

**INCONSTITUCIONALIDAD O LEGALIDAD DEL RÉGIMEN DE CARRERA
DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.**



YESID MAURICIO LOTERO GIRALDO

CÓDIGO 3501019

DOCENTE

CLAUDIA PATRICIA GARAY ACEVEDO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCION DE POSTGRADOS – FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

INVESTIGACIÓN II

BOGOTÁ DC

2016

Inconstitucionalidad o legalidad del régimen de carrera de los soldados profesionales¹

Yesid Mauricio Lotero Giraldo²

Resumen.

En el presente ensayo se identifica una serie de hechos ocurridos bajo vigencia normativa del régimen de carrera y régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, situaciones que han sido objeto de análisis por parte de los órganos de cierre, dando a conocer la solución a los vacíos y/o problemas normativos en estudio, con el fin de solucionar el siguiente problema: ¿El régimen de carrera y régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales vulnera el goce efectivo de principios y derechos de la carta política?.

Palabras claves. Capacidad psicofísica, derechos adquiridos, detención preventiva, discrecionalidad administrativa, soldados, subsidio familiar.

Abstract.

In this essay we identify a series of events occurred under actual rules of regimen of career and the wage regimen and benefits of professional soldiers, situations that have been analyzed by the closure organs, publicizing the solution to the gaps and/or regulatory problems under study, in order to solve the following problem: ¿Does the career regimen and the wage regimen and benefits of professional soldiers violates the effective enjoyment of rights and principles of the Constitution?

¹ Ensayo para optar al título de especialista en Derecho administrativo Universidad Militar Nueva Granada

² Abogado. Soldado Profesional de Ejercito de Colombia. Contacto:yemalo_80@hotmail.com

Keywords. administrative act, psychophysical ability, acquired rights, preventive detention, administrative discretion, soldiers, family allowance.

Introducción

La carrera militar esta provista de una serie de problemáticas, siendo necesario examinar la norma que regula la carrera de los Soldados Profesionales, con el fin de investigar y analizar los vacíos y/o problemas normativos del régimen de carrera del personal relacionado, que hacen parte de las Fuerzas Militares de Colombia.

El trabajo investigativo, da a conocer una serie de situaciones que se presentan al interior del Ejército Nacional, cuyo origen son los decretos que regulan el régimen de carrera y régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares de Colombia, con algunas disposiciones legales que pueden no armonizar con la Carta Magna, advirtiendo la posibilidad de vulnerar principios constitucionales como la igualdad, solidaridad y equidad, al dárseles un trato diferente y existir diferencias sustanciales enormes y desproporcionadas de la normatividad vigente que reglamenta esta población.

Seguidamente se relatará la evolución que ha tenido el régimen de carrera de los soldados profesionales en la última década, encontrando una serie de situaciones que han afectado derechos del personal en estudio, posiblemente por vacíos y/o problemas normativos, obligando a ejercer acciones legales en busca de salvaguardar principios y/o derechos constitucionales, confrontaciones dirimidas a través de la intervención de las Altas Cortes para dar solución a cada caso en particular a través de sus fallos.

Así mismo se realizara un análisis sistemático de cada situación que a lo mejor conlleva a la vulneración de derechos constitucionales, vislumbrando la teoría propuesta en busca de una

solución al caso por parte del órgano colegiado, para finalmente establecer una solución al problema planteado.

Evolución normativa del régimen de carrera de los soldados profesionales en la última década

Es necesario retomar la historia para entender porque surge la necesidad de profesionalizar el Ejército; en los años 60 Colombia vivía las consecuencias del asesinato del líder Jorge Eliecer Gaitán, una transformación de Autodefensas Agrícolas inspiradas en el partido comunista origina una violencia guerrillera, al respecto Almario ha establecido:

Esta guerra se ha caracterizado por la influencia en ella del partido comunista que fue su inspirador desde los postulados terroristas y el empleo del secuestro como arma política, adobado todo un poco después con el narcotráfico como medio de financiamiento al finalizar con la caída del muro de Berlín y el fin de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas el apoyo logístico que recibían a través de Cuba los grupos como las FARC, el ELN, el EPL y el M-19. (2010, p. 238)

Esta situación de anarquía, crecimiento desmesurado de bandas al margen de la ley coge mucha más fuerza en los años 80 desestabilizando la institucionalidad, el gobierno acciona el aparato estatal, donde las fuerzas armadas en función de su deber legal según Vargas “la defensa nacional frente a potenciales agresiones externas y el mantenimiento del orden interno, así como el carácter no partidista y no deliberante de las mismas...” (2002, p. 180) despliega todos los medios para restablecer el orden público alterado por el crimen organizado, en ese momento histórico se evidencia que no se contaba con un pie de fuerza suficiente y sobre todo idóneo para

hacer presencia a todo lo largo y ancho del Estado colombiano, situación que facilitaba el desarrollo de actividades delictivas por estos grupos ilegales.

Para neutralizar estas situaciones se contaba por un lado, con personal capacitado y entrenado, otorgado a quienes habían tomado la carrera militar como un proyecto de vida; y por el otro, con el personal que prestaba su servicio militar obligatorio, quienes carecían del entrenamiento especial exigido para poder combatir y afrontar con determinación la crisis institucional.

A finales de 1985 y debido a la delicada situación de orden público que atravesaba el país, se toman decisiones por parte del poder público para reestablecer la seguridad de la sociedad, se expide la Ley 131 de 1985 con el fin de darle respaldo legal al servicio militar voluntario, permitiéndole al personal que prestaba un servicio militar obligatorio la posibilidad de continuar de manera voluntaria en la Fuerza, aprovechando el entrenamiento y la experiencia acogida por quienes toman las armas por mandato Constitucional.

A pesar de estas medidas la situación de orden público en Colombiano mejoraba, sucedieron una serie de hechos al final de esta época que conllevaron a una asamblea constituyente. Aparece la Constitución de 1991, hecho que generaba un cambio transcendental para los ciudadanos, toda vez que se deja a un lado una Constitución legalista, se toma como eje central de la nueva Constitución la dignidad humana, según Younes “implica la realización de unos valores (libertad, igualdad y justicia) superiores, que aunque se reduzcan por vías distintas, son el camino más próximo a la dignidad de la persona.” (2005, p. 67)

A mediados de los 90, la poca creencia en las instituciones del Estado y el creciente fortalecimiento de organizaciones al margen de la ley, aunado a ello que no se contaba con el pie

de fuerza suficiente para contrarrestar a estos grupos, impulsó la necesidad de profesionalizar a quienes voluntariamente deseaban prestar sus servicios a la institución castrense, materializándose en el año 2000 con una serie de decretos entre ellos el Decreto 1793 del año 2000 régimen de carrera de los soldados profesionales y el Decreto 1794 del mismo año régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, el cual generaba una estabilidad completamente distinta a la que se le venía dando a los soldados voluntarios, ajustándose con esta normatividad a los postulados de un Estado Social de Derecho.

Es a partir de la profesionalización de los soldados que se supera el déficit de personal y empieza a ser unas Fuerzas Militares mejor preparadas física y tecnológicamente, situación que se reflejó en la tropa al estar más motivada y comprometida con el mandato constitucional encomendado, materializándose en la seguridad vial, los contundentes golpes a grupos subversivos, el crecimiento de la inversión extranjera y la plena convicción de que si era posible ganarle la guerra al terrorismo.

Con la expedición de los Decretos citados y a partir de la entrada en vigencia de mencionada normatividad, surgen unas controversias de carácter legal, teniendo en cuenta existía una población de soldados voluntarios regidos por una norma distinta a la mencionada, generándoles una serie de inquietudes en cuanto a sus expectativas laborales, toda vez que no se hizo una socialización de estos decretos explicándoles los beneficios y cambios que se venían, de esta manera no existía claridad para los soldados voluntarios en varios aspectos de índole laboral, uno de ellos el respeto por los derechos adquiridos, al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (en adelante: CConst.) planteo lo siguiente:

Los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento (Colombia Corte Constitucional, 2009)

Situación que generaba mucha más incertidumbre para los soldados voluntarios, siendo necesario aclarar las diferencias de índole laboral que hasta esa época existían entre los soldados profesionales y los anteriormente mencionados de la siguiente manera: por un lado a los soldados voluntarios se les cancelaba una bonificación y carecían del pago de prestaciones sociales como aspectos principales, y por el otro los soldados profesionales contaban con el pago de un salario y las prestaciones sociales de ley, entendidas como:

(...) todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. (Colombia Corte Suprema de Justicia, 1993)

Era evidente que con el nuevo régimen los beneficios eran mucho mayores, situación que finalmente conllevó a que los soldados voluntarios dejaran de denominarse así y se convirtieran en soldados profesionales regidos por una misma norma.

A partir de noviembre del año 2003 todos los soldados eran denominados profesionales, la unificación de la normatividad reguladora para las dos clases de soldados existentes anteriormente (profesionales y voluntarios) empieza a generar una serie de circunstancias jurídicas que fueron objeto de análisis por parte de las Altas Cortes, en este orden de ideas se hará referencia a los problemáticas emanadas de la normatividad en estudio, relacionadas de la siguiente manera:

Decreto 1793/2000 régimen de carrera de los soldados profesionales: Esta norma ha generado una serie de situaciones como el retiro por detención preventiva, retiro por disminución de capacidad psicofísica, retiro por discrecionalidad.

Decreto 1794/2000 régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales: Desconocimiento de derechos adquiridos al inaplicarse el inciso segundo del artículo 1, inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro.

De esta manera se establecen una serie de situaciones legales que han sido objeto de estudio de los cuerpos colegiados (retiro por: detención preventiva, disminución de capacidad psicofísica, discrecionalidad; desconocimiento de derechos adquiridos e inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro), en el sentido que el Ejército Nacional realizaba una interpretación legal que no obedecía al fin perseguido, además la exegesis debe armonizar con los preceptos legales y constitucionales, propendiendo siempre por garantizar los derechos fundamentales otorgados en la Carta Política a esta población; a continuación se realizara un análisis de acuerdo a la delimitación normativa realizada.

Jurisprudencia planteada por las Altas Cortes, la cual busca dar solución a los vacíos y/o problemas normativos del régimen de carrera de los soldados profesionales

Decreto 1793 del año 2000, régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares.

Retiro por detención preventiva.

El decreto 1793/2000 régimen de carrera de los soldados profesionales en el numeral 3 del ordinal a del artículo 8 y el artículo 11 establecía:

3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario. (Inexequible)

ARTÍCULO 11. RETIRO POR DETENCION PREVENTIVA. <Ver CONDICIONAMIENTO en relación con los apartes subrayados> El soldado profesional a quien se le profiera medida de aseguramiento consistente en detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario, será retirado del servicio. (Colombia, Decreto Ley 1793 , 2000)

En este caso un ciudadano ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000 argumentando violación al derecho de igualdad, presunción de inocencia y el trabajo.

La Corte se pronuncia a través de la sentencia C-289 del año 2012, acogiendo la presunción de inocencia y el derecho al trabajo, parafraseando la postura tomada por la Corte establece que con el hecho de estar detenido preventivamente el soldado, no se le vulnera la presunción de inocencia debido a que esta decisión tiene carácter preventivo y no sancionatorio, asimismo se ajusta a la Constitución, la presunción de inocencia diverge varios ámbitos entre ellos lo laboral, mientras no exista una sentencia en firme seguirá gozando de la garantía de la

presunción de inocencia, razón por la cual para el soldado profesional que ha sido detenido preventivamente por más de 60 días debe respetársele esta garantía constitucional.

Retirar a un soldado de la institución castrense por el hecho de estar en detención preventiva por más de 60 días, no armoniza con derechos constitucionalmente protegidos como el debido proceso, al restringir desproporcionadamente la presunción de inocencia de la que goza en el entorno laboral, la medida tomada por la institución castrense busca un fin legítimo y es idónea, sin embargo, el retiro es innecesario toda vez que se cuenta con un elemento que restringe en menor medida la garantía constitucional de la presunción de inocencia, la cual cumple con la finalidad de proteger la comunidad y la institución castrense, en este sentido la suspensión de funciones mientras se adelante la investigación es el mecanismo más razonado, teniendo presente que la investigación puede terminar con una sentencia absolutoria, al respecto Alexy ha planteado que “La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue a la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas” (1997, p. 112).

En este orden de ideas la Corte realiza un examen profundo, refiriéndose a todos los tratados internacionales sobre derechos humanos acogidos por el ordenamiento interno de Colombia, prevaleciendo la presunción de inocencia que goza toda persona mientras no se pruebe su culpabilidad en un proceso con todas las garantías legales, en relación Camargo planteo “(...) es el derecho fundamental o humano de toda persona acusada de un delito a que sea considerada y tratada como inocente mientras no se establezca, mediante sentencia judicial en firme, su culpabilidad (...)” (2009, p. 113), de esta manera el numeral 3 del ordinal a del artículo 8 de la norma en estudio debe salir del ordenamiento jurídico al contrariar un derecho

protegido por la Carta Política y el artículo 11 de la misma norma continua de manera condicionada, es decir, la palabra retiro deberá entenderse como suspendido.

Antes de emitirse esta jurisprudencia constitucional, los soldados profesionales debían afrontar grandes problemas, por un lado necesitaban de recursos económicos para poder efectuar una defensa técnica de los procesos judiciales que en la mayoría de las ocasiones no podían mantener, al mismo tiempo si duraba más de 60 días detenido preventivamente sería retirado de la institución castrense, quitándole la única fuente de ingreso económico para satisfacer las necesidades básicas del hogar, agregándole de esta manera una problemática más.

De esta manera, al romper con la presunción de inocencia de la que goza toda persona, este personal de soldados se encontraban en desigualdad de condiciones frente a otro grupo de Militares que si se les garantizaba una serie de derechos, como otorgarles parte del salario para que suplían las necesidades básicas mientras adelantaban la investigación, en este orden de ideas, se estaba vulnerando el derecho a la igualdad teniendo en cuenta que el fin perseguido, al estar detenidos preventivamente para ambos grupos de militares buscaba un fin común (no obstaculizar el proceso, proteger a la sociedad, que el imputado no evada la justicia), se encuentran en la misma óptica jurídica al aplicárseles el mismo código penal militar según el tipo de delito, sobre todo no existía una razón clara y objetiva que justificara el trato diferenciado que se le daba a los soldados, al ser retirados por el solo hecho de estar detenidos más de 60 días.

Retiro por disminución de capacidad psicofísica.

Esta norma establecía las razones por las cuales podía ser retirado de la institución castrense el soldado, de igual manera se complementaba con el Decreto 1796 del mismo año, el

cual regulaba la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de este personal, en este orden de ideas el artículo 10 del decreto 1793 del año 2000 establecía:

ARTÍCULO 10. RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA.

El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.

Las valoraciones médicas realizadas a los soldados profesionales cuando se veía afectada su condición psicofísica como consecuencia de los actos del servicio, era realizada por la Dirección de sanidad Militar a través de la Junta Medico Laboral (en adelante JML), en caso de no estar de acuerdo con la decisión tomada por la JML se le garantizaba la doble instancia al soldado y conocía el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía (en adelante TMR) la apelación, cuando la decisión del TMR no le alcanzaba para una pensión de invalidez, se le concedía al afectado una indemnización y era retirado de la fuerza el soldado, a través de un acto administrativo, entendido según Santofimio como “toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares, tendiente a la producción de efectos jurídicos” (1996, p. 59), este acto administrativo era definitivo y estaba investido de legalidad.

Además, en la hoja de vida laboral del soldado quedaba reflejado que la desvinculación laboral correspondió a la disminución de la capacidad laboral, situación que le impedía acceder al mundo laboral al ser objeto de discriminación, obligándolo a accionar mecanismos que protegieran una serie de derechos fundamentales reconocidos en la carta, que no siempre prosperaban al impetrar la acción de tutela como mecanismo más idóneo y célere.

Al respecto la Corte ha dicho:

Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. (Colombia CConst, 1998)

Debido a esta serie de sucesos se hizo necesario el pronunciamiento de la Corte Constitucional, optando por proteger al trabajador cuando su disminución de la capacidad laboral ha sido una consecuencia de la función que desempeña al interior del Ejército, no puede el empleador despedirlo por su estado psicofísico, estableciendo la jurisprudencia constitucional:

Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación. (Colombia CConst., 2001)

Por otro lado, Sentencia T-503/10 del 17 de junio de 2010, bajo la figura de derecho a la estabilidad laboral reforzada de trabajador discapacitado, brindó una mayor seguridad en la permanencia de su trabajo y por ninguna circunstancia podría el empleador, en este caso el Ejército terminar el vínculo laboral fundándose en la disminución de la capacidad psicofísica y laboral, referente a esta situación sentó precedente judicial estableciendo:

La protección laboral reforzada predicable a favor de las personas con discapacidad, comprende dos aspectos a saber, uno positivo, en virtud del cual la limitación de una persona no podrá ser motivo para obstaculizar su vinculación laboral y, uno negativo, referente a la prohibición de despedir o terminar el contrato de una persona por razón de sus limitaciones, salvo que medie autorización del Ministerio de la protección Social. Ahora bien, el derecho a la protección laboral especial de los discapacitados no se agota en estas dos mencionadas circunstancias, pues, en desarrollo de este derecho, el legislador mediante la Ley 776 de 2002, estableció en su artículo 8, la obligación del empleador de ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberá efectuar los movimientos de personal que sean necesarios. (Colombia CConst, 2010)

Así las cosas son varios los precedentes constitucionales que han afianzado la estabilidad laboral del personal en estudio, ha obligado a la institución castrense a reubicar laboralmente el personal de soldados profesionales, garantizando el goce efectivo de derechos al personal que tiene amparo constitucional especial, como es el caso de los soldados con disminución de la capacidad laboral.

Retiro por decisión del comandante de la fuerza.

La discrecionalidad administrativa según García es entendida como “elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos” (2004, p. 30), es decir, la Constitución faculta estos actos y de igual manera son sujetos de revisión, además para Berrocal “sus límites se concretan en los principios de la

necesidad, adecuación y proporcionalidad de su contenido, así como en el fin jurídicamente señalado...” (2014, p. 185), la Corte en múltiples sentencias se ha pronunciado al respecto.

En este sentido el Doctor Vladimiro Naranjo Mesa planteo que la facultad discrecional de retiro por parte del funcionario competente, no era equivalente a un poder sin límites de decidir retirar del servicio al uniformado, aduciendo:

“Encontramos en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad. (Colombia CConst, 1995).

En diferentes pronunciamientos posteriores la corte ha ratificado la postura, señalando que la discrecionalidad no es contraria a la Constitución, no es violatoria del debido proceso, las decisiones deben ser urgentes teniendo en cuenta la calidad de funcionario, además la hoja de vida es una garantía de los integrantes de la fuerza pública, que limita una eventual arbitrariedad en el procedimiento de retiro discrecional.

En este sentido, es obligatorio tener en cuenta la hoja de vida del militar con el fin de fundamentar el retiro de la fuerza de manera discrecional o en su defecto el concepto del comité encargado de esta valoración, el precedente constitucional aludió:

(...) la situación del soldado profesional no es equiparable a la del oficial o suboficial del Ejército o de la Policía y que en el caso de los oficiales o suboficiales la motivación está garantizada mediante la exigencia de un comité encargado de emitir un concepto previo al retiro, mientras que en relación con los soldados profesionales la ley no establece la convocación de ningún comité (...). (Colombia CConst, 2008)

Así las cosas, existía una claridad respecto de la discrecionalidad de los oficiales y suboficiales, situación que no se daba para los soldados profesionales, en consecuencia, no era obligatorio motivar el retiro discrecional del soldado, de esta manera se le otorgaba al comandante de la fuerza un poder muy amplio, dando pie al uso indebido de esta facultad discrecional irrumpiendo en oportunidades los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este orden de ideas, el decreto 1793 del año 2000 estableció en su artículo 13 lo siguiente:

ARTÍCULO 13. RETIRO POR DECISION DEL COMANDANTE DE LA FUERZA.
<Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En cualquier momento, por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva. (Colombia, Decreto Ley 1793 , 2000)

De esta manera los soldados profesionales estaban expuestos a ser retirados por los comandantes de la unidad operativa por simple subjetividad, al existir vacíos jurídicos que no los

limitaban, razón por la cual la Corte se pronuncia con el fin de establecer parámetros jurídicos claros para esta población, que permitiera garantizar el derecho de contradicción y defensa manifestando que “previo a la solicitud de desvinculación se valoren por el Comandante de Unidad Operativa, la hoja de vida y el motivo del retiro, en forma semejante a como lo realizan la junta asesora y los comités de evaluación respecto de los oficiales y suboficiales” (Colombia CConst, 2013).

De este modo la Sentencia C-758 del año 2013 pone límites a los comandantes al momento de emitir un acto discrecional, donde se debe tener en cuenta la historia laboral y motivar la razón apoyada en una junta asesora, pues anteriormente se tomaban decisiones subjetivas por parte de estas autoridades, sin realizarle una valoración objetiva a la hoja de vida del soldado, situación que conllevaba en muchas ocasiones a intereses particulares que terminaban violando el debido proceso del soldado.

Decreto 1794 del año 2000, régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales.

Desconocimiento de derechos laborales adquiridos.

En vigencia de la norma mencionada se han dado una serie de situaciones jurídicas que desconocen derechos laborales otorgados por la constitución y la ley, situaciones que desdibujan los beneficios mínimos irrenunciables que goza todo trabajador, en este sentido la jurisprudencia constitucional ha referido “(...) serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de asegurarle un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana (...) (Colombia CConst, 2003), por lo tanto, encontramos que el artículo primero del decreto 1794 del año 2000 dispone:

ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%). (Colombia, Decreto Ley 1794, 2000).

Acontece que el Ministerio de Defensa Nacional no ha aplicado de manera armónica con la Constitución el Decreto 1794 del 2000, en la medida que al inaplicarse lo establecido en el inciso segundo, genera una serie de arbitrariedades al desconocer derechos laborales adquiridos por los soldados que ingresaron a la institución castrense con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, de igual forma vulnera derechos de orden superior como el mínimo de garantías laborales, resultando claro que el inciso segundo es la excepción de la norma.

Antes de entrar en vigencia el decreto mencionado, la vinculación se fundaba legalmente en vigencia de la Ley 131 de 1985 denominándolos soldados voluntarios, respetándole los derechos adquiridos en desarrollo de los objetivos y criterios fundamentales consignados en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, los cuales tienen el carácter de irrenunciables, en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, así las cosas, el único requisito para poder devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), era haber estado incorporado en vigencia de la Ley 131 de 1985, es decir, haber ingresado a la institución castrense antes del 31 de diciembre del año 2000.

Resulta clara la interpretación de la norma, reflejándose que lo perseguido por el legislador es el respeto de los derechos adquiridos, sin embargo la problemática surge a partir del 01 de noviembre del año 2003, fecha en la que se le aplica integralmente el decreto 1794 del año 2000 a quienes prestaban los servicios como voluntarios y que con posterioridad a dicha fecha se designarían soldados profesionales, desmejorando su salario en un 20%.

Con el pasar del tiempo esta situación de detrimento salarial, conllevó a que el personal de soldados profesionales accionara la jurisdicción contenciosa con el fin de hacer prevalecer los derechos laborales adquiridos entendidos como situaciones ya consumadas las cuales no deben ir contra los derechos del trabajador, encontrando por un lado amparo judicial en muchas ocasiones, por el otro existían posturas de jueces administrativos que no compartían la teoría y terminaban por no conceder las pretensiones a los soldados, es decir, no existía una unificación de criterios que brindara seguridad jurídica, entendida según López “(...) obligación política que tiene el derecho de decidir el caso conforme a las reglas preexistentes y nunca mediante reglas creadas ad hoc (...)” (2013, p. 194).

De este modo el Consejo de Estado se pronunció con el fin de dar solución a la problemática con Sentencia unificadora de criterios de la siguiente manera:

(...)interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían

derecho a recibir como sueldo, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%. (Colombia Consejo de Estado, 2016).

De esta forma se aclara el panorama, acabando con la incertidumbre legal de quienes fueron soldados voluntarios, al unificar jurisprudencia el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, marcando el camino a seguir por parte de los jueces administrativos al momento de interpretar la ley en casos con supuestos facticos y jurídicos similares, generando con esto estabilidad y seguridad jurídica, en este sentido el precedente constitucional a dicho: “es indispensable para el normal funcionamiento del sistema jurídico jerárquico y único el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia.” (Colombia CConst, 1993).

En este orden de ideas, el Ejército Nacional como autoridad administrativa debe tener en cuenta las sentencias de unificación Jurisprudencial, al adquirir un rol fundamental en la protección de derechos fundamentales de sus administrados como igualdad, coherencia y seguridad jurídica; de igual manera una oportuna y uniforme resolución de las peticiones que le sean competentes.

En contexto, quienes fueron incorporados antes del 31 de diciembre del año 2000 cuentan con una figura especial acogida por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), extensión de la jurisprudencia artículo 102 el cual dice: ” Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.” (Congreso de Colombia, 2011), de este modo se conmina a la institución castrense a evitar un desgaste de la

administración de justicia, implementando soluciones en sede administrativa a problemas que gozan de unificación de criterios por los órganos de cierre.

Inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro.

De acuerdo al artículo 1° de la ley 21 de 1982, el subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero o especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, tienen derecho los trabajadores cuya remuneración mensual no supere los cuatro salarios mínimos mensuales vigentes y cuando laboren 96 horas al mes o que con su compañera o cónyuge no superen los seis salarios mínimos mensuales vigentes.

De esta manera el verdadero sentido del subsidio familiar, es una prestación social que beneficia a las personas de bajos ingresos con el fin de proteger y apaciguar las cargas económicas de la familia, tenido en cuenta como partida computable para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, conforme al artículo 13 del decreto 4433 del 2004, que establece:

“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo...” (Colombia, Decreto 4433, 2004)

Como se observa en la norma, a los Soldados Profesionales el subsidio familiar no era tenido en cuenta para la liquidación de retiro, debían accionar el sistema judicial alegando vulneración del principio de igualdad, en el sentido que se omite la génesis de mencionado subsidio, al respecto el órgano de cierre de lo contencioso ha expresado:

(...) la finalidad del plurimencionado subsidio ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales. (Colombia Consejo de Estado, 2014)

De esta manera, al estar en curso un sin número de demandas judiciales por esta situación, se impulsa la expedición de los Decretos 1161 y 1162 del año 2014, los cuales dictan disposiciones en materia de creación de subsidio familiar, asignación de retiro y pensiones de

invalidez para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, sin embargo, no se le da claridad legal al personal de soldados que habían sido retirados antes de entran en vigencia aludidos decretos, en el entendido, que el subsidio familiar era excluido de la liquidación de retiro elaborada a los soldados profesionales.

Así las cosas, se aclara el panorama jurídico de los soldados profesionales que son retirados de la institución castrense en vigencia de los decretos antes relacionados por tener derecho a la asignación de retiro, personal que le es incluido el subsidio familiar como partida computable de asignación asignando un salario más justo por los servicios prestados, entendido según Dobb como “Los salarios eran un precio justo del trabajo realizado en un mercado libre, así como la utilidad era un precio económico para el patrón por los servicios que le prestaban” (1965, p. 12); pero continua la vaguedad legal para los soldados que no les tuvieron en cuenta mencionado subsidio, quienes deben seguir acudiendo ante los jueces administrativos para que les sea reconocido el derecho.

Conclusiones

Del presente trabajo investigativo se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

Primera: El Estado colombiano en los últimos quince años ha venido implementando una normatividad que busca reforzar que los miembros de las fuerzas Militares tengan una serie de garantías laborales y sociales, en procura de una verdadera unidad, igualdad, justicia, solidaridad y prosperidad, situaciones que facilitan el desarrollo de una vida digna a todos los militares, cumpliendo así en gran parte con la finalidad de un Estado Social de Derecho. Del mismo modo, la fuerza normativa radicará mucho en la manera como sean redactadas, la amplitud

interpretativa que permita, pero sobre todo en la armonización con los preceptos constitucionales como marco normativo general que limita, obliga y vincula la demás reglamentación legal.

Segunda: La Corte Constitucional como máximo garante de que se respete la Constitución y el Consejo de Estado como órgano de cierre judicial de la administración, a través de los pronunciamientos, de los ejercicios analíticos que realizan limitan y aclaran el camino interpretativo que las diferentes entidades administrativas deben hacerle a las normas, parafraseando palabras de la Corte la jurisprudencia es vinculante y obliga a todo el poder administrativo a acatar sus fallos, aplicarlos a los demás casos que cumplan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, no son simples catálogos de recomendaciones a los poderes públicos; en este sentido, el Ejército Nacional debe realizar un análisis sistemático de la norma, un análisis de las facultades legales que tiene la administración, el fin perseguido con las decisiones adoptadas y si estas son proporcionadas y acordes al caso en concreto, situación que hace parte de la constitucionalización del derecho.

Tercera: Hay que tener presente que la sociedad y el entorno que rodea a las Fuerzas Militares está en constante cambio, como prueba de ello es el acuerdo de paz realizado con la ONT-FARC, razón por la cual la normatividad debe evolucionar y estar en constante dinamismo, adaptarse a las transformaciones que exige la sociedad en procura de garantizar el goce efectivo del catálogo de derechos otorgados en la Constitución y la ley, además la administración debe elaborar una interpretación amplia a la normatividad que la rige, donde se garanticen derechos a los militares de manera sistémica, de lo contrario entorpecerá el avance social, la transformación del Ejército como una fuerza del futuro capacitada, tecnificada y auto sostenible.

Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Almario, C. G. (2010). *Colombia y el Ejército*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Camargo, P. P. (2009). *Manual de enjuiciamiento penal colombiano*. Bogotá: Leyer.
- Colombia Corte Constitucional, C-175 (Corte Constitucional 6 de 5 de 1993).
- Colombia Corte Constitucional, C-104 (Corte Constitucional 11 de 3 de 1993).
- Colombia Corte Constitucional, C-525 (Corte Constitucional 16 de Noviembre de 1995).
- Colombia Corte Constitucional, T-576 (Corte Constitucional 14 de Octubre de 1998).
- Colombia Corte Constitucional, C-968 (Corte constitucional 21 de 10 de 2003).
- Colombia Corte Constitucional, C-1045 (Corte Constitucional 19 de 10 de 2005).
- Colombia Corte Constitucional, T-569 (Corte Constitucional 29 de 5 de 2008).
- Colombia Corte Constitucional, T-503 (Corte Constitucional 17 de 06 de 2010).
- Colombia Corte Constitucional, C-782 (Corte Constitucional 10 de 10 de 2012).
- Colombia Corte Constitucional, C-758 (Corte Constitucional 31 de 10 de 2013).
- Colombia Corte Constitucional, T-1040 (Corte Constitucional 27 de 9 de 2001).
- Colombia Consejo de Estado, Expediente núm. 2014-02292-01 (Consejo de Estado 11 de Diciembre de 2014).

Colombia Consejo de Estado, CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda 25 de 8 de 2016).

Colombia Corte Constitucional, C-1045 (Corte Constitucional 19 de 10 de 2005).

Colombia Corte Constitucional, C-242 (Corte Constitucional 1 de abril de 2009).

Colombia Corte Suprema de Justicia, sentencias del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985, 12 de febrero de 1993 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral 12 de febrero de 1993).

Colombia, P. d. (14 de 9 de 2000). Decreto Ley 1793 . *Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.* Colombia.

Colombia, P. d. (14 de 9 de 2000). Decreto Ley 1794. *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.* Bogotá, Colombia.

Colombia, P. d. (31 de Diciembre de 2004). Decreto 4433. *Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.* Colombia.

Congreso de Colombia. (2011). LEY 1437. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional, C-242/09 (Corte Constitucional 1 de abril de 2009).

Corte Suprema de Justicia, sentencias del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985, 12 de febrero de 1993 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 12 de febrero de 1993).

Dobb, M. (1965). *“Salarios”*. Cuarta edición. Mexico DF: Fondo de cultura económica.

García De Enterría, E. (2004). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Cuadernos Civitas tercera edición.

Berrocal Guerrero, L. E. (2014). *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Lopez Medina, D. (2013). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Santofimio Gamboa, J. (1996). *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Vargas, A. (2002). *Las Fuerzas armadas en el conflicto colombiano antecedentes y perspectivas*. Bogotá: Intermedio editores, una division de Circulo de Lectores S.A.

Younes, S. (2005). *Estado Social de Derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.