferentes varones que sientan que levantar las armas va en contra de sus convicciones religiosas, sociales, entre otras, cuentan con la posibilidad de ser eximidos de prestar este servicio, esta objeción por sentencias con contenidos legislativo ya se convirtió en un derecho para todos los ciudadanos, basándose en el artículo 18 de la constitución política, si este artículo no se respetara dentro de la normativa que rige el servicio militar obligatorio, por consecuencia sería una norma viciada, pues iría en contra de la constitución.

V. Referencias bibliográficas

Demanda de Inconstitucionalidad. (s.f.). Corte constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-370-19.htm>.

La consagración del derecho humano a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio: evolución de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. (s/f).

Libertad de Conciencia. (s.f.). Corte constitucional. Recuperado el 21 de mayo de 2023, de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU108-16.htm>

Mateus Mancilla July Alejandra, V. P. J. R. (2010). La objeción de conciencia como derecho constitucional consagrado en la legislación colombiana y su estudio en el derecho comparado.

Melo, M. (noviembre, 2017). Objeción de conciencia en la prestación servicio militar obligatorio - evolución jurisprudencial.

Organización de las Naciones Unidas (s.f.). Informe analítico sobre la objeción de conciencia al servicio militar. 20.

ONU (s.f.). La objeción de conciencia al servicio militar.

Servicio militar obligatorio. (s.f.). Corte constitucional. Recuperado el 21 de mayo de 2023, de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-259-17.ht>.

Struck, P. D. (1998). La objeción de conciencia.

Rodríguez-Páez, N. (2018). La problemática del servicio militar obligatorio en Colombia y el derecho a la objeción de conciencia. *Derecho y Realidad*, 14(28). <https://doi.org/10.19053/16923936.v14.n28.2016.78>