

DESIGUALDAD EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA
FUERZA PÚBLICA



PRESENTADO POR:

ANDRÉS RICARDO TOVAR RIVERA

CÓDIGO. 3500808

JUAN PABLO POVEDA INFANTE

CÓDIGO. 3500802

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ, D.C.

2014

DESIGUALDAD EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA
FUERZA PÚBLICA



ARTÍCULO DE REFLEXIÓN PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA
EN DERECHO ADMINISTRATIVO

PRESENTADO POR:

ANDRÉS RICARDO TOVAR RIVERA

CÓDIGO. 3500808

JUAN PABLO POVEDA INFANTE

CÓDIGO. 3500802

PRESENTADO A:

DIEGO ESCOBAR

TUTOR METODOLÓGICO

JAIRO SANDOVAL

TUTOR TEMATICO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
METODOLOGÍA
BOGOTÁ, D.C.

2014

RESUMEN

El Decreto 4433 de 2004, dispuso el reconocimiento de la asignación de retiro a los soldados profesionales y a su vez determinó en el artículo 16 que la prestación se liquida con las partidas de sueldo básico y prima de antigüedad, sin tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable la pregunta de investigación implica el siguiente planteamiento: ¿Se desconoció el principio de igualdad en materia de pensiones, al excluir este factor como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales? el objetivo principal del presente artículo demuestra como la norma sustancial, trae consigo una situación de inferioridad para dichos uniformados y sus familias.

Palabras claves.

Asignación, igualdad, retiro, soldados, subsidio.

ABSTRAC

Decree 4433 of 2004 provides for the recognition of the retirement allowance to professional soldiers and in turn determined in Article 16 that the benefit is paid to elements of basic salary and seniority premiums, regardless of the child benefit as computable starting the research question involves the following approach: the principle of equality is ignored on pensions, to exclude this factor as computable starting in allocating retirement of professional soldiers? the main objective of this article demonstrates how the substantive rule, brings an inferior position to those in uniform and their families.

Key words.

Assignment, equality, retirement, soldiers, subsidy.

INTRODUCCIÓN

La consolidación de los fines esenciales del Estado y la estabilidad dentro del territorio nacional, se fundamenta a través de las instituciones democráticas. Algunas de ellas operan con sus programas de beneficios e incentivos para la sociedad y otras lo hacen con las armas del lado de la legitimidad que otorga el orden constitucional.

El presente artículo de reflexión describe el estado actual de los soldados profesionales en el tema prestacional, específicamente en lo relacionado con la asignación de retiro, a la cual tienen derecho tras cumplir ciertos requisitos.

Se trata de analizar la actividad regulada por normas de carácter especial en donde existe una vinculación laboral por prestar un servicio al Estado, respecto de la manera de liquidar su asignación de retiro, la cual puede eventualmente infringir el principio de igualdad, frente

a la sociedad y a sus pares de superior rango.

El subsidio familiar es el punto álgido que se quiere abordar en relación con la asignación de retiro; éste beneficio lo adquieren los soldados profesionales y tiene como fundamento una prestación pública asistencial de carácter económico por tener un cargo familiar.

Para desarrollar el presente artículo utilizamos un procedimiento basada en un método deductivo, teniendo en cuenta que se parte de lo general, a lo particular. Para nuestro caso el trato que da la constitución a un grupo de uniformados que hacen parte de una institución, abordando el estudio de casos frente a circunstancias específicas, como los soldados profesionales. Fijamos un enfoque cualitativo porque partimos de conceptos sobre la asignación de retiro, teniendo relación clara y directa con la orientación jurídica trazada por el Decreto 4433 de 2004.

Este artículo comprende los siguientes apartes: Prestaciones sociales en las Fuerzas Militares y aproximación histórica, principio de igualdad, planteamiento teórico de la norma, los soldados profesionales en Colombia, situación de desigualdad para soldados profesionales en relación con los oficiales y suboficiales de la fuerza pública, cuadro comparativo frente a las prestaciones, función de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, asignación y alcance jurisprudencial.

1. Prestaciones sociales en las Fuerzas Militares y aproximación histórica.

Las transformaciones sociales en otros países específicamente en la España de los años cuarenta del siglo XIX, permiten echar un vistazo histórico teniendo lo que hoy se llama prestaciones sociales son transformaciones procedentes de unidades económicas distintas de los hogares¹.

¹ Ortiz Palacios, Iván David. La protección laboral en el sistema Interamericano de

En los regímenes antiguos no existieron programas de pensiones. Lo que había al principio era la concesión graciosa que el monarca hacía de una pensión a favor de algún alto funcionario que le había servido durante largos años, o a favor de sus supervivientes.

Se tiene entonces que “en el siglo XVIII se fue introduciendo la práctica de conceder pensión de retiro a los oficiales de los reales ejércitos cuando abandonaban la vida militar tras años de servicio y pensiones de jubilación a ciertas categorías de funcionarios civiles al abandonar el servicio por edad o invalidez”. De esta manera en la España de aquella época se fue pasando de las solas pensiones de gracia a pensiones progresivamente.

Se desarrolló la idea de pensión o prestación económica en España, donde surgió la pensión de supervivencia, pensión del Estado a

Derechos Humanos, Bogotá, Ed. UNIBIBLOS, 2006.

favor de clérigos, pensiones públicas durante periodos constitucionales y reconocimientos pensionales a militares².

El 9 de junio de 1821 se aprobó el Decreto de las cortes, el cual estableció los haberes de retiro de los oficiales del Ejército, así:

“Con 15 años de servicio 1/3 de los haberes del ultimo empleo ejercido por un año, Con 20 años de servicio 1/2 con 30 años de servicio el haber integro. Además los militares absolutamente inutilizados en actos de servicio percibirían su haber integro hasta que fuesen colocados en otros destinos de no menor sueldo que el que disfrutaban por su empleo militar, gozando del señalado a éste en el caso de que les acomodase admitir alguno que se les confiera de menor asignación”.

“Estos mismos derechos se reconocieron a los oficiales de la Armada. Además con otro Decreto expedido el 29 de junio de 1821 se reconoció a los sargentos retirados en las mismas proporciones pero

incrementados con ciertos aumentos mensuales”

En el caso colombiano se destaca en la historia, el nacimiento de las instituciones que integran las Fuerzas Militares, así:

El Ejército Nacional, tiene sus inicios desde antes de la independencia de Colombia. La junta suprema encargada de la independencia de Colombia para la época de 1810, anunció:

“Tres días después del 20 de Julio de 1810, la junta suprema encargada de institucionalizar la Independencia, anunció al pueblo, en la plaza mayor de Santafé, que las armas para su defensa estaban ya aseguradas, y que se creara el “Batallón Voluntarios de Guardias nacionales” compuesta de infantería y caballería, cuyo comandante sería el teniente Coronel Baraya.”³

La Armada Nacional nació con la Independencia, siendo presidente de la Junta Suprema de Cartagena, don José María García de Toledo, quien

² Bomada Rodríguez. La protección social en España hacia 1845. Editorial BBV. España. Páginas 80 – 87.

³<http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=204551> consultada el 05 de agosto de 2013.14:30.

mediante Decreto del 17 de septiembre de 1810, creó la Comandancia General de Marina, bajo el mando del Capitán de Navío Juan Nepomuceno Eslava, hijo del Virrey Sebastián de Eslava⁴.

Para el 28 de junio de 1822, el general Francisco de Paula Santander creó la Escuela Náutica, la cual desapareció tiempo después junto con sus buques de guerra y sus marinos. En 1907, el general Rafael Reyes Prieto creó la Escuela Naval a través del Decreto 783 del 6 de julio, la cual fue clausurada por el general Ramón González Valencia el 28 de diciembre de 1909.

El conflicto con el Perú en 1932 hizo reaparecer la Marina. Se adquirieron buques y se fundó la Escuela de Grumetes en 1934 y la Escuela de Cadetes en 1935, las cuales hoy

continúan su labor de formar los hombres y mujeres de mar.⁵

Por otra parte, la Fuerza Aérea de Colombia, tiene sus orígenes desde 1916, cuando el Congreso Nacional expidió la Ley 15 de 1916, por la cual se disponía el envío a Europa de una comisión de militares, para enterarse de los avances bélicos, pero principalmente de la aviación:

“La aviación colombiana nació gracias a las inquietudes de un grupo de caballeros con influencias en las altas esferas del gobierno de la época. Fue así como el día 07 de septiembre de 1916, al impulso del Club Colombiano de Aviación, convertido en un positivo "grupo de presión", el Congreso Nacional expidió la novísima Ley 15 de 1916, por la cual se disponía el envío a Europa de una comisión de militares, para enterarse de los avances bélicos, pero principalmente de la aviación.”⁶

⁴ Linares Pérez, Luis Eduardo y Velasco acosta, Jhon Álvaro. Régimen pensional de la fuerza pública. Edición (2007). Editorial Ibáñez.

⁵ <http://www.armada.mil.co/Armada> de la República de Colombia. Historia Naval, ARC. Consultado el 27 de agosto de 2013. 09:00 .

⁶<https://www.fac.mil.co/?idcategoria=34> consultada el 27 de agosto de 2013. 10.00 a

Tras hacer un breve repaso en la historia del surgimiento de las Fuerzas Militares, se encuentra que la Constitución Política de 1991 en el artículo 217, reafirma la institución, de la cual hacen parte el Ejército, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana. La soberanía, la independencia y la integridad del territorio nacional son las funciones más relevantes dentro del marco constitucional y legal. Resultado de la trascendencia de las instituciones, la Constitución del 91 consagró algunas prerrogativas y beneficios que tienen los integrantes de dichas instituciones.

“La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”⁷

De tal manera que la ley prescribe el régimen prestacional en el tema de la

asignación, para los miembros de las fuerzas armadas.

2. Principio de igualdad.

La Constitución Política establece los derechos fundamentales, enmarca y hace énfasis en la igualdad de todas las personas frente a la ley.

Con la expedición de diferentes decretos que regulan el tema de la asignación para los funcionarios de la Fuerzas Militares, se desconoce el derecho a la igualdad teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha considerado:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política, “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”. Y además, agrega que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”.

Por su parte, en el artículo 25 superior se establece que “El trabajo es un derecho y una obligación

⁷Colombia. Constitución política. Capítulo 7, de la Fuerza Pública, artículo 217.

social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

Así mismo, según lo preceptuado por el artículo 53 de la Constitución, constituyen principios mínimos fundamentales del trabajo, "la igualdad de oportunidades para los trabajadores"; "la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales", y que "la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."⁸

El principio de igualdad quizás es uno de los más relevantes, no solo por las calidades de los uniformados de las Fuerzas Militares y las funciones que desempeñan, sino también por la violación al régimen constitucional y legal al cual pertenecen, teniendo como precedente el Decreto 4433 de 2004,

⁸ Colombia Hernando Herrera Vergara. Sentencia. C 665-98. Corte constitucional de Colombia.

que desconoció una norma de rango constitucional como el derecho a la igualdad en materia de pensiones, al excluir el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales del Ejército.

Es importante señalar que Robert Alexy, en su obra Teoría de los Derechos Fundamentales señala frete al principio de igualdad:

"El mandato al legislador de trato igual implica, siguiendo la fórmula aristotélica, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. La teoría analítica del autor enfrenta ante esta máxima dos cuestiones: la primera es en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima igualdad y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vincula te, aquellos juicios de valor."⁹

⁹ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, España, Ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2 Ed., 2007 paginas 384, 385.

De acuerdo con lo anterior, este artículo de investigación, plantea como marco constitucional los artículos 13 y 93 de la Constitución Política, entrelazados con la Ley 1437 de 2011 artículo 3 y la Declaración Universal de Derechos Humanos la cual establece:

“Artículo 1 Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 7 Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”¹⁰

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la igualdad la libertad, la justicia, entre otros tienen

¹⁰<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>. Consultada el 15 de septiembre de 2013. 08.00.

por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, se establece entonces que el tratamiento que reciben los soldados profesionales al no incluirse el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, va en contra de dichos postulas que no solo son reconocidos en la Constitución Política de Colombia, sino a demás en la carta de las Naciones Unidas.

Al existir un régimen especial para tener derecho a una retribución por la labor desempeñada y cumpliendo un presupuesto de tiempo necesario para el retiro, los soldados profesionales que logran este beneficio y sus familias están siendo perjudicados al recibir por parte del Estado y de las normas, un tratamiento desigual frente a los miembros de la Fuerzas Militares.

Por la necesidad de reorganizar la carrera de oficiales del Ejército la Ley 2 de 1945, una de las primeras legislaciones que trata el tema de la

asignación para los soldados profesionales. En su Sección IV, trata sobre las prestaciones sociales para los empleados civiles y los soldados de las Fuerzas Militares; creando una serie de beneficios y auxilios, tanto médicos como prestacionales. Dicha norma dentro de las disposiciones complementarias en el artículo 66 indica:

“Las formas de retiro que conforme a este estatuto dan derecho a pensión, asignación de retiro o compensación, requieren previamente la formación de la hoja de servicios del actor y para tal fin el Gobierno concede un plazo de tres meses, durante el cual el interesado disfruta de su renta, primas y demás prerrogativas de actividad.”¹¹

Es imperioso resaltar que desde sus inicios este personal tiene un régimen especial de pensión por retiro en donde el único presupuesto es el

¹¹ Colombia. Congreso de la República. Ley 2 de 1945 Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales del Ejército, se señalan prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de Guerra y se dictan otras disposiciones sobre prestaciones sociales a los individuos de tropa. , Diario oficial No 25.772 de 21 de febrero de 1945,

tiempo de servicio. El Decreto 1793 de 2000, define a los soldados profesionales como varones entrenados y capacitados para actuar en combate, que solo pueden ascender al grado de dragoneantes; pensionalmente se rigen por la Ley 100 de 1993 y solo se les tiene en cuenta como factores salariales la asignación básica y la prima de antigüedad.

3. Planteamiento teórico de la norma.

El problema planteado implica hacer una aproximación a la noción de norma, expuesta por el teórico Hans Kelsen, en su obra Teoría General de las Normas, la cual establece que el término norma significa:

“la palabra norma proviene del latín: norma, y en la lengua alemana ha adquirido el carácter de un latinismo mediante el cual se designa – si no en forma exclusiva, al menos de manera primordial – un mandamiento, un reglamento, una orden. Sin embargo mandar no es la única función de una norma, ya que

también pueden decretar permitir, autorizar y derogar”.

Existen para Kelsen diferentes tipos de normas tales como normas del derecho, de la moral y de la lógica. Y una clase de normas como objeto de conocimiento: ciencias del derecho, ética y lógica.

Según este autor “se habla de las normas de la moral o las normas del derecho como de prescripciones referentes al comportamiento mutuo entre los hombres”¹². Sin lugar a dudas el padre del positivismo, con su teoría quiso hacer de la norma una ciencia exacta; la norma debía ser presupuestada, pensada, lógica, trascendental, de tal manera que fuera autónoma y no dependiera ni de la política ni de la moral.

Por su parte, Husserl afirma que “una disciplina normativa ha de poseer un contenido teórico, separable de la idea de la formación (del deber ser).

¹² Kelsen Hans, Teoría General De las Normas, Editorial Trillas, páginas 19 a 24 y 198 a 207.

Según este autor la norma “A debe ser B” denota esta proposición como algo puramente teórico. Propone un ejemplo de norma así: “un soldado debe ser valiente significa (...) sólo un soldado valiente es un buen soldado”. Esta proposición, según Husserl, es un juicio de valor.

Esta proposición significa que un soldado debe comportarse de una manera calificada como “valiente” lo que conlleva a determinar que el juicio de valor establece que una conducta corresponde a una determinada norma.

4. Los soldados profesionales en Colombia.

Para poder orientar este artículo se remite a la estructura y organización de la Fuerza Pública establecida en la Constitución Política de 1991, en su artículo 216, donde manifiesta: “(...) la fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”. En lo que respecta a las fuerzas militares, la constituyen el

Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional, y dentro de estas existe reglamentariamente una estructura jerarquizada, equivalente en cada una de ellas, descendientemente en niveles o categorías de oficiales, suboficiales y soldados; dentro de este último escalón jerárquico, legalmente existen dos modalidades de soldados, los primeros son los que prestan su servicio militar en cumplimiento del artículo 216 de la Constitución de 1991, inciso segundo¹³, reglamentada en la Ley 48 de 1993, en el artículo 13:

“MODALIDADES DE PRESTACIÓN DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar: a.

¹³ Colombia. Constitución Política de 1991. Art.216 inciso segundo. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

*Como soldado regular, de 18 a 24 meses. b. Como soldado bachiller, durante 12 meses. c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses y como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses”.*¹⁴

La prestación del servicio militar solo se cumple acatando el deber constitucional durante un tiempo determinado, en contraprestación al cumplimiento del servicio el Estado a través de la dirección de reclutamiento y movilización de cada una de las fuerzas, le otorga una libreta militar en la categoría de primera línea, no se les reconoce ninguna remuneración salarial, solo perciben una bonificación para suplir las necesidades básicas mínimas de aseo personal y no ostentan ninguna relación laboral, por consiguiente su labor obedece a la prestación del servicio militar obligatorio preestablecido de conformidad a lo establecido en la Ley 48 de 1993.

La segunda modalidad son los soldados profesionales; obedecen a

¹⁴ Colombia. Congreso de la Republica. Ley 48 de 1993 Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. Título II. Capítulo I artículo 13.

una necesidad del Estado para contrarrestar la imperante violencia en las últimas décadas; su raíz natural legalmente surge con la promulgación de la Ley 131 de 1985, a través de la cual, el Congreso de la República, con el propósito de resolver la crisis que se venía agudizando aceleradamente, incorporo hombres que ya habían prestado el servicio militar, vinculándolos dentro de la planta de personal con fundamento en esta Ley que en su artículo primero señala sobre el servicio militar voluntario:¹⁵

“Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley”.

Artículo segundo. “Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán

¹⁵ Colombia. Congreso de la República. Ley 131, de Diciembre de 1985, Diario Oficial 37295

organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan”.

La norma literalmente trata de otras modalidades de la prestación de un servicio militar voluntario, mas no de una incorporación a ser parte de la planta de personal de las Fuerzas Militares como servidores públicos, los cuales serían sujetos de derechos y obligaciones enmarcados dentro de una relación laboral con el Estado.

Luego de quince (15) años de inconvenientes y traumatismos por la falta de normas y políticas claras, en el año 2000 entró en vigencia Decreto Ley 1793 del 2000, que reglamentaría el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares¹⁶, el cual define en su artículo primero:

“Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en

¹⁶ Colombia. Congreso de la República. Decreto Ley 1794, del 14 de septiembre del 2000, Diario Oficial 44.161

las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

De tal manera que, se cambió el tratamiento que se le venía dando a los mencionados soldados voluntarios, regidos por la Ley 131 de 1985, pero que en la práctica vienen a ser los mismos, es decir, los que no fueron licenciados en virtud de la norma anterior y que se acogieron al nuevo reglamento y los que se han incorporado después de la entrada en vigencia el Decreto 1793 del 2000.

5. Situación de desigualdad para soldados profesionales en relación con los oficiales y suboficiales de la fuerza pública.

Desde la entrada en vigencia la primera norma que orienta el plan estratégico de implementar en Colombia unas fuerzas militares más regulares y capacitadas, las políticas

medidas y decisiones no fueron congruentes con los principios del Estado social de derecho, frente a los estatutos de personal de carrera existentes para oficiales, suboficiales y personal civil que laboraba en las instituciones militares para la época, puesto que en cumplimiento a este ordenamiento jurídico y al llamado que el país les hizo a estos hombres frente a la necesidad de restablecer el orden público en la mayoría del territorio nacional, una cantidad acataron las convocatorias, unos por vocación y otros por necesidad y se incorporaron a las filas creyendo firmemente en el respaldo de las leyes y las instituciones gubernamentales.

La Ley 131 de 1985 no precisaba el espíritu, objeto y acontecer de la realidad de jóvenes que se someterían bajo el ordenamiento establecido, dado que no se reflejó en las cargas del Estado frente al compromiso de los soldados respecto de establecer las obligaciones prestacionales que se les debía reconocer y garantizar.

El contenido literal la ley, elude la responsabilidad frente a la remuneración salarial y prestacional ya que, en el artículo, cuarto señala:

“El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto”¹⁷.

Se establece una bonificación mas no de una remuneración salarial, lo que permite deducir que el ánimo de este elemento esencial para la configuración de una relación laboral no fue definido, dejando vacíos que a futuro habría de causar un grave perjuicio y detrimento patrimonial, además que no estaban determinados los reglamentos disciplinarios y los procedimientos

¹⁷ Colombia. Congreso de la República. Ley 131 de 1985. Artículo 4.

que los regiría; presuntamente mandos superiores abusaron de su jerarquía y de su autoridad para hacer descuentos no autorizados, en algunas ocasiones llegando hasta desvincularlos de la institución argumentando justa causa sin haber adelantado una investigación pertinente, amparándose en el supuesto fuero discrecional, violándoles toda clase de derechos adquiridos por su permanencia en la institución.

Muchos jóvenes salieron de las filas castrenses después de haber pertenecido durante mucho tiempo, sin que se acreditara algún porcentaje para el reconocimiento de la asignación de retiro, ni cotización en alguno de regímenes pensionales, porque la ley que los regía no estableció ninguna clase de derechos ni beneficios por el tiempo que hicieron parte activa de la fuerza pública.

Con la entrada en vigencia del Decreto-Ley 1793 del 2000, la situación tiende a cambiar, pero a

pesar que se establece el nuevo régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, subsistiendo inequidad y desigualdad frente a los decretos que rigen el régimen prestacional para oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares.

Los soldados profesionales cumplen el mismo fin constitucional establecido en el artículo 217, que para efectos de derechos prestacionales, laborales y de seguridad social se encuentran determinados dentro del régimen excepcional señalado en el artículo 279 en vigencia de la Ley 100 de 1993:

“EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no

*remunerados de las Corporaciones Públicas”.*¹⁸

Los soldados profesionales de igual forma trabajan en función del mismo fin, formando parte del mismo cuerpo armado y organizado, reciben básicamente el mismo entrenamiento, se rigen por los mismos reglamentos y normas disciplinarias, lo único que los diferencia es la jerarquía y sus funciones específicas, ya que mientras los oficiales y suboficiales son capacitados y entrenados para desarrollar funciones de mando y dirección, los soldados profesionales son entrenados para ejecutar tareas básicas de combate, pero éstas funciones no pueden apartarse, toda vez que forman una “sola unidad o estructura” denominada Fuerzas Militares establecidas en el artículo 217 de la Constitución Política de 1991¹⁹.

¹⁸ Colombia. Congreso de la República. Ley 100, de 1993. Diario Oficial No.41.148 de 23 de Diciembre de 1993

¹⁹ Colombia. Constitución Política, art 217. “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad

Los soldados voluntarios y ahora profesionales no fueron incorporados al régimen prestacional que estableció el Decreto 1211 de 1990²⁰ el cual reglamenta el estatuto de carrera y prestacional de los oficiales y suboficiales, como tampoco fueron tenidos en cuenta dentro de los lineamientos determinados en la Ley 4 de 1992²¹:

“mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores

primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”

²⁰ Colombia. Decreto 1211 de 1990 diario oficial NO.39.406 del 8 de junio

²¹ Colombia Congreso de la República. Ley 4 de 1992, Diario Oficial No. 40.451, de 18 de mayo de 1992

Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política, la cual en su Artículo establece 13. “En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º. Parágrafo. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996”.

Se discrimina porque fueron aislados y sometidos al Decreto-Ley 1793 del 2000, dentro del cual se encuentran elementos de reflexión necesarios para identificar la vulneración al principio de igualdad, establecido en la Constitución de 1991.

Después de haber analizado el ordenamiento jurídico existente para el personal de soldados profesionales de Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la entrada en vigencia de la

Constitución de 1991 ha establecido para situaciones similares, en donde se discute violaciones al principio de igualdad, esta corporación trazó los lineamientos²² y razonamientos en el marco de referencia jurídica para la solución de las controversias donde se encuentran de por medio las violaciones al principio de igualdad. La Sentencia T-230 de 1994, donde se discutía el principio de igualdad en relación con la existencia de un trato diferenciado en las relaciones laborales, en su providencia estableció los elementos requeridos para la estructuración en las demandas en contra de los juicios

²² Colombia. Cifuentes Muñoz Eduardo. Sentencia T-230 de 1994, M.P., Mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias trato igual a pesar de la diferencia y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes trato diferente a pesar de la similitud”

por las violaciones al principio de igualdad.

La jurisprudencia ampara los derechos de las personas y de las minorías, así como su intención por controlar los abusos de las autoridades, que sólo a través del amparo constitucional por medio de mecanismos como la tutela o accionando el aparato jurisdiccional del poder judicial encuentra respuesta a problemas que, en principio, deberían ser debatidos y solucionados en el escenario legítimamente establecido para hacer leyes acordes con las circunstancias y necesidades como lo es el Congreso de la República; que cumplan los preceptos, derivados del principio de igualdad representado en uno de los pilares de toda sociedad organizada y de todo Estado Constitucional.

La Corte al resolver un problema jurídico en relación con la prestación del servicio militar obligatorio, en

sentencia No.C-022/96²³, enmarca el método para resolver los casos donde se encuentra de por medio una posible vulneración al principio de igualdad.

Este lineamiento jurisprudencial se ha venido conservando desde la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional, como se evidencia en la sentencia C-057 del 2010²⁴, donde se resuelve una posible vulneración al principio de igualdad establecido en el Decreto 353 de 1994²⁵, reglamentado por la Ley 973 de 2005, por la cual se

modifica el Decreto-Ley 353 del 11 de febrero de 1994, y se dictan otras disposiciones.

6. Cuadro comparativo de diferencias prestacionales.

El siguiente cuadro comparativo se identifican las diferencias sustanciales entre la normatividad para oficiales y suboficiales en relación con las normas que reglamentan las prestaciones de los soldados profesionales.

²³ Colombia. Corte Constitucional. Hernández Galindo José Gregorio Sentencia C-022 de 1996.

²⁴ Pinilla Pinilla Nilson Sentencia C-057 del 2010.

²⁵ Colombia. Decreto 353 de 1994, Artículo 24. A partir de 1995 el Gobierno Nacional apropiará anualmente un valor equivalente al 3% de la nómina anual del personal vinculado al Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, con carácter de subsidio para vivienda, como parte de los programas ordenados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública. Dicho subsidio será reconocido en las cuantías que a continuación se relacionan: hasta 140 salarios mínimos legales mensuales para categoría oficial, hasta 80 salarios mínimos legales mensuales para categoría suboficial, y hasta 70 salarios mínimos legales mensuales para quienes conserven la categoría agente. Este subsidio no constituye factor salarial para ningún efecto”

DIFERENCIAS ENTRE EL DECRETO 1211 DE 1990 Y EL DECRETO 1794 DE 2000

PRESTACIÓN	OFICIALES SUBOFICIALES DECRETO 1211 /1990	SOLDADOS PROFESIONALES, DECRETO 1794/2000	DIFERENCIA
Subsidio Familiar	30% del salario básico por el cónyuge mas el 5% por cada hijo disminuido a una unidad por cada uno hasta completar máximo 17% es decir 47%	4% del salario básico mas la prima de antigüedad, derogado por el decreto 3770 2009	Un oficial o suboficial si en su primer año acredita el derecho por cónyuge y un hijo tiene derecho al 35% mientras un soldado profesional solo tiene derecho al 4% de su salario básico porque todavía no se hace acreedor a la prima de antigüedad pero más precario para los que se incorporaron después de Septiembre del 2009 puesto que fue derogado a través del decreto 3770 2009
Prima de Actividad	Antes decreto 1211/90 se le pagaba el 33% del salario básico, con el decreto 2863/2007 ahora tienen el 50% del salario básico	No tienen esta prestación	Los primeros comienzan a devengar prima de actividad a partir del acto administrativo que los da de alta en su grado y devengan salario, los segundos no tienen esta prestación establecida .
Prima de Antigüedad	Para los Oficiales a partir de los 15 años y los Suboficiales a partir de los 10 años	6.5 x año sin excederse del 58% del salario básico	Es la única prestación que vislumbra una ligera ventaja puesto que a los 8 años ya tiene asegurado el soldado

	laborados comienzan a devengar el 10% del salario básico aumentando cada año en un 1%		profesional el 58% pero ahí se queda sin aumentar su valor adquisitivo.
Prima de Navidad	La totalidad de los haberes netos devengados en el mes de noviembre	50% salario básico mensual de la asignación de Noviembre mas la prima de antigüedad	Para un soldado antiguo la diferencia proporcional en porcentaje no podría ser mucha puesto que se le incluye la prima de antigüedad sobre el básico pero para un soldado nuevo si existe un espacioso en diferencia con un Oficial suboficial de pocos años que recibe el 100% de sus haberes.
Prima Anual	50% de la totalidad de los haberes recibidos en el mes de junio.	50% del salario básico mensual de la asignación de junio mas la prima de antigüedad	Se le presenta la misma operación con la situación a la prima de Navidad, con desproporción para el soldado
Prima de Vacaciones	50% de la totalidad de los haberes mensuales	50% del salario básico mensual más la prima de antigüedad	La diferencia radica en que para los primeros se toma de la totalidad de los haberes para los segundos se toma sobre salario básico mensual y algunos no devengan suficiente prima de antigüedad
Prima de Orden Publico	25% del salario básico mensual	No está establecida	No fue tomada en cuenta a pesar de ser estos los que permanecen más tiempo en la zonas o áreas de conflicto al inminente

			contacto con el enemigo y las zonas de posibles enfermedades endémicas
Prima de Salto Paracaidista o Submarinos	15% del salario básico mensual	No está establecida	No gozan los Soldados Profesionales de esta prestación a pesar que un alto porcentaje permanece saltando tanto en entrenamiento como en operaciones contra el enemigo.
Prima de Comando especial Terrestre, de selva, Aéreo o Anfibio	20 % del salario básico mensual	No está establecida	Son los soldados profesionales los que se preparan y adelantan estos cursos y los ponen en práctica en las diferentes operaciones que hemos visto a nivel nacional con los resultados ya conocidos y no gozan de esta prestación
Prima de Instalación	Un salario global o total mensual	No está establecida	Cuando un oficial o suboficial sale trasladado de un lugar a otro por destinación a otro territorio devenga un salario global o total y los soldados cuando son trasladados no gozan de esta prima deben ellos de su propio peculio costear este traslado.
Prima de Especialista	10 % del salario básico mensual	No está establecida	El oficial o Suboficial que tenga una preparación profesional específica goza de una prima de especialista mientras que

			algunos soldados profesionales se han preparado y no gozan de este beneficio o derecho y tienen que retirarse puesto que no ven gratificado el esfuerzo de prepararse profesionalmente
--	--	--	--

Fuente: Elaboración propia, con base en información contenida en los decretos 1211 de 1990 y 1794 de 2000.

Los decretos evidencian unas relevantes distancias y deficiencias entre uno y otro estatuto, sin tener en cuenta que el subsidio familiar para los soldados profesionales incorporados a partir de septiembre del 2009 no contempla esta prestación puesto que fue derogado a través del Decreto 3770 2009, sin haber profundizado en relación con la diferencia planteada respecto de los subsidios de vivienda.

La Corte Constitucional declaró exequible en Sentencia C-057 del 2010 ya mencionada, donde para un oficial el subsidio equivale a 140

SMLMV, para un Suboficial 70 SMLMV y para agente o soldado profesional ahora solo corresponde a 40 SMLMV, además de los planteamientos argumentados en la providencia en relación con el principio de igualdad al fundamentar la decisión en términos económicos y matemáticos desconociendo la esencia de los subsidios para los más necesitados o menos favorecidos por su condición salarial, cuyo argumento recurre a que los oficiales aportaban en mayor cantidad a los demás grupos en proporción a los salarios devengados.

“Al ocuparse del régimen general de los subsidios de vivienda, la Corte ha reiterado en varias ocasiones que se trata de una herramienta “con que cuenta el

Estado, para lograr que los ciudadanos, con escasos recursos económicos, puedan acceder a una vivienda en condiciones dignas, dando así aplicación al derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 51 y que “es un aporte estatal que se entrega por una sola vez al beneficiario, el cual puede estar representado en especie o en dinero, y está dirigido a que personas con escasos recursos económicos puedan acceder a una vivienda o a mejorar la que ya tiene. Se ha entendido que “en términos generales, el subsidio familiar de vivienda es una de las herramientas con las que cuenta el Estado para lograr que los ciudadanos de más bajos recursos puedan acceder a una vivienda en condiciones dignas y que “fue implementado en nuestro país con el objeto de asegurar el acceso a la vivienda social de los hogares de escasos recursos.

Este rápido repaso jurisprudencial pone de presente que para la Corte, el subsidio de vivienda se encamina a apoyar a personas de “escasos recursos económicos”, a los de “más bajos recursos”, a los “hogares de bajos recursos” y, en general, a la “población más pobre”.

3.3.2. El argumento central del demandante, a pesar de que no lo formula con la precisión deseable, es que el esquema contenido en las normas demandadas contradice esta finalidad de los subsidios de vivienda, toda vez que establece unos topes para subsidios, pero lo hace en forma diferenciada, no por nivel de ingresos u otra variable económica objetiva, sino con base en la pertenencia a un determinado nivel dentro de la jerarquía militar o policial, con el agravante de que el tope es mayor entre más alto sea el nivel jerárquico y por lo tanto el ingreso”²⁶.

7. Función de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional; su objeto fundamental es reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal

²⁶ Colombia. Corte constitucional. Pinilla Pinilla Nilson Sentencia C-057 del 2010.

de oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios.

De conformidad con la Constitución Política de Colombia (Art. 48), la seguridad social es un servicio público y un derecho de carácter irrenunciable, el cual debe ser prestado por el Estado con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Así mismo, cabe recordar que el Sistema General de Seguridad Social Integral está conformado por los regímenes generales para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios definidos en la Ley 100 de 1993.

En cuanto al sistema de pensiones, existe una amplia gama de prestaciones económicas dentro de las cuales están las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes, así como también, la sustitución pensional y la indemnización sustitutiva, entre otras. Del mismo

modo, la citada Ley establece un régimen de excepción en cabeza de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, salvo aquellos que se vinculen a partir de su vigencia, lo cual implica, que no es aplicable el marco normativo que rige el Sistema Integral de Seguridad Social (Art. 279).

Dentro de este contexto, una de las prestaciones asistenciales prevista normativamente para la fuerza pública es la denominada “asignación mensual de retiro” que ha sido entendida por la Corte Constitucional, con fundamento en el método de interpretación histórico, como:

“una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, (...) de una pensión de vejez o de jubilación (...), en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y

sobrevivientes.” Al respecto, la Corte sostuvo:

“Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tiene derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública. En idéntico sentido, se reitera la naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968.”²⁷

La finalidad, de la asignación mensual de retiro tiene un carácter de prestación social o, más específicamente, de derecho pensional, implica entonces que se trata de un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable (Art. 48 de la Constitución); es decir, que respecto de su reconocimiento no opera el fenómeno de la caducidad ya sea en sede administrativa o judicial, razón por la cual su reclamación puede efectuarse en cualquier tiempo,

²⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-558/10. Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio Palacio. Acción de tutela de Rosalba Díaz Zamudio Contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. CASUR

teniendo en cuenta que se trata de una prestación periódica²⁸.

8. Asignación

Hasta el año 1936, se prohibía en Colombia que los servidores públicos recibieran más de un salario del tesoro público. Sin embargo, estos podían desempeñarse como empleados y contratistas del Estado, recibiendo salario y honorarios. Por ello, la reforma constitucional de ese año sustituyó la noción de “salario” por la de “asignación”, que es la misma que contiene el artículo 128 de la actual Constitución Política, y cuyo fin es el de prohibir a los servidores públicos recibir múltiples ingresos del tesoro público, sin importar su fuente, salvo las excepciones contempladas por el artículo 17, de la Ley 4ª de 1992²⁹.

Ahora bien, para los oficiales y suboficiales, la asignación de retiro,

²⁸ Isaza Cadavid, Germán Derecho laboral aplicado, Bogotá, edición 2007. Editorial Leyer.

²⁹ Cortés González, Juan Carlos. Derecho de la protección social. Bogotá: 2009; editorial Legis; 1ª edición.

pensión de invalidez y de sobrevivencia se liquidará con base en el sueldo básico, las primas (de actividad, antigüedad, estado mayor, vuelo y la duodécima parte de la de navidad), los gastos de representación para generales o de Insignia y el subsidio familiar.

Con la expedición del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, se estableció en Colombia la asignación de retiro para los soldados profesionales, para la cual se tiene en cuenta el salario mensual y la prima de antigüedad. Los demás auxilios y compensaciones respecto de los oficiales y suboficiales no serán contabilizados para la asignación.

Por medio del Decreto-Ley 1794 del 2000 expedido por el Presidente de la República se estableció el régimen salarial y de prestaciones para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares dentro de las cuales se encuentran: prima de

antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, pasajes por traslado, pasajes por comisión, vacaciones, cesantías, vivienda militar y subsidio familiar³⁰.

En concordancia con el citado Decreto 4433 de 2004, dispuso el reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales y a su vez determinó en el artículo 16 que la prestación se liquida con las partidas de “*sueldo básico y prima de antigüedad*”; con base en este postulado legal la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, niega el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, argumentado que la liquidación para este personal

³⁰El texto literal del artículo en mención reza: “Art 1.- Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto.

militar se encuentra expresamente contenida en una norma de orden público y en ella no se tiene contemplada dicha prestación.

Es de señalar que tanto para el sector público como para el privado las normas legales han establecido una prestación social que tiene su fundamento en el tiempo de permanencia en el servicio y que le garantiza al trabajador un medio de subsistencia cuando se retire del mismo, bien sea por voluntad propia, por causas legales como el haber llegado a la edad de retiro forzoso, o por voluntad del empleador.

Esta prestación se ha denominado genéricamente "pensiones de jubilación" y las disposiciones generales que la regulan establecen determinados requisitos referentes al tiempo de servicios y a la edad, para tener derecho a ella³¹.

Es así, como la asignación de retiro, al igual que la pensión de jubilación

es una suma de dinero que se paga periódicamente y en forma vitalicia al servidor público cuando se retira del servicio, si ha permanecido en él durante un tiempo determinado, a fin de que reciba como recompensa a su dedicación durante ese tiempo, un auxilio económico que le permita subsistir sin laborar, si así lo desea.

La asignación de retiro tiene de una naturaleza prestacional susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo, al igual que la pensión de vejez que se le otorga a los trabajadores que se rigen bajo la Ley marco de la seguridad social. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un

³¹ Mendoza Vergara, Luis Eduardo. Régimen jurídico de las fuerzas militares y policía nacional., Edición (2010). Editorial. Leyer.

riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares³².

9. Alcance jurisprudencial.

De otra parte, en diversos fallos judiciales según el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Decreto 01 de 1984, hoy Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,) se ha declarado la nulidad de actos administrativos mediante los cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, niega el reconocimiento de esta prestación y como consecuencia de esa declaratoria de nulidad ordena el restablecimiento del derecho de los soldados profesionales del Ejército.

Esta tendencia jurisprudencial obedece a la interpretación que hacen los jueces y tribunales administrativos al Decreto 4433 del 2004, en el sentido de señalar que

³² Cortés González, Juan Carlos. Derecho de la protección social. Bogotá: 2009; editorial Legis; 1ª edición.

esta norma demanda un estudio armónico, integral y sistemático, en vista de que el título I capítulo único, artículo 1, expresa que las disposiciones allí contenidas tienen por destinatarios. "(...) a los soldados de las fuerzas militares en los términos que señala el presente Decreto".

De acuerdo con el contenido normativo previsto en el artículo 3° del Decreto 4433 de 2004, el régimen especial de asignación de retiro, debe responder entre otros a los principios de universalidad, igualdad, equidad y solidaridad³³.

En relación con los principios, como categoría de normas la Corte Constitucional, afirmó:

“los principios (...) consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio

³³ Quintero Sepúlveda Álvaro Pensiones del sector público; la transición jurisprudencial de las altas cortes; tercera edición, Librería jurídica Sánchez Ltda.

*de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifique una definición en el presente, una base (deontológico)-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden”.*³⁴

En cuanto al subsidio familiar ha definido el Consejo de Estado³⁵, que es un beneficio a los sectores con ingresos medios o bajos al permitirles a tales trabajadores cubrir de una mejor forma la carga

³⁴Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Fundamento 12.

³⁵Colombia. Consejo de estado, Sección Segunda, Sentencia del 27 de noviembre de 2003, actor Cesar Gonzalo Mikan Forero, Expediente No. 250002325000200102109-01(5341-02) Mag. Ponente: Dr. Tarsicio Caceres Toro

económica que representa el sostenimiento de la familia; por ello, resulta razonable concluir que dicho subsidio no puede beneficiar a quienes perciben los ingresos más altos en las escalas de remuneración determinadas por la ley.

A los trabajadores que tienen derecho a este subsidio la Ley 789 de 2000 en su artículo 3, establece que tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, (smlmv,) siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv.

Por otra parte el Congreso de la República, estudia el proyecto de ley número 236 de 2013, por medio del cual busca “restablecer el derecho al subsidio familiar” para soldados profesionales e Infantes de marina de las Fuerzas Militares, según la

exposición de motivos entre otros se encuentra que mediante Sentencia C-508 de 1997, la Corte Constitucional señaló que el subsidio familiar es una prestación propia del Régimen de Seguridad Social, además de ser una prestación social legal, de carácter laboral, derivada del contrato de trabajo.

Igualmente se considera que el sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Sin embargo, el Decreto Ley 1794 de 2000, otorgó a los soldados profesionales el derecho al subsidio familiar y lo mantuvo solo hasta el 30 de septiembre de 2009, fecha en la cual el Gobierno Nacional derogó el

artículo 11, mediante Decreto Ley 3770 de 2009.

Con la expedición del Decreto 4433, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, se define en el artículo 13, que el subsidio familiar no hará parte de la asignación de retiro, como si un soldado o infante de marina al pensionarse dejara de tener a cargo el sostenimiento económico de su familia.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley N° 236 del 13 de abril de 2013 se tiene que:

“Como podemos observar, este decreto es altamente excluyente y no responde a los mínimos establecidos en un Estado Social de Derecho en términos de equidad y de justicia, ya que a los mandos altos (Oficiales y Suboficiales) les incluyen varios factores salariales como factores computables para la asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, incluyendo el subsidio familiar, mientras que a los soldados profesionales, quienes obtienen un

salario significativamente menor y por tanto sus posibilidades de mejoramiento de la calidad de vida son menores, solo se les reconoce el salario base y la prima de antigüedad.

Teniendo en cuenta la naturaleza del subsidio familiar como un mecanismo de alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, en términos de justicia debería otorgarse y mantenerse a quienes perciben menores recursos para ello, sin embargo, encontramos que la lógica para su mantenimiento como partida computable para la asignación de retiro es la contraria.

Sin embargo, y a la luz del derecho, es claro que un factor salarial que hace parte integral de las garantías prestacionales que todo empleado debe tener, no puede ser negado aún por no tener solvencia presupuestal³⁶.

Finalmente, el no otorgar la inclusión de Subsidio Familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales del ejército, genera la violación de sus derechos fundamentales como el artículo 13

³⁶ Colombia. Congreso de la Republica. Proyecto de ley N° 236 del 13 de abril de 2013. ponencia del Senador Camilo Romero.

de la Constitución Política, derecho a la igualdad, ya que el Estado tiene la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Además, al negarse el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, se da un trato discriminatorio a sus familias frente a las demás familias de los oficiales y suboficiales retirados de las Fuerzas Militares.

CONCLUSIONES

Tras adelantar un acercamiento al ordenamiento jurídico y legal que estructura y reglamenta los estatutos de personal de soldados, que inicialmente se les denominó soldados voluntarios, y luego reformado en soldados profesionales, permiten advertir que desde la entrada en vigencia la Ley 131 de 1985 y continuando con el Decreto 793 del 2000, el Estado ha venido dando un tratamiento reglamentario desigual y discriminatorio si se tiene

en cuenta que uno de los principios fundamentales consiste y señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a todos los ciudadanos condiciones de vida digna.

Brindarle protección a grupos de personas desfavorecidas o expuestos a sufrir un deterioro de sus condiciones de vida, caso en el que en un supuesto de hecho podrían verse involucrados en cualquier momento los soldados profesionales por su condición y riesgo latente al que día a día se exponen en sus tareas y funciones propias de la situación de conflicto que actualmente vive el país.

Algunos senadores identificados con esta problemática y causa, han adelantado debates para estructurar los cambios integradores de toda esta normatividad vigente tendiente a garantizarles a todos los miembros de la Fuerza Pública beneficios y prestaciones correspondientes de manera equitativa e igualitaria acorde con su dignidad y sus necesidades.

La hegemonía del Ejecutivo por ser el órgano administrador de los recursos del Estado y sin oposición del Legislativo que es el órgano competente para aprobar el gasto público acorde con las necesidades de la comunidad, obedeciendo a una rigurosa planeación en armonía con la capacidad económica, jamás será posible la plena garantía puesto que no hay voluntad política estatal y no puede descargarse todo el peso a los órganos jurisdiccionales para la protección de los derechos.

El presente artículo concluye que el Estado Colombiano, no ha generado verdaderas políticas eficaces, dirigidas a la protección de estos miembros que integran la Fuerza Pública, pues como quedó demostrado las normas que se han expedido sobre el problema planteado son discriminatorias y desfavorables si se tiene en cuenta la situación que afrontan los soldados profesionales y sus familias, frente a los oficiales y suboficiales quienes gozan de la prestación del subsidio familiar como partida computable en

la asignación de retiro, configurándose con este hecho una desigualdad.

BIBLIOGRAFÍA

Alexi, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, España, Ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2 Ed., 2007.

Colombia, Congreso de la república. Ley 2 de 1945. Por la cual se reorganiza la carrera de Oficiales del Ejército, se señalan prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de la guerra y se dictan otras disposiciones sobre prestaciones sociales a los individuos de tropa. Diario oficial No 25.772 de 21 de febrero de 1945.

Colombia, Congreso de la República. Decreto 4433 de 2004. Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Diario Oficial No. 45.778 de 31 de diciembre de 2004.

Colombia, Congreso de la República. Proyecto de Ley No 236 del 13 de Abril de 2013, por medio de la cual se restablece el derecho al Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares y se dictan otras disposiciones.

Colombia, Congreso de la República. Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

Colombia, Congreso de la República. Ley 789 de 2000. Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo, Diario Oficial No 45.046 de 27 de diciembre de 2002.

Colombia, Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.

Colombia, Congreso de la República. Ley 131 de diciembre de 1985. Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario. Diario Oficial No. 37.295 de 31 de diciembre de 1985.

Colombia, Congreso de la República. Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización. Título II, Capítulo I artículo 13 Ley 48 de 1993.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-558/10. Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio Palacio. Acción de tutela de Rosalba Díaz Zamudio Contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. CASUR

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C 818 del 9 de Agosto de 2005.M.P; Rodrigo Escobar Gil, Fundamento 12.

Colombia, corte constitucional, derecho a la igualdad trato

diferenciada, sentencia C 665 de 1998.

Colombia. Corte constitucional. Sentencia C 440-11 MGP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Mayo de 2011

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1794 de 2000. Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

Consejo de Estado. Sección segunda, Sentencia del 27 de Noviembre de 2003, Actor, Cesar Gonzalo Mikan Forero Expediente No 250002325000200102109-01 (5341-02) Magistrado ponente, Tarsicio Cáceres Toro.

Cortés González, Juan Carlos. Derecho de la protección social. Bogotá: 2009; editorial Legis; 1ª edición.

Hans Kelsen. Teoría General De las Normas, Editorial Trillas, páginas 19 a 24 y 198 a 207.

<http://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=204551>, Reseña Histórica del ejército, Consultada el 27 de agosto de 2013.

<http://www.armada.mil.co/Armada de la República de Colombia Armada de la República de Colombia. Historia Naval, ARC. Consultado del 05 de agosto de 2013.>

<http://www.docstoc.com/docs/116822628/Ponencia-Problema -Soldados-Profesionales-2010-1 fundación sentimiento patrio. Única con ideología legal y sentimiento de soldado.>

Isaza Cadavid, Germán Derecho laboral aplicado, Bogotá, edición 2007. Editorial Leyer.

Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué - Tolima, radicación: 00096 – 2007 Acción de

Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué – Tolima, radicación 73001-33-31-008-2007-00392-00 Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Linares Pérez, Luis Eduardo y Velasco acosta, Jhon Álvaro. Régimen pensional de la fuerza pública. Edición (2007). Editorial Ibáñez.

Mendoza Vergara, Luis Eduardo. Régimen jurídico de las fuerzas militares y policía nacional., Edición (2010). Editorial. Leyer.

Olano García, Hernán. Derecho Constitucional Orgánico, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2004.

Ortiz Palacios, Iván David. La protección laboral en el sistema Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, Ed. UNIBIBLOS, 2006.

Quintero Sepúlveda Álvaro Pensiones del sector público; la transición jurisprudencial de las altas cortes; tercera edición, Librería jurídica Sánchez Ltda.

Rodríguez Alfonso Bomada. La protección social en España hacia 1845, Editorial Fundación BBV documenta, páginas 80 a 87.