



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)
 IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
 www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 670

Bogotá, D. C., martes, 21 de septiembre de 2010

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
 SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
 www.secretariasenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
 SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
 www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 100 DE 2010 SENADO

por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento cincuenta (150) años de fundación del municipio de Pereira y rinde público homenaje a sus habitantes.

Bogotá, D. C., 21 de septiembre de 2010

Doctor

GUILLERMO GARCÍA REALPE

Presidente Comisión Segunda Constitucional

Senado de la República

Ciudad

Respetado señor Presidente:

En cumplimiento del honroso encargo que me hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República procedo a rendir ponencia positiva para primer debate, sin modificaciones **Proyecto de ley número 100 de 2010 Senado, por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento cincuenta (150) años de fundación del municipio de Pereira y rinde público homenaje a sus habitantes**, en los siguientes términos:

Reseña histórica

La historia de la ciudad se remonta a la época precolombina, en la cual la zona que hoy comprende la ciudad estaba habitada por las tribus de las culturas Quimbaya y Pijao, ampliamente reconocidas por su orfebrería. En esta región, el Mariscal Jorge Robledo fundó la ciudad de Cartago el 9 de agosto de 1540, pero el asedio de los Pijaos o bien razones de conveniencia económica, produjeron el traslado de dicha ciudad al sitio que ocupa actualmente en el Norte del Valle del Cauca, en 1691, hacia las márgenes del río La Vieja. Entonces la región volvió a tornarse selvática y sepultó los vestigios que quedaban de civilización.

Tiempo después, con el ideal de revivir esta ciudad perdida, el 24 de agosto de 1863, el presbítero Remigio Antonio Cañarte y Jesús María Ormaza, entre otros, regresaron a las ruinas de la antigua Cartago, donde establecieron unas cuantas chozas.

Al morir el señor Pereira le dejó dicho terreno, en herencia a su hijo el doctor Guillermo Pereira Gamba, quien regaló una parte de su tierra a los habitantes del caserío para que tumbaran la selva e hicieran cultivos, en el año de 1864, el sitio donde quedaba villa de Robledo o Pereira, no fue parte de la donación de Pereira Gamba porque dicha tierra no era suya.

Así Pereira poco a poco se fue transformando, a pasar de tener un título de CASERÍO, después en 1865 pasó a ALDEA o VILLA, hasta que fue nombrada distrito que es lo mismo que municipio y así tuvo un reconocimiento al nivel nacional.

Durante 6 años se llamó Cartago Viejo, pero en 1869 la municipalidad de Cartago le dio el nombre de Villa de Pereira, en honor al doctor Francisco Pereira Martínez, quien en 1816 se refugiara en la zona, junto con su hermano Manuel Pereira, tras la derrota de las huestes patriotas de Simón Bolívar en la Batalla de Cachirí y manifestarse tiempo después el deseo de que se estableciese una ciudad en dichos predios, hecho que se cumplió seis días después de su muerte.

La década de las grandes iniciativas y las grandes transformaciones de la ciudad inició desde 1920 a 1930 en agosto llega a la ciudad el Ferrocarril de Caldas, que la uniría con los puertos del río Cauca a través de este, con el Ferrocarril del Pacífico, la exportación de su importante producción cafetera y la importación de mercancías quedaban liberadas del lento, costoso y transporte a lomo de mula.

Se inicia entonces la era de las carreteras que conducían a Cartago, Armenia y Santa Rosa ya con toda esta dinámica de la ciudad, vino apoyo de las entidades públicas y se condujo una transformación de-

cisiva del paisaje urbano, pavimentación de calles y plazas y la construcción en cemento de los primeros edificios. Allí comenzaba la era de cemento y atrás se quedaban los ladrillos y la tapia.

También la vida social, cultural y política sufría fuertes cambios, a fines de 1929 aparecía el primer diario, también la radio y el cine, por la misma fecha empieza su primer esfuerzo de industrialización, aparecen las primeras fábricas en el sentido moderno.

En sus años de producción y nuevos cambios se convierte en una de las más importantes del país por su población, servicios y su desarrollo industrial y hoy en día hace parte del triángulo de café en Colombia y es el orgullo de nosotros y de nuestros antepasados, que lucharon y soñaron con una gran ciudad y que hoy es llamada “la querendona trasnochadora y morena la ciudad de las puertas abiertas”.

En los años 50, en la época de “La violencia” política partidista en el país, Pereira se convirtió en un sitio de refugio de miles de colombianos, cuadruplicando su población y creando un crisol nacional que cambió para siempre su comunidad, condensando la vocación de ciudad plural que tendría en adelante.

En los últimos años, la ciudad ha logrado una identidad urbana y un crecimiento significativo en su nivel cultural; la integración social y el nivel de educación más alto y generalizado le están permitiendo a la ciudad un crecimiento sostenido, no sólo económico, sino también cultural.

Ubicación geográfica

El municipio de Pereira está localizado a 4 grados 49 minutos de latitud norte, 75 grados 42 minutos de longitud y 1.411 metros sobre el nivel del mar; en el centro de la región occidental del territorio colombiano, en un pequeño valle formado por la terminación de un contra fuerte que se desprende de la cordillera Central. Su estratégica localización central dentro de la región cafetera, lo ubica dentro del panorama económico nacional e internacional, estando unido vialmente con los tres centros urbanos más importantes del territorio nacional y con los medios tanto marítimos como aéreos de comunicación internacionales.

El área municipal es de 702 km²; limita al norte con los municipios de La Virginia, Marsella y Dosquebradas, al noreste con Santa Rosa de Cabal y al este con el departamento del Tolima, al sur con los departamentos de Quindío y Valle del Cauca, al oeste con el municipio de Balboa y el departamento del Valle del Cauca. Pereira es el primer centro urbano del Eje Cafetero.

Pereira se encuentra sobre la cordillera Central, sobre el valle del río Otún, y parte del valle del río Cauca, Pereira al igual que muchas ciudades colombianas, posee zonas altas de difícil acceso o partes planas o poco empinadas, las calles de la ciudad se hacen conforme al relieve de la zona, caso tal como la Avenida el Río que cruza el valle del río Otún, por lo cual posee pocas elevaciones pero sí varias ondulaciones laterales.

La mayor parte del territorio municipal corresponde al relieve escarpado de la Cordillera Central. Entre los accidentes orográficos se destacan los nevados del Quindío, del Ruiz y Santa Isabel, situados en los límites con los departamentos de Quindío, Caldas y Tolima respectivamente. Igualmente cuenta con otros accidentes como Santa Bárbara, también conocido como el Alto del Nudo. El sistema hidrográfico del municipio comprende los ríos Cauca, Barbas, La Vieja, Otún y Consota, con sus numerosos afluentes. Por lo quebrado de su relieve, goza de variedad de climas, presentando los siguientes pisos térmicos: cálido, 60 km²; medio, 367 km²; frío, 70 km² y páramo, con 107 km².

Consta de 488.839 personas de las cuales 410.535 se encuentran en el área urbana localizadas en 19 comunas y 78.304 en el área rural en 12 corregimientos.

Fundamento constitucional y legal

La propuesta consignada en la redacción del proyecto de ley en sus diferentes artículos en materia de gasto público y presupuesto, es jurídicamente viable puesto que la honorable Corte Constitucional en varias de sus sentencias ha sostenido que el Congreso puede aprobar leyes que comporten gasto público, siempre y cuando no consagren un mandato imperativo al Ejecutivo y, por el contrario se utilicen términos como “autorízase al Gobierno Nacional”, redacción que se ajusta a las previsiones constitucionales.

Por lo tanto, es claro que en el proyecto no se le está dando ninguna orden al Ejecutivo y en consecuencia, el texto encuentra pleno respaldo entre otras, en las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional:

En Sentencia C-947 de 1999, la Corte manifestó:

“Ahora bien, la Corte reitera lo dicho en varias de sus providencias en el sentido de que la Constitución de 1991 ha devuelto al Congreso la iniciativa en materia de gastos, y destaca que la inexequibilidad aquí declarada no modifica esa jurisprudencia ni recae sobre el uso que tal iniciativa en el gasto – particularmente de carácter social ha hecho un miembro del Congreso, sino que alude de manera muy específica al hecho de que, por la materia misma de las disposiciones contenidas en el proyecto (artículo 150, numeral 7, de la Constitución), las leyes correspondientes como esta, “solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno”, en los incontrovertibles términos del artículo 154 de la Constitución”.

En el mismo sentido, la Sentencia C-490 de 1994 ha manifestado:

“Pensamos que es necesario devolver al Congreso la iniciativa en materia de gastos, que no puede confundirse con la iniciativa o capacidad de modificar las partidas propuestas por el Gobierno en el proyecto de presupuesto.

Son dos figuras radicalmente distintas. En la teoría política cuando se enuncia y comenta la restricción de la iniciativa parlamentaria de gastos, siempre se hace referencia al presupuesto, que es un acto condición y no a la ley previa creadora de situaciones jurídicas de carácter general.

Por lo demás respecto a la realización o desembolso de las inversiones existen dos actos-condiciones: el primero su incorporación a los planes y programas de desarrollo económico y social, el segundo su incorporación en los rubros de gastos presupuestales”.

En cuanto a la iniciativa legislativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-343 de 1995, precisó:

“EL PRINCIPIO DE INICIATIVA LEGISLATIVA. La iniciativa parlamentaria para presentar proyectos de ley que decreten gasto público, no conlleva la modificación o adición del Presupuesto General de la Nación. Simplemente esas leyes servirán de título para que posteriormente, a iniciativa del Gobierno, se incluyan en la ley anual de presupuesto las partidas necesarias para atender esos gastos”.

Como se advierte en el proyecto de ley, las leyes que decreten gasto público de funcionamiento e inversión no se encuentran constitucionalmente atadas a la iniciativa gubernamental y por lo tanto, no resulta legítimo restringir la facultad del Congreso y de sus miembros para proponer proyectos de ley sobre las referidas materias, con la obvia salvedad de que la iniciativa de su inclusión en el presupuesto corresponde exclusiva y discrecionalmente al Gobierno Nacional.

Analizando el proyecto en materia de gasto público, vemos que en la forma como está redactado el proyecto de ley en su artículo 3º, es jurídicamente viable puesto que la Corte Constitucional en varias sentencias ha sostenido que el Congreso por su propia iniciativa puede dictar y aprobar leyes que tengan la virtualidad de generar gasto público, siempre y cuando no consagre un mandato imperativo al ejecutivo y, por el contrario se utilicen términos como “autorízase al Gobierno Nacional”, como en el caso concreto del proyecto en estudio.

En consecuencia, queda claro que en el proyecto no se le está dando ninguna orden al ejecutivo y por lo tanto, el texto encuentra pleno respaldo entre otras, en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-343 de 1995, C-490 de 1994, C-859 de 2001 y C-324 de 1997.

El Congreso de la República puede tramitar leyes de honores que determinen proyectos de inversión, lo cual no significa aumentar el tamaño del Estado y sí por el contrario, satisfacer unas necesidades de un pueblo que necesita apoyo del Gobierno y que por ende la inversión que se hace es netamente social.

Análisis marco fiscal mediano plazo

Dentro del Documento Conpes número 3671, dentro del cual se encuentra el Marco de Gasto de Mediano Plazo 2011-2014, se estima para 2011 un crecimiento de 4,0% y prevé una recuperación moderada de la economía colombiana en el mediano plazo, hasta alcanzar su crecimiento potencial (4,5%) a partir de 2012.

Igualmente, se espera que para la vigencia fiscal 2013 el gasto de inversión ascienda a \$22.990.739 millones de pesos, por lo tanto la financiación de las obras contempladas en el presente proyecto de ley obtendrían su fuente en dicho rubro.

En tal sentido, el proyecto de ley en estudio hace referencia a la figura contemplada en la Ley 715 de 2001, artículo 102, en donde establece lo que se denomina como cofinanciación, virtud de la cual los entes territoriales y la nación convergen a realizar aportes para la realización de una determinada obra o inversión. La Corte Constitucional al respecto ha dicho: “desarrollo de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (C. P., artículo 288), la Nación puede en ciertos eventos brindar apoyo económico adicional a los municipios.

Proposición

Por las consideraciones anteriormente expuestas, propongo a la honorable Comisión Segunda del Senado de la República, dar primer debate sin modificaciones al Proyecto de ley número 100 de 2010 Senado, *por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento cincuenta (150) años de fundación del municipio de Pereira y rinde público homenaje a sus habitantes.*

De los honorables Senadores,

Manuel Virgüez,

Senador Ponente.

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 100 DE 2010 SENADO

por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento cincuenta (150) años de fundación del municipio de Pereira y rinde público homenaje a sus habitantes.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. La Nación se asocia a la conmemoración de los CIENTO CINCUENTA (150) AÑOS de fundación del municipio de Pereira, Capital del departamento de Risaralda, los cuales se celebrarán el treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013) y rinde público homenaje a sus habitantes, exaltando la memoria de sus fundadores, entre ellos el presbítero Remigio Antonio Cañarte y Jesús María Ormaza.

Artículo 2º. El Gobierno Nacional y el Congreso de la República rendirán honores al municipio de Pereira, en la fecha que las autoridades locales señalen para el efecto, y se presentarán con comisiones integradas por miembros del Gobierno Nacional y el Congreso de la República.

Artículo 3º. Autorícese al Gobierno Nacional para que en cumplimiento y de conformidad con los artículos 288, 334, 341 y 345 de la Constitución Política y de las competencias establecidas en la Ley 715 de 2001, asigne en el Presupuesto General de la Nación, y/o promueva a través del Sistema Nacional de Cofinanciación, las partidas presupuestales necesarias a fin de adelantar las siguientes obras de interés público y social, promotoras del desarrollo regional, que beneficiarán a la comunidad del municipio de Pereira, en el departamento de Risaralda:

1. Construcción del Parque Lineal del Río Otún, así como el desarrollo de la operación urbana integral en dicho sector, entendido como patrimonio ambiental y cultural de la ciudad.

2. Construcción del proyecto denominado “La Calle de la Fundación”, situado en la central y tradicional Calle 19, lugar de encuentro de habitantes y visitantes de la ciudad.

3. Apoyo e impulso a la planificación, desarrollo y constitución de un Centro Tecnológico ubicado en el área suroccidental de la ciudad, que se establecerá en la histórica comuna Cuba del municipio de Pereira.

Artículo 4º. Las autorizaciones de gastos otorgadas al Gobierno Nacional en virtud de esta ley, se incorporarán en los Presupuestos Generales de la Nación, de acuerdo con las normas orgánicas en materia presupuestal, en primer lugar, reasignando los recursos hoy existentes en cada órgano ejecutor, sin que ello implique un aumento del presupuesto y en segundo lugar, de acuerdo con las disponibilidades que se produzcan en cada vigencia fiscal.

Artículo 5º. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

De los honorables Senadores,

Manuel Virgüez,
Senador Ponente.

* * *

**PONENCIA PARA PRIMER DEBATE
AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 48 de 2010
SENADO**

por medio de la cual se establece el procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, del retiro discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

Doctor

GUILLERMO GARCÍA REALPE

Presidente Comisión Segunda Constitucional

Senado de la República

Ciudad

Respetado señor Presidente:

En cumplimiento del honroso encargo que me hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República procedo a rendir ponencia positiva para primer debate, sin modificaciones al Proyecto de ley número 48 de 2010 Senado, *por medio de la cual se establece el procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, del retiro discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.*

Antecedentes y objetivo

El presente proyecto de ley no acaba con la facultad discrecional dentro de la Fuerza Pública, sino que establece un procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa; con el objetivo de evitar abusos con la consecuente violación de los derechos fundamentales a los miembros activos de la Fuerza Pública.

Esta actitud de utilizar el “Retiro Discrecional” sin observar los derechos fundamentales está dejando como consecuencia multitud de demandas y tutelas que están contribuyendo a la congestión judicial y a la reparación con dineros públicos de los afectados.

Todo ello es lo que se pretende corregir en este proyecto de ley que se pone, en manos del Congreso de la República, por parte de la Bancada del Movimiento MIRA, para su estudio.

Esta figura del “retiro discrecional”, facultad que tiene el Ministerio de Defensa Nacional para retirar de manera nominal al personal uniformado de la Fuerza Pública, surgió en Colombia en el año de 1995, dada la crisis de indisciplina y de corrupción al interior de la Policía Nacional, que llevó al Gobierno Nacional, a través del Decreto-ley 573 de 1995, en su artículo 12, modificar parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional”, y contra el artículo 11 del Decreto 574 de 1995, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 de 31 de enero de 1994, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional”.

1. La Corte Constitucional y el Retiro Discrecional

El retiro discrecional, figura de carácter administrativa, que facultaba al Gobierno Nacional exigir ha dicho cuerpo disciplinado, idoneidad en la prestación del servicio. El Decreto-ley 573 de 1995 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-525/95, Magistrado, doctor Vladimiro Naranjo Mesa del dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), cuando sobre la materia señalara:

ACTO DISCRECIONAL

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.

POLICÍA NACIONAL-Depuración/RETIRO DEL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL

Las medidas adoptadas tienen por finalidad facilitar la urgente y necesaria depuración al interior de la Policía Nacional, muchos de cuyos efectivos han venido incurriendo en los últimos tiempos – como es bien conocido de la ciudadanía, que lo ha padecido– en una serie de graves anomalías que van desde la ostensible ineficiencia en el cumplimiento de elementales deberes de protección al ciudada-

no, hasta la comisión de graves delitos de diversa índole. Puede afirmarse, y ello ha sido reconocido por el gobierno y las propias autoridades de policía, que esta institución, como se ha señalado, ha venido atravesando una situación crítica de corrupción e ineficiencia que es necesario afrontar a través de mecanismos flexibles y eficaces que busquen erradicar con la mayor prontitud tales vicios. La más lógica y obvia de estas medidas es la que faculte a la institución para disponer con la mayor celeridad el retiro de aquellos de sus miembros, de cualquier rango que sean, sobre quienes haya graves indicios, o desde luego pruebas suficientes, de que no son aptos para asumir la delicada responsabilidad que se les confía, o que han incurrido en faltas graves, sobre todo delitos contra los ciudadanos, contra el patrimonio público, o contra los supremos intereses del Estado y de la sociedad”.

Postulados que fueron recogidos por ese mismo alto colegiado en Sentencias: C-092-96, C-120-96, C-193-96.

2. El Gobierno Nacional y la Facultad Discrecional

La anterior normatividad llevó al Gobierno Nacional ampliar esta facultad discrecional a las Fuerzas Militares (Ejército, Armada Nacional y Fuerza Aérea), como se aprecia en los decretos de carrera: Decreto-ley 1790 de 2000, parágrafo del artículo 45, 99 y 104; artículo 4° de la Ley 857 de 2003 y artículo 13 del Decreto-ley 1793 de 2000.

Si bien es cierto la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-253 del 25 de marzo de 2003, declaró inexecutable el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, que al interior de la Policía Nacional se reiteraba la facultad discrecional, al estimar la Alta Corporación que ‘El Presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2° de la Ley 578 de 2000’. Conllevando a la expedición del artículo 4° de la Ley 857 de 2003, a efectos de restablecer dicha figura en esa Institución.

La misma Corte Constitucional, mediante Sentencia C-179 de 2006, del 8 de marzo de 2006, Magistrado Ponente, doctor Alfredo Beltrán Sierra, declaró exequible el artículo 4°, parcial, de la Ley 857 de 2003 y 104 del Decreto-ley 1790 de 2000, bajo el entendido que las razones que establecen los criterios objetivos y razonables, sobre la función constitucional que presta la Fuerza Pública, en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política de Colombia, ameritan esta clase de decisiones, lo cierto es que desde el miramiento objetivo, dichos criterios se avalan, pero desde el principio de los derechos fundamentales a que se refiere el Estado Social de Derecho de la Constitución de 1991, como bien lo resaltara el honorable Magistrado, doctor Jaime Araújo Rentería en su salvamento de voto, dejó entrever al Colegiado que existe un vacío legal en la legislación revisada, en el entendido que no se está tutelando el artículo 29 de la Carta ante la imposibilidad de ejercer el ejercicio de defensa el debido proceso en las decisiones que se toman por parte del Gobierno Nacional y del Ministerio de Defensa, resaltando como dicha potestad resulta meramente nominal y en perjuicio de los miembros de la Fuerza Pública.

Derechos fundamentales que se han visto seriamente quebrantados ante un abuso de poder por parte del ente ejecutivo, comoquiera que si bien es cierto que el conflicto armado, la lucha contra el narcotráfico, han visto afectado dicho flagelo criminal al interior de las huestes militares, lo cierto es que aquellos uniformados que han sido afectados directa o indirectamente con decisiones un tanto “arbitrarias”, han acudido ante el juez constitucional, quienes han señalado que: “no basta, entonces aducir, en abstracto y para un conjunto más o menos amplio de personas, “razones del servicio”, pues en cada caso el retiro ha de ser objeto del análisis y de la justificación que ponga al afectado en condiciones óptimas para controvertir el acto administrativo. La motivación es, así, un presupuesto del derecho de defensa, por cuanto sólo cuando se sabe a ciencia cierta, cuál es la causa del retiro se puede recurrir o plantear con mayor acierto el problema ante los jueces competentes, cuya actuación se enfocará desde el principio de los motivos esgrimidos por la administración y no en desentrañar cuáles fueron esos motivos”. (Tutela T-569/08. MG. Rodrigo Escobar Gil). Entre otras de ese Alto Colegiado, comoquiera que el Consejo Superior de la Judicatura se haya pronunciado sobre este mismo tópico.

No obstante a la exequibilidad de la norma por parte de la Corte Constitucional amparando el procedimiento en la norma en cita, al considerar que el interesado cuenta con el mecanismo en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, lo cierto es que al interior de ese Alto Colegiado también se encuentra un menoscabo hacia el miembro de la Fuerza Pública que ha sido retirado por este mecanismo, pues ha considerado el contencioso que las pruebas que llevaron al Comité de Evaluación del interesado, en muchos casos informes de Inteligencia y Contrainteligencia que no fueron de conocimiento del perjudicado señala:

“Así mismo, es conveniente aclarar que los estudios de inteligencia y contrainteligencia efectuados por la Policía Nacional, son análisis de carácter secreto y por este motivo, se hace irrealizable examinar tales pruebas, dada la categoría que ostentan..., ...Sobre el particular se aclara que efectivamente las actas de los mencionados comités deben estudiarse por hacer parte de la actuación administrativa completa, por la cual se ha llevado al retiro del servicio de un funcionario, pero no por ello significa que deba hacerse un pronunciamiento de fondo respecto de las mismas, pues como ya se precisó, ellas no son enjuiciables ante la jurisdicción..., ...Así las cosas, se encuentra que los cargos endilgados contra el acto administrativo acusado no se comprobaron”.

Radicado: 41001-23-31-000-1995-8293-01 del 25 de julio de 2002. Consejo de Estado-Sala Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “B”. Consejero Ponente: Doctor Tarsicio Cáceres Toro.

Son circunstancias de hecho y de derecho que permiten retomar la posición del Magistrado, doctor Jaime Araújo Rentería, como de los jueces constitucionales, en el sentido de entrar por la vía legislativa a llenar ese vacío procesal, a efectos de garantizar

que los miembros de la Fuerza Pública, tengan un debido proceso y el derecho de defensa frente a decisiones un tanto irregulares, por parte del Ministerio de Defensa y los Mandos Militares, como se refleja en los fallos de tutela que han sido de conocimiento de la opinión pública a través de los diferentes medios de comunicación, en el cual han obligado el reintegro de un gran número de personal que injustamente han sido desvinculados por esta figura, con un impacto fiscal en el erario público, al tener que reintegrarlos y reconocerles el pago de sus haberes y prestaciones sociales, por el tiempo que estuvieron fuera de la Institución.

Aunado lo anterior, los fallos adversos en el Contencioso Administrativo, al verse en la imposibilidad de realizar control de legalidad sobre los informes de inteligencia y de las actas de las juntas asesoras, las cuales no fueron controvertidas por los interesados, ante la toma nominal del Ministerio de Defensa y los Mandos, fueron retirados, quebrantando todos sus derechos fundamentales, llevan en este momento al legislador a buscar un mecanismo para proteger y garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, teniendo en cuenta que procedimientos un tanto arbitrarios como fue la aplicación de la justicia sin rostro y su creación por “necesidades de asegurar una cumplida Administración de Justicia frente a los devastadores efectos de la delincuencia organizada” el Estado colombiano señaló que el gobierno colombiano con su legislación no hizo más que violar el artículo 14 del parágrafo 1° del Pacto, violación del Tribunal Competente, independiente e imparcial, de las debidas garantías penales y de la garantía de igualdad de todas las personas ante los Tribunales de Justicia” (Naciones Unidas a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en Comunicación 848-1999. Colombia. 20/09/2002. CCPR/C/75/D/848/1999 (Jurisprudencia), el Comité de Derechos Humanos en la 75° periodo de sesiones, 8-26 de julio de 2002).

3. La necesidad del proyecto de ley

Por lo anterior y a efectos de evitar que Colombia siga siendo cuestionada por violación de Derechos Humanos ante los organismos internacionales, por administrar procedimientos como el retiro discrecional, sin una garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, nos lleva a señalar que la presente iniciativa estaría acorde con el mandato constitucional del artículo 29, estableciendo un procedimiento abreviado y garantista de los derechos del debido proceso y el derecho de defensa.

4. El nuevo llamado de la Corte Constitucional al Gobierno Nacional

La Corte Constitucional en febrero de 2009, pidió, a través de una tutela, a los comandantes de las Fuerzas Militares que sean “razonables” con su facultad discrecional, porque esa potestad no es sinónimo de “actuaciones arbitrarias”, sino que deben obedecer al debido proceso.

La tutela indica que las Fuerzas Militares deben garantizarle a la persona que piense retirar, el derecho a una audiencia frente a los órganos encargados de recomendar el retiro del servicio, y que la persona pueda conocer claramente los motivos por los que va a quedar desvinculado.

“Las decisiones discrecionales tienen que llevarse a cabo dentro del marco legal que les da sustento formativo. Debe tomarse en consideración a fines precisos y claramente delimitados. Además, una medida discrecional debe ser razonable en relación con los fines perseguidos y debe respetar el debido proceso”, subrayó la Corte, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño.

Y agrega: “La facultad de retiro discrecional no es equivalente a una autorización al Ejército de actuaciones arbitrarias”, y además, “para evitar la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades públicas las decisiones discrecionales deben llevarse a cabo dentro del marco legal que les da sustento”.

5. Estudio de casos presentados en la Jurisdicción Administrativa y acciones de tutela:

A. Primer Caso: Nos permitimos transcribir algunos apartes de la demanda presentada por Javier Alberto Ayala Amaya, que demuestra lo nocivo que resulta para el Estado colombiano, la utilización de las facultades discrecionales sin la utilización de un procedimiento que respete los derechos de los afectados.

“Referencia: Acción de tutela contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL por la violación del derecho fundamental al Debido Proceso, al de Defensa y al de petición, en conexidad con el acceso a la Administración de Justicia, la honra, el honor.

Accionante: JAVIER ALBERTO AYALA AMAYA

Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

JAVIER ALBERTO AYALA AMAYA, ciudadano colombiano, identificado con la cédula de ciudadanía número 94306994 de Palmira, de manera respetuosa por medio del presente escrito me permito interponer ACCIÓN DE TUTELA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, para que, ante la ausencia de otro mecanismo de defensa judicial, me sean amparados mis derechos fundamentales al Debido Proceso, de Defensa, de petición, en conexidad con el acceso a la Administración de Justicia, la honra, el honor, para evitar que se me cause un perjuicio irremediable despachando a mi favor las siguientes pretensiones:

- Suspender los efectos de la Resolución número 0528 de 2 de febrero de 2010, proferida por el señor Ministro de Defensa Nacional, por medio de la cual se me retira del servicio activo del Ejército Nacional por llamamiento a Calificar Servicios.

- Que se le ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas me COMUNIQUE cuáles fueron los motivos objetivos que se tuvieron en cuenta para ordenar mi retiro con el fin de que pueda ejercer de manera real mi derecho de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL notificarme nuevamente el acto de retiro con el pleno cumplimiento de los requisitos legales.

- Suspender el término de caducidad de la Acción Contencioso Administrativa encaminada a demandar la nulidad de la Resolución número 0528 de 2 de febrero de 2010 y el correspondiente restablecimiento de mis derechos.

- En caso de que la Administración no comunique los motivos en que se fundamenta el acto de retiro y no lo motive adecuadamente, se considere que la decisión de retiro fue injustificada y arbitraria y en consecuencia se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, mi reintegro inmediato al servicio activo, sin solución de continuidad y reconociéndome toda mi antigüedad.

HECHOS

- Me desempeñé como oficial del Ejército Nacional, siendo miembro de la institución durante más de 24 años, teniendo como último grado el de Teniente Coronel y el cargo de Comandante del BATALLÓN DE A.S.P.C. N° 26 SS. NÉSTOR OSPINA MELO, en la ciudad de Leticia (departamento del Amazonas) cargo que ocupé desde mi llegada de Estados Unidos, después de desempeñarme como instructor de Derechos Humanos en el citado país. Fui Comandante de Batallón desde el veinticuatro (24) de noviembre de 2009 hasta el dos (2) de febrero de 2010, día en que se produjo mi no motivado e inexplicable retiro del servicio activo.

- Tengo un folio de hoja de vida sin una sola tacha en 24 años de servicio a la institución y en el que se observan innumerables felicitaciones y reconocimientos a mi sobresaliente labor durante toda mi carrera como Oficial del Ejército Nacional. Siempre ocupé el primer puesto en mi curso, en mi arma de Logística y en mi especialidad de Armamento.

- Por mi sobresaliente desempeño académico y militar y como reconocimiento a mis condiciones excepcionales como Oficial del Ejército Nacional de la República de Colombia, he sido condecorado en más de 17 oportunidades. Entre las Medallas se destacan: - Mejor alumno de la Escuela Militar de Cadetes en tres (3) oportunidades. - Francisco José de Caldas como 1^{er} Puesto de promoción en dos (2) oportunidades. - Derechos Humanos del Ministerio de Defensa Nacional. Adicionalmente he sido condecorado en dos oportunidades con la medalla Comendador por servicio meritorio como Instructor de DD. HH. por el Ejército de los Estados Unidos.

- La Nación – Ejército Nacional – Ministerio de Defensa Nacional en reconocimiento de mis excepcionales virtudes académicas militares, invirtió en mi preparación sumas muy superiores a las invertidas en un oficial promedio. No solo fui enviado en múltiples ocasiones en comisión permanente de estudios al exterior del país con recursos públicos – se destacan Universidad Carlos Tercero de Madrid España, Universidad de Lund Suecia, Universidad de Uppsala Suecia, Instituto de Cooperación para la Seguridad Hemisférica WHINSEC en Fort Benning

G.A.EE. UU., Instituto Internacional Humanitario de San Remo Italia –sino también dentro del país– se destaca Universidad Autónoma de Bucaramanga y Universidad Militar Nueva Granada –.

- Fruto de la gran inversión de recursos públicos destinada por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL (300 o 400 por ciento superior a la de un oficial promedio) y de mi destacado e indefectible compromiso con la institución, ostento el título de Abogado distinguido CUM LAUDE y Tesis Laureada por Comisión de Estudios otorgada por el Ejército Nacional; ostento dos títulos de Máster en Instrucción del Departamento de Defensa de los Estados Unidos resultante de dos Comisiones Permanentes de estudios en el exterior; ostento el título de especialista en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar de la Universidad Militar Nueva Granada; ostento el título de Especialista en Administración de Recursos Militares, Seguridad y Defensa Nacional y en Estado Mayor. Lo anterior deja en evidencia que soy un oficial excepcional que se encuentra muy por encima del promedio de mis compañeros y que soy uno de los oficiales más y mejor preparados del Ejército Nacional.

- Fui Oficial de Derechos Humanos de la Quinta Brigada, y de la Decima Octava Brigada trabajando arduamente en el fortalecimiento de la política en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para aplicar la cultura del autocontrol y desarrollar el control interno con el ordenamiento constitucional. Ocupé el cargo de Jefe de Departamento de Derechos Humanos en la Inspección General del Ejército Nacional desarrollando el asesoramiento al Comando Superior sobre la responsabilidad de los actos emanados por parte del Ejército Nacional a la luz de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En estas materias y antes de mi viaje a Estados Unidos fui el fundador y primer Director de la Escuela de Justicia Penal Militar y Derechos Humanos del Ministerio de Defensa Nacional y posteriormente a mi grado en la Escuela Superior de Guerra fui el Coordinador de Instrucción de la Dirección de Derechos Humanos y D.I.H. del Ministerio de Defensa Nacional cargo donde hice parte del equipo que formuló la Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario hoy vigente en el Ministerio de Defensa Nacional. Lo anterior, demuestra claramente que mis calidades, aptitudes y formaciones personales y militares son excepcionales e idóneas para el cumplimiento de los fines del Estado.

- Soy reconocido tanto a nivel nacional como internacional como un líder Institucional en el respeto y la defensa, promoción, divulgación, capacitación, y entrenamiento de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. De hecho, mi liderazgo en estas materias y mi decidida y abierta vocación de defensor de los Derechos Humanos al interior de la Fuerza Pública colombiana, me hizo acreedor en múltiples oportunidades a reconocimientos públicos entre los que se destacan, las dos oportunidades en que el Comando del Ejército Nacional me envió en Comisión permanente del servicio a los Estados Unidos como Instructor de Derechos Humanos y al

mismo tiempo a desarrollar el Máster de instrucción otorgado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos desarrollado en el Fuerte Benning.

- Por recomendación expresa del mismo gobierno norteamericano, mediante Resolución 2973 de 11 de julio de 2008, el Ejército Nacional de la República de Colombia se me destinó en Comisión Permanente Especial del Servicio al Exterior, con el fin de que desempeñara las funciones de Instructor Invitado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en el Instituto de Cooperación para la Seguridad Hemisférica (WHINSEC) donde asisten alumnos de todo el hemisferio. Para la ejecución de la Comisión, el Ejército Nacional invirtió una suma en el año de 2008 de cincuenta y dos mil ochocientos ochenta y cuatro dólares (US\$52.884.00) y en el año 2009 de sesenta y cinco mil trescientos noventa y nueve dólares (US\$65.399.00), Total de Comisión: Ciento dieciocho mil doscientos ochenta y tres dólares americanos (US\$118.283). Esta suma es en un 300 o 400 por ciento superior a la invertida anualmente en la preparación y pago de acreencias laborales de un Teniente Coronel promedio en Colombia.

- En muestra clara de la violación de los principios constitucionales y legales de la función Pública contenidos en los artículos 209 de la CP, 3 del C.C.A. y 3 de la Ley 489 de 1998, tan solo tres meses después de haber llegado de mi Comisión Permanente en el exterior, la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, mediante Resolución número 0528 de 2 de febrero de 2010, ordenó mi retiro del servicio activo en forma temporal y con pase a la reserva de manera discrecional por “llamamiento a calificar servicios”, sin que fuera expresado o quedara consignado en documento alguno, los motivos que fruto de una evaluación ponderada y exhaustiva, llevaron a la administración a ordenar mi retiro.

- La Resolución número 0528 de 2 de febrero de 2010 me fue notificada el día 10 de febrero de 2010.

- La Resolución número 0528 de 2 de febrero de 2010, del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, mediante la cual se ordenó mi retiro del servicio activo en forma temporal y con pase a la reserva de manera discrecional por “llamamiento a calificar servicios”, vulnera de manera flagrante los principios de razonabilidad, proporcionalidad y coherencia que deben caracterizar todas las actuaciones de la administración pública. El Acto ignora completamente mis antecedentes laborales mediatos e inmediatos y deja en evidencia el despilfarro inconsecuente con el interés general de recursos públicos, la inexistente planeación en el manejo de Recursos Humanos en el Estado y por ende la violación flagrante del principio de eficiencia, eficacia y economía que debe regir la actividad de la administración pública.

Resulta inexplicable el por qué el Ejército Nacional invierte unas sumas muy importantes de dinero en la preparación de un oficial para acto seguido, retirarlo del servicio sin que medie el más mínimo asomo de objetividad en la decisión. Es un acto incoherente que afecta el interés general por cuanto la inversión realizada en mi preparación reciente (muy superior a la de mis compañeros), pero también en

mi preparación a lo largo de mis 24 años de carrera militar (muy superior a la de mis compañeros) se perdió para la Institución, para el Estado y para los administrados, en un momento histórico para la Nación donde la temática de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario son de trascendental importancia y en especial para el Ejército Nacional.

- No obstante tener un folio de vida excelente, haber obtenido innumerables felicitaciones y reconocimientos profesionales a lo largo de toda mi carrera militar, fui retirado del servicio activo de manera repentina sin que se me informaran los motivos para ello, utilizando para mi retiro la figura del “llamamiento a calificar servicios” el 10 de febrero de 2010. Hasta la fecha no se tiene conocimiento de cuáles fueron los motivos que sirven de fundamento al acto administrativo mediante el cual fui retirado del servicio activo. El acto en cuestión no informa cuáles fueron las razones en que se fundamentó el mismo, de lo que se desprende una violación flagrante de los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa, al acceso a la Administración de Justicia y a la dignidad humana, sin descontar el atentado al honor Militar y a mi honra.

- *Ante la intempestividad de la decisión y la falta de elementos objetivos que a mi juicio pudieran justificar la misma, solicité a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, se reconsiderara la decisión de llamarme a calificar servicios. Sustenté dicha reconsideración en mi carrera militar, la cual, como lo demuestran las pruebas que anexo a esta acción de tutela, está muy por encima del promedio de los oficiales que ostentan el mismo grado, tanto en mi arma y especialidad como frente a los oficiales de las otras armas.*

- Ante la ausencia de respuesta oportuna por parte del Ministerio de Defensa a mi solicitud de reconsideración y con el fin de poder ejercer de manera real mi Derecho de Defensa ante los tribunales de lo contencioso administrativo el 20 de abril de 2010 presenté Derecho de Petición ante el Ministerio de Defensa Nacional con el fin de que en primer lugar se me manifestara si “el retiro por llamamiento a calificar servicios” es considerado una Facultad discrecional y quién es el competente para ejercerla y en segundo lugar, que se me comunicaran los motivos que llevaron a la administración a decidir retirarme del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, todo ello con el objeto de poder ejercer de manera real mi derecho de defensa ante los tribunales de lo contencioso administrativo.

- El Ministerio de Defensa Nacional contestó el Derecho de Petición con fecha 11 de mayo de 2010, sin responder a ninguna de las preguntas formuladas, manifestando, en un acto flagrantemente demostrativo de la ilegalidad en el proceder de la administración en mi retiro y de la violación de mis derechos fundamentales, que por competencia quien debe dar respuesta NO es el Ministerio, sino la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional.

Esta situación, deja en evidencia que el señor Ministro de Defensa Nacional desconocía y desconoce los motivos por los cuales se me retiró del servicio

activo y que simplemente se limitó a hacer un reconocimiento notarial de la recomendación proferida por el Ejército Nacional.

Adicionalmente, el Ministerio de Defensa Nacional está violentando mi Derecho Fundamental de Petición, al dirigir la solicitud hacia la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, por cuanto de acuerdo con el artículo 33 del C.C.A. el envío a otro funcionario solo procede cuando a quien se hace la solicitud es incompetente para responder. Incompetencia que en este caso no existe, dado que como lo dispone la Ley (Decreto-ley 1790 de 2000), quien es competente para retirar a los oficiales es el Ministro de la Defensa Nacional y fue él quien ejerció dicha competencia, en ningún momento fue delegada la competencia y es entonces él y solo él quien debe explicar cuáles fueron los motivos en que fundamentó su decisión.

Motivos que por demás, deben aparecer en el acta de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, de la cual hace parte el Ministro de Defensa Nacional, en la que debió consignarse el concepto previo que, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 99 del Decreto 1790 de 2000, debe emitir esta junta como requisito para poder proceder al retiro de un Oficial.

• Dos días antes de que me fuera comunicada la respuesta a mi Derecho de petición por parte esta vez del ejército Nacional, quien insisto no es el competente para ello, recibí respuesta a mi solicitud de reconsideración por parte del Ministerio de Defensa mediante Resolución número 2889 del 26 de mayo 2010. Esta resolución, resulta una prueba evidente de la violación de mis derechos fundamentales, en particular mi derecho de defensa, mi derecho al debido proceso y mi derecho de petición por cuanto, en primer lugar, el Ministerio de Defensa quien ya se había declarado incompetente para responder mi derecho de petición, ahora se considera competente para responder mi solicitud de reconsideración. Resulta bastante extraño que una entidad en menos de 2 meses se considere competente e incompetente a la vez para pronunciarse sobre los motivos de mi retiro. En segundo lugar, en esta resolución la entidad se limita una vez más a citar las normas que sirven de base al ejercicio de la Facultad discrecional, pero en ningún momento se me comunican cuáles fueron los motivos objetivos en que se fundamentó mi retiro del servicio, violentado una vez más mi derecho fundamental de defensa y al debido proceso.

• Es evidente que el Acto Administrativo que ordena mi llamamiento a calificar servicios no obedeció a una evaluación exhaustiva de mi hoja de vida y a una valoración adecuada de mis capacidades personales y militares, pues dispuso dicho retiro desconociendo mis antecedentes profesionales inmediatos y mediatos que demuestran que soy un oficial excepcional que presenta un folio de vida intachable, que siempre había ocupado los primeros puestos dentro de mi Curso y Arma, que había obtenido innumerables felicitaciones y reconocimientos profesionales y en el que la fuerza había invertido importantes sumas de dinero en mi reciente preparación en el exterior. Preparación que puse responsablemente y en forma

sacrificada al servicio de la Nación, desempeñándome como un líder soldado al servicio de la promoción de los Derechos Humanos para su cabal respeto en Colombia.

• La no evaluación de mi hoja de vida y por ende la evidente violación de mi derecho al debido proceso queda confirmada con la Respuesta al Derecho de petición de fecha 24 de mayo de 2010 (tan solo dos días antes de que se le diera respuesta a mi solicitud de reconsideración), mediante la cual el Ejército Nacional, de manera francamente grosera, descarada y evidentemente lesiva de mis Derechos Fundamentales, manifiesta que: “es necesario que el señor Oficial, tome en consideración que el llamamiento a calificar servicios, no es consecuencia del estudio de la hoja de vida, (...)”. Subrayas fuera de texto. Es decir que no se estudió la hoja de vida de un oficial excepcional para retirarlo por llamamiento a calificar servicios, violentando así mi Derecho al Debido Proceso, mi derecho a ejercer de manera real mi derecho de defensa, el acceso a la Administración de Justicia, la Honra, el Honor y la dignidad de Oficial.

• La falta de coherencia entre el Acto de Retiro y mis excepcionales calidades como oficial del Ejército Nacional, así como con el importante gasto realizado en mi preparación en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de mi retiro, dejan en evidencia que la Resolución número 0528 del 2 de febrero de 2010 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional es contraria a derecho y violatoria de mis Derechos fundamentales, en particular el del Debido Proceso, dado que constituye un acto violatorio de las reglas objetivas establecidas por la propia institución castrense para medir las calidades de los oficiales. Se obvian dichas reglas sin que medie el más mínimo asomo de la existencia de un criterio objetivo, lo que deja en evidencia que de manera abierta el Acto cuestionado contraría los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben caracterizar todas las actuaciones de la administración y que el mismo no obedece a la búsqueda por parte de esta de la satisfacción del interés general y el mejoramiento del servicio público, sino todo lo contrario. Es un acto resultante de una decisión totalmente arbitraria que vulnera mis derechos fundamentales y laborales y que deja en evidencia que la única razón por la cual se me está atacando es por ser un adalid en la lucha por el respeto de los Derechos Humanos.

• No existe un criterio objetivo para retirarme del servicio y de haber existido (no lo sé, pues la administración actúa de manera oculta violentando los principios constitucionales de la Función Administrativa de transparencia y de publicidad), debe ser de tal magnitud e importancia, que permitiera echar por el suelo toda mi sobresaliente carrera militar, opacar todos mis logros, mi escalafón, mis condecoraciones, mis reconocimientos.

Un hecho de tal magnitud que permitiera enervar la existencia de una vida militar intachable y excepcional y que permitiera considerar que “dilapidando” las importantes sumas de dinero pertenecientes al erario invertidas en mi preparación y desaprovechando mis capacidades excepcionales excluyéndome de la fuerza, se mejora el servicio público, se

satisface el interés general y se materializan, entre otros, los principios constitucionales de la función administrativa de eficiencia, eficacia y economía.

Pero este hecho no existe, no hay prueba alguna de su existencia, porque es claro que la medida no obedeció a juicios de carácter objetivo, como ya se afirmó, quedó confirmado con la respuesta al derecho de petición por parte del Ejército Nacional, sino a juicios puramente arbitrarios, sin fundamento, que vulneran mis derechos fundamentales. Pareciera que la única razón para excluirme de la Fuerza es el ser un adalid en la lucha por el respeto de los Derechos Humanos al interior de las Fuerzas Militares de Colombia.

- Siendo primer puesto de mi curso, de mi arma y de mi especialidad fui retirado del servicio sin que existiera el más mínimo criterio objetivo, vulnerando todas las disposiciones constitucionales y legales vigentes en materia de ejercicio de facultades discrecionales para retiro de oficiales por llamamiento a calificar servicios.

- En ninguno de los Actos proferidos por la Administración, referentes a mi retiro se expresan los motivos por los cuales fui retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios. De hecho, en todas sus actuaciones la administración se esconde detrás de fórmulas vagas y vacuas o se limita a citar la norma que le otorga la competencia discrecional, como si esta le diera patente de corso para vulnerar los derechos de los oficiales.

- Dentro del término para ejercer la Acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presenté Solicitud de Audiencia de Conciliación el día 19 de mayo de 2010 ante la Procuraduría General de la Nación y estoy esperando me sea fijada fecha para la realización de dicha audiencia. Lo anterior significa que teniendo en cuenta que el Acto Administrativo de retiro me fue notificado el día 10 de febrero de 2010, no he dejado caducar la Acción y he ejercido las acciones legales pertinentes, a pesar de que me encuentro en la imposibilidad material de ejercer de manera real mi derecho de defensa por cuanto la administración no me ha comunicado los motivos en que se fundamentó mi retiro, que permitieran estructurar una demanda en debida forma.

• Precedentes constitucionales

Son precedentes constitucionales aplicables al presente caso, dada la violación a mis derechos fundamentales, las siguientes sentencias, entre otras:

- *Sentencias T-161 de 2003; T-1240 de 2004; T-031 de 2005; T-064 de 2007; T-007 de 2008, de acuerdo con las cuales ante la ausencia de motivación en los actos de desvinculación y, en aras de garantizar la protección del debido proceso invocado por el demandante, las acciones contenciosas no resultan idóneas para lograr que la administración motive un acto administrativo.*

- *Sentencia T-569 de 2008, en relación con la obligación de que el retiro de los miembros de la Fuerza Pública se encuentre sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales.*

- *Sentencias C-525 de 1995, C-193 de 1996, C-072 de 1996, C-398 de 1999, T-827 de 2007 y T-1173 de 2008, referente a la relación entre la facultad de retiro discrecional de los miembros de la fuerza pública y el respeto por el derecho al debido proceso, al Derecho de Defensa, al acceso a la Administración de Justicia.*

• Concepto de violación a los derechos fundamentales

Honorables Magistrados:

Para exponer claramente la violación de mis derechos fundamentales por la conducta arbitraria de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, al negarse a comunicarme los motivos objetivos por los cuales fui retirado del servicio activo del Ejército Nacional, quisiera primero demostrar cómo el obrar de estas entidades atenta groseramente contra el principio constitucional del Debido Proceso, además de transgredir y repudiar abiertamente el precedente jurisprudencial que sobre la materia han sentado tanto el Consejo Superior de la Judicatura como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Superado esto, entraré a mostrar cómo la inobservancia injustificada del mencionado Derecho por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL violenta mi derecho fundamental a la Defensa, el de petición, en conexidad con los derechos al Honor, la Honra y a la dignidad humana.

• La conducta LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL viola mi Derecho Fundamental al Debido Proceso, mi Derecho de Defensa y mi Derecho fundamental de Petición

Como señalé en los hechos de la presente tutela LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL **se ha negado sistemáticamente a comunicarme los motivos por los cuales decidió retirarme del servicio por llamamiento a calificar servicios**, actuación que a más de ser contraria a la Constitución Política, por desconocimiento del Derecho fundamental al Debido Proceso, al de Defensa y al de Petición, es claramente ignorante del precedente jurisprudencial que se ha establecido sobre la materia. Paso a explicar lo anterior:

Fui retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios el 10 de febrero de 2010, tan solo 3 meses después de haber llegado de Comisión de Estudios en Estados Unidos, durante la cual realicé una Maestría y me desempeñé como Instructor de Derechos Humanos.

Ante la intempestividad de la decisión y la falta de elementos objetivos que a mi juicio pudieran justificar la misma, solicité a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, se reconsiderará la decisión de llamarme a calificar servicios. Sustenté dicha reconsideración en mi carrera militar, la cual, como lo demuestran las

pruebas que anexo a esta acción de tutela, está muy por encima del promedio de los oficiales que ostentan el mismo grado, tanto en mi arma y especialidad como frente a los oficiales de las otras armas.

En este punto me parece fundamental poner de presente que de mi hoja de vida se desprende que no soy un oficial cuyo desempeño sea bueno, sino que mi desempeño ha sido sobresaliente como se constata con los múltiples reconocimientos de que he sido objeto por parte del propio Estado colombiano, pero también por parte de Estados extranjeros. De hecho es mi desempeño excepcional el que llevó al Ejército Nacional a gastar importantes sumas de dinero en mi preparación, mediata e inmediata a mi retiro, en el exterior.

Ante la ausencia de respuesta oportuna por parte del Ministerio de Defensa a mi solicitud de reconsideración y con el fin de poder ejercer de manera real mi Derecho de Defensa ante los tribunales de lo contencioso administrativo, decidí interponer un Derecho de Petición ante el Ministerio de Defensa Nacional para que se me informaran los motivos objetivos que sirvieron de fundamento a la administración para retirarme del servicio por llamamiento a calificar servicios. En esta petición puse una vez más de presente mi excepcional hoja de vida y adicionalmente mi experticia reconocida nacional e internacionalmente en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, muy superior a la de cualquier otro oficial activo del Ejército Nacional.

Sorpresivamente, el Ministerio de Defensa Nacional me comunicó que por no ser el competente para responder mi petición remitía la misma al Ejército Nacional. Respuesta, que en sí misma resulta bastante absurda, si se tiene en cuenta que el Acto mediante el cual soy retirado es proferido por el señor Ministro de la Defensa Nacional y que es en su cabeza que se encuentra la competencia para retirar del servicio a oficiales de mi grado. Lo anterior deja en evidencia una primera violación a mi Derecho fundamental de Petición y al Debido proceso.

El Ejército Nacional, retomó mi petición y procedió a responderla limitándose, una vez más, a hacer referencia a las normas que le otorgan la competencia al señor Ministro de Defensa para retirarme del servicio y a escudarse en formas vagas y vacuas como que me retiraban por razones “de oportunidad y conveniencia”, pero en ningún momento se me comunicaron cuáles fueron los elementos objetivos que le sirvieron a la administración para tomar la decisión de desvincularme.

Lo que sí dejó en evidencia la respuesta a mi Derecho de Petición por parte del Ejército Nacional, es la manifestación francamente contraria a derecho y sin sentido de que mi hoja de vida no había sido estudiada para tomar la decisión de retirarme. Lo anterior demuestra que la administración no tiene la más mínima intención de comunicarme los motivos por los cuales fui retirado del servicio, violentando así flagrantemente mi Derecho al Debido Proceso, por cuanto deja en evidencia que se violentó de manera clara y flagrante el procedimiento de retiro dispuesto por el artículo 99 del Decreto-ley 1790 de 2000 según el cual todo retiro debe venir precedido de un

estudio por parte de la Junta o Comité que decide y, a su vez, contraria lo dispuesto por la Jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, en cuanto a que debe existir un análisis previo y exhaustivo del desempeño de todo oficial, caso por caso, antes de proceder a su retiro de la institución.

En efecto como lo estableció de manera clara la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-179 de 2006:

“En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario”. (Subrayas fuera de texto).

“(…) el retiro del servicio procede previo estudio de cada caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, que arrojan como conclusión la remoción de un servidor público que no cumple con los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de su función”.

Dos días antes de que me fuera comunicada la respuesta a mi Derecho de petición, recibí respuesta a mi solicitud de reconsideración por parte del Ministerio de Defensa mediante Resolución número 2889 del 26 de mayo 2010. Esta resolución, resulta una prueba evidente de la violación de mis derechos fundamentales, en particular mi derecho de defensa, mi derecho al debido proceso y mi derecho de petición por cuanto, en primer lugar, el Ministerio de Defensa quien ya se había declarado incompetente para responder mi derecho de petición, ahora se considera competente para responder mi solicitud de reconsideración. Resulta bastante extraño que una entidad en menos de 2 meses se considere competente e incompetente a la vez para pronunciarse sobre los motivos de mi retiro.

En segundo lugar, en esta resolución la entidad se limita una vez más a citar las normas que sirven de base al ejercicio de la Facultad discrecional, pero en ningún momento se me comunican cuáles fueron los motivos objetivos en que se fundamentó mi retiro del servicio, violentado una vez más mi derecho fundamental de defensa y al debido proceso.

Ahora bien, la actuación de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL contraría directamente el ordenamiento jurídico y desafía a la jurisprudencia tanto del honorable Consejo de Estado como de la honorable Corte Constitucional, y del honorable Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que estos Tribunales han decidido, en reiterada jurisprudencia, que en casos como el presente, no solo debe existir un análisis exhaustivo de la hoja de vida del oficial para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, sino que adicionalmente se deben co-

municar los motivos que sirvieron de base para retirar del servicio al Oficial con el fin de que este pueda ejercer de manera real su Derecho de Defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, en sentencia de 20 de febrero de 2009, la honorable Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Es así como la Corte ha establecido que, ante la ausencia de motivación en los actos de desvinculación y, en aras de garantizar la protección del debido proceso invocado por el demandante, las acciones contenciosas no resultan idóneas para lograr que la administración motive un acto administrativo”¹.

Confirmando lo anterior y desarrollándolo de manera más exhaustiva, en Sentencia **05001-23-15-000-2009-00203-01 (Acción de Tutela)** del 28 de mayo de 2009, la Sección Quinta – Sala de lo Contencioso Administrativo – del Honorable Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“En este caso, ciertamente el demandante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar el acto administrativo que dispuso su retiro del servicio activo del Ejército Nacional. Pero reclama la protección de su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto desconoce las razones por las cuáles se produjo su desvinculación de la entidad que le posibiliten contradecir judicialmente los motivos o causas que la inspiró. Se puede concluir, a juicio de la Sala que esta circunstancia es suficiente para hacer procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, a fin de que cuente con elementos que le permitan ejercer su defensa en el proceso ordinario pertinente que debe instaurar para cuestionar la legalidad del acto de retiro. El desconocimiento de las razones que sustentan el despido del servicio se considera una actitud arbitraria que amerita la protección constitucional porque las acciones contenciosas no resultan idóneas para obtener que la administración motive su acto permitiendo que el afectado controvierta la legalidad del mismo. Única garantía de que pueda acudir al proceso contencioso en ejercicio de la plenitud de sus derechos”. (Subrayas fuera de texto).

En la misma sentencia se manifiesta que:

“Así, se impone en aras de garantizarle el real ejercicio del derecho de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que este tenga acceso a las recomendaciones del Comité de Evaluación y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa a fin que pueda estructurar la demanda contravirtiendo las razones que allí se expresan. No pasa por alto la Sala que aunque no es exigencia legal que el acto de retiro contenga la expresión de los motivos, ello no significa que esté precedido de un concepto objetivo expresado por autoridades a quienes legalmente compete recomendar la desvinculación, **basada en el examen de la hoja de vida y en las razones que ameriten tal conside-**

ración, registro que debe quedar consignado en el acta respectiva. La resolución que dispone el retiro del servicio del demandante referencia la información que al respecto reposa en las actas del Comité de Evaluación y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, **pero el afectado desconoce el contenido y sustento de esas recomendaciones lo cual le impide ejercer su derecho de defensa.** Y frente a él como directamente perjudicado no puede alegarse que ostenten carácter de reservado”. (Subrayas y énfasis fuera de texto).

En el caso anterior, el Oficial desconocía los elementos objetivos que sirvieron de base para recomendar su retiro de la institución, tal y como ha sucedido conmigo. El honorable Consejo de Estado, en este caso y en los demás reiterados, señaló la obligación de comunicar los motivos objetivos que sirven de base al retiro, para garantizar el Derecho al Debido proceso y el ejercicio de su derecho real de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Como queda claro, es criterio unificado de la honorable Corte Constitucional y del honorable Consejo de Estado, que la no comunicación de los motivos objetivos que sirvieron de base al retiro de un miembro de las Fuerzas Militares violenta su Derecho Fundamental al Debido Proceso por cuanto le impide ejercer de manera real su Derecho de Defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por esta razón se entiende que la tutela procede como mecanismo transitorio.

Es sin embargo oportuno resaltar en este punto que, hasta el momento, todas las respuestas dadas por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL en las que supuestamente se me comunican los motivos por los cuales fui retirado del servicio, contrarían la Jurisprudencia tanto de la honorable Corte Constitucional y del honorable Consejo de Estado y por ello no se puede considerar como que ofrecen garantías para mi ejercicio real de mi derecho al debido proceso, por cuanto no tienen en cuenta lo dispuesto por estas altas cortes en Sentencia número T-1168 de 2008 de acuerdo con la cual:

“(…) la argumentación con respecto a los fines no se satisface con la mención de la norma que le atribuyó la competencia discrecional, sino que debe obedecer a la adecuación de que trata el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, es decir, a un mínimo de motivación que permite la garantía del derecho al debido proceso y el acceso a la Administración de Justicia, derechos constitucionales que el Estado tiene el deber de garantizar”.

Y a su vez, desconocen la Sentencia **05001-23-15-000-2009-00203-01 Magistrado Ponente: Susana Buitrago Valencia de 28 de mayo de 2009 del honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta (Acción de Tutela)** en la cual, al hacer referencia a la obligación de la administración de comunicar al afectado los motivos que sirvieron de base para tomar la decisión de retirarlo del servicio, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

¹ Ver entre otras las Sentencias T-161 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1240 de 2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-031 de 2005 M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-064 de 2007 M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-007 de 2008 M. P. Manuel José Cepeda.

“(…) se impone en aras de garantizarle el real ejercicio del derecho de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que este tenga acceso a las recomendaciones del Comité de Evaluación y de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa a fin del que pueda estructurar la demanda controvertiendo las razones que allí se expresan (…)”.

De la no comunicación de los motivos en que se fundamentó mi retiro, se desprende mi imposibilidad de ejercer de manera real mi derecho de defensa, por cuanto NO EXISTE OTRO MECANISMO DE DEFENSA JUDICIAL que me permita que se me comuniquen dichos motivos, pues las acciones contenciosas no lo contemplan. De lo anterior se derivaría un inminente perjuicio irremediable, en la medida que se me impide estructurar una demanda que me permita ejercer de manera real mi derecho de defensa y a su vez, porque al retirarme del servicio sin justificación alguna, poniendo así en duda mi integridad y mi honor militar ante los miembros de la Fuerza, se está creando una situación en la que por el paso del tiempo que implica intentar ante la justicia ordinaria la protección de mis derechos, se está truncando mi posibilidad de seguir ascendiendo en las condiciones que me correspondería dentro del escalafón militar dadas mis sobresalientes calidades militares.

En efecto, el mantenerme en un estado total de desconocimiento de los motivos por los cuales fui retirado del servicio y que esos motivos no sean fruto de un análisis de mi hoja de vida, no solo es una flagrante violación al debido proceso sino que me impide tanto controvertir adecuadamente la decisión ante los tribunales competentes, como continuar con mi carrera militar como correspondería, pues es bien sabido que este tipo de situaciones, aún si después de varios años son falladas a favor del oficial, truncan para siempre su carrera militar toda vez que generan al interior de la institución una serie de rencillas y de comentarios que fruto del atentado de la administración contra el honor militar y la dignidad del oficial llevan a que se trunque toda posibilidad de continuar ascendiendo en el escalafón.

De ahí que si –ante la falta de otro mecanismo de defensa judicial que me permitiera obligar a la administración a que se me comuniquen los motivos de mi retiro y habiendo agotado infructuosamente todos los mecanismos que a mi alcance estaban para obtener dicha comunicación– no se protege de manera inmediata mi derecho al debido proceso, mi derecho de defensa y mi derecho de petición, se me estaría causando un perjuicio irremediable consistente por una parte en no poder continuar con mi carrera militar en las condiciones que me correspondería dada mi hoja de vida, la cual no fue analizada para ordenar mi retiro y por otra parte, en no poder ejercer de manera real mi derecho de defensa ante los tribunales competentes. En otros términos de no protegérseme mi derecho de manera inmediata mediante la presente acción, se me estaría dejando en la imposibilidad absoluta de hacer valer mis derechos ante los tribunales colombianos.

Lo que contrariaría claramente, a su vez, las disposiciones que con respecto a la protección del Derecho al Debido Proceso y en general de todos los derechos fundamentales se encuentran establecidas en la Carta Interamericana de Derechos Humanos, desarrolladas Jurisprudencialmente por la Corte Interamericana.

En efecto, sobre este tema la Corte Interamericana ha manifestado lo siguiente:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

“129. Asimismo, la Corte ha señalado que para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto². Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o por ley³. La Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente⁴. **En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios⁵. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia⁶**”.

(Subrayas y resaltado fuera de texto).

De lo anterior se colige de manera clara que de no conocer los motivos objetivos en que se fundamentó mi retiro por llamamiento a calificar servicios y que adicionalmente, dicho retiro no haya sido el fruto de

² Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C número 139, párr. 4; *Caso Escher y otros, supra* nota 11, párr. 196, y *Caso Castañeda Gutman, supra* nota 56, párr. 78.

³ Cfr. *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C número 71, párr. 90; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra* nota 9, párr. 69, y *Caso Bayarri, supra* nota 43, párr. 102.

⁴ Cfr. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C número 129, párr. 93; *Caso Escher y otros, supra* nota 11, párr. 196, y *Caso Claude Reyes y otros, supra* nota 44, párr. 131.

⁵ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A número 9, párr. 24; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra* nota 9, párr. 69, y *Caso Reverón Trujillo, supra* nota 12, párr. 61.

⁶ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein, supra* nota 70, párr. 137; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra* nota 9, párr. 69, y *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C número 144, párr. 213.

un análisis de mi hoja de vida, se estaría configurando una total denegación de justicia porque, me encontraría en la imposibilidad de ejercer mi... de manera real y **efectiva** mi derecho de defensa ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

En la misma providencia antes citada agrega la Corte Interamericana:

“130. Asimismo, el artículo 25 de la Convención se encuentra íntimamente ligado con la obligación general de los artículos 1.1 y 2° de la misma, los cuales atribuyen funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales⁷. En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, la normativa interna debe asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes con el propósito de amparar a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas⁸. A su vez, el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2°, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención⁹”. (Subrayas fuera de texto).

En la misma vía, a propósito de la disposición de mecanismos efectivos para la protección de los derechos, la Corte manifestó recientemente:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“190. La Corte ha establecido que el Estado está en la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los

mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)¹⁰”.

De todo lo anteriormente expuesto, se desprende que para evitar el perjuicio irremediable consistente, insisto, en la imposibilidad de ejercer de manera real mi derecho de defensa y a su vez continuar con mi carrera militar en las condiciones que me corresponden, y dado que no existe otro medio de defensa judicial que me permita la protección efectiva de mis derechos fundamentales solicito se acceda a mis pretensiones.

• **Ausencia de otro medio de defensa judicial**

Carezco de otro mecanismo de defensa judicial que sea eficaz y oportuno para la protección de mi derecho fundamental al Debido Proceso, el de petición y de defensa por cuanto como lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional en repetidas ocasiones, no existe otro mecanismo de defensa judicial para lograr que me sean comunicados los motivos objetivos en los cuales se fundamentó mi retiro por llamamiento a calificar servicios; por tanto, le ruego que me sea amparado mi derecho fundamental violado por la conducta del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL al negarme la comunicación de los motivos objetivos señalados (...)

CUADRO EXPLICATIVO INVERSIÓN, PREPARACIÓN Y PÉRDIDA PATRIMONIAL PARA EL ESTADO

Como se observa en la Resolución 2973 de 11 de julio de 2008 –fui comisionado para realizar una maestría en WHINSEC - USA, y desempeñarme como Instructor Invitado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en el instituto de Cooperación para la seguridad Hemisférica (WHINSEC) donde asisten alumnos de todo el hemisferio. Para la ejecución de la Comisión, el Ejército Nacional invirtió una suma en el año de 2008 de cincuenta y dos mil ochocientos ochenta y cuatro dólares (US\$52.884.00) y en el año 2009 de sesenta y cinco mil trescientos noventa y nueve dólares (US\$65.399.00), total de comisión: Ciento dieciocho mil doscientos ochenta y tres dólares americanos (US\$118.283). Esta suma es en un 300 o 400 por ciento superior a la invertida anualmente en la preparación y pago de acreencias laborales de un Teniente Coronel promedio en Colombia.

Esta voluntad de la administración de ignorar hechos objetivos de fácil observación en mi hoja de vida, se tradujo en la inexplicable y no razonada decisión de “DILAPIDAR” todo el dinero público que se había invertido en mi preparación. En efecto, tan solo 3 meses después de haber regresado al país, fui llamado a calificar servicios, sin que mediera el más mínimo criterio objetivo, desechando así la posibilidad de recuperar el dinero invertido y evidentemente de obtener algún tipo de “rentabilidad”. En este

⁷ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C número 63, párr. 237; Caso Reverón Trujillo, supra nota 12, párr. 60, y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C número 125, párr. 99.

⁸ Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C número 35, párr. 65; Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), supra nota 9, párr. 72, y Caso Claude Reyes y otros, supra nota 44, párr. 130.

⁹ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 46, párr. 207; Caso Reverón Trujillo, supra nota 12, párr. 60, y Caso Castañeda Gutman, supra nota 56, párr. 79.

¹⁰ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, supra nota 18, párr. 91; Caso Radilla Pacheco Vs. México, supra nota 12, párr. 190, y Caso De la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, supra nota 12, párr. 104.

sentido resulta oportuno dejar en evidencia, a través del cálculo matemático que a continuación se presenta, que el Ejército Nacional decidió DILAPIDAR recursos públicos por encima de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS PESOS (\$224.737.700) MONEDA CORRIENTE, no recuperando la inversión que había realizado en mi preparación, como reconocimiento a sus excelentes y sobresalientes calidades militares, académicas y personales.

El presente cálculo busca determinar el valor mensual que debe recibir el Ejército, a modo de prestación del servicio, para recuperar la inversión en capital humano inicialmente realizada sobre el Coronel Ayala:

VALOR PRESENTE NETO

– Valor de la inversión –VP = 224.737.700.

– Tasa de interés = 6% nominal anual (Se asume esta tasa de interés por cuanto la misma está acorde con la tasa de crecimiento de la economía nacional).

– Periodo de recuperación de la inversión = 36 meses (1.080 días).

$$VMRI = \frac{VP * i}{(1 - (1 + i)^{-n})}$$

$$VMRI = \frac{224.737.700 * 0,005}{(1 - (1,005)^{-36})}$$

$$VMRI = \frac{1123688,5}{1 - 0,835645}$$

$$VMRI = \frac{1123688,5}{0,164355}$$

$$VMRI = 6'836.959,63$$

1. El Ejército Nacional realizó una inversión en capital humano sobre el Teniente Coronel, que ascendió a la suma de \$224.737.700

2. El Ejército Nacional estimó que para recuperar la inversión neta realizada sobre el Teniente Coronel se necesitaba un tiempo de 36 meses de servicios efectivos; esto es, el doble del tiempo que el TC AYALA duró en comisión en el exterior.

3. Así las cosas, dado que el ejército estimó que la inversión se recuperaba en 36 meses de servicios efectivos, el valor de recuperación mensual de la inversión ascendía a la suma de \$6'836.959,63.

4. El Ejército Nacional al despedirlo no alcanzó a recuperar siquiera los \$20'510,878,89 por cuanto 90 días después de su regreso de USA fue llamado a calificar servicios”.

B. Segundo Caso: CASO DEL SUBINTENDENTE LUIS FELIPE NAVARRO HERRERA: Mediante Resolución número 011 del 9 de febrero de 2007, se retiró del servicio activo por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

El Subintendente Navarro Herrera acudió a la Acción de Tutela para proteger sus derechos fundamentales.

La Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura de La Guajira tuteló los derechos fundamentales del citado Subintendente y ordenó se reintegrará al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o mayor jerarquía.

El fallo de Tutela ordena que se le cancelen todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación.

Sin embargo, actualmente el Subintendente LUIS FELIPE NAVARRO HERRERA fue perjudicado en la adjudicación de la vivienda a que tiene derecho porque el día en que fue retirado la Caja Promotora de Vivienda suspendió el descuento de las cuotas para el subsidio. Una vez se ordena su reintegro por fallo de tutela se le informa que debía cancelar, en término de dos meses, el valor de las once cuotas: un total de \$914.500. Lo anterior no pudo realizarlo en el término exigido. Es comprensible que después de estar desvinculado y sin recibir salarios no sea posible cumplir con este tipo de obligaciones. Hoy la citada Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía le reporta que perdió su antigüedad y que debe iniciar nuevamente a realizar los aportes hasta completar las 168 cuotas de ahorro mensual obligatorio durante 14 años.

Este caso ejemplifica lo que está pasando con el uso desmedido de la Facultad Discrecional: Los militares y policías están siendo perjudicados, y la justicia debe recibir una avalancha de tutelas que congestiona aún más la justicia colombiana.

6. En Conclusión

El presente proyecto de ley no acaba con la facultad discrecional dentro de la Fuerza Pública, sino que establece un procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa; con el objetivo de evitar abusos con la consecuente violación de los derechos fundamentales a los miembros activos de la Fuerza Pública.

Esta actitud de utilizar el “Retiro Discrecional” sin observar los derechos fundamentales está dejando como consecuencia multitud de demandas y tutelas que están contribuyendo a la congestión judicial y a la reparación con dineros públicos de los afectados.

Todo ello es lo que se pretende corregir este proyecto de ley que se pone, en manos del Congreso de la República, por parte de la Bancada del Movimiento MIRA, para su estudio.

Proposición

Por lo anteriormente expuesto, me permito presentar ponencia positiva y le solicito respetuosamente, a la honorable Comisión Segunda del Senado dar primer debate al Proyecto de ley número 48 de 2010, **por medio de la cual se establece el procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, del retiro discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.**

De los honorables Senadores,

Manuel Virgüez,
Senador Ponente.

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 48 DE 2010 SENADO

por medio de la cual se establece el procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, del retiro discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Objeto. La presente ley establece el procedimiento abreviado a seguir sobre el retiro discrecional del personal uniformado al interior de la Fuerza Pública, para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, recopiladas en el Decreto-ley 1790 de 2000, parágrafo del artículo 45, 99 y 104; artículo 4º de la Ley 857 de 2003 y artículo 13 del Decreto-ley 1793 de 2000.

Parágrafo. Para el retiro en forma discrecional será obligatoria la presencia del interesado o de su defensor, a efectos que puedan interponer el recurso de reposición ante quien tome la decisión del retiro y el de apelación ante el Ministerio de Defensa Nacional. En tratándose del retiro de oficiales en los grados de Oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío únicamente el de reposición ante el Gobierno Nacional.

Artículo 2º. Procedimiento. Proferido el decreto por el gobierno o la resolución ministerial o del comandante de Fuerza, donde deberá consignar las razones de su retiro e indicar lo recomendado por las juntas respectivas, el interesado o su defensor podrá interponer recurso de reposición y en subsidio el de apelación, según sea el caso, a efectos de controvertir la razón de su desvinculación. Para lo cual se tendrá en cuenta el siguiente procedimiento abreviado:

a) Admisión de la solicitud y apertura a pruebas. Una vez se notifique en forma personal o por edicto el Decreto Gubernamental o la Resolución Ministerial o de Comandante de Fuerza, el interesado o su defensor, interpondrá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, según sea el caso. Cumplido este requisito la petición será admitida, y en el mismo auto se abrirá el proceso a pruebas, para que en el término de cinco (5) días los intervinientes soliciten o aporten las que estimen conducentes;

b) Rechazo de la solicitud. La solicitud de reposición o de apelación solo podrá rechazarse por el no cumplimiento del requisito temporal, mediante auto motivado susceptible del recurso de reposición;

c) Decreto de pruebas. Las pruebas conducentes, solicitadas en esta etapa o con la petición de revocatoria directa del decreto o resolución y las que oficiosamente se estimen necesarias, serán decretadas dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del traslado aludido en el literal “a” precedente;

d) Período probatorio y fallo. Las pruebas serán practicadas en un término no superior a treinta (30) días, vencido el cual el Gobierno Nacional, el Ministerio de Defensa o el Comandante de Fuerza, según sea el caso, tendrá diez (10) días hábiles para decidir, determinación que es susceptible del recurso de apelación con excepción de los oficiales a que se refiere el parágrafo del artículo 1º;

e) Comunicación. En firme el auto que ordena su retiro o su revocatoria, se oficiará al Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, para sus trámites administrativos correspondientes de ley.

Artículo 3º. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, y en especial el Decreto-ley 1790 de 2000, parágrafo del artículo 45, 99 y 104; artículo 4º de la Ley 857 de 2003 y artículo 13 del Decreto-ley 1793 de 2000 y las demás normas que le sean contrarias.

De los honorables Senadores,

Manuel Virgüez,
Senador Ponente.

CONTENIDO

Gaceta número 670 - Martes, 21 de septiembre de 2010

SENADO DE LA REPÚBLICA Págs.

PONENCIAS

Ponencia para primer debate y Texto propuesto al Proyecto de ley número 100 de 2010 Senado, por medio de la cual la Nación se asocia a la celebración de los ciento cincuenta (150) años de fundación del municipio de Pereira y rinde público homenaje a sus habitantes.	1
Ponencia para primer debate y Texto propuesto al Proyecto de ley número 48 de 2010 Senado, por medio de la cual se establece el procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, del retiro discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.	4