

RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DURANTE LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES

Cap. Abogado JOSE MARIA GARAVITO F.



Estar sub-júdice no implica Status de inamovilidad. En efecto, la situación de un miembro de las Fuerzas Militares, frente a la Jurisdicción Penal Militar, no determina prelación ante el poder discrecional de las normas de la Carrera Militar en nuestro medio, para producir por parte del Ejecutivo el retiro con pase a la reserva o la in-subsistencia del nombramiento si es un funcionario civil, cuando las normas le dan dicha facultad al Gobierno, o al Ministerio.

La tesis tiene su desarrollo como sigue: El Código de Justicia Penal Militar en su artículo 525 dice: "La detención preventiva implica la suspensión en el ejercicio de funciones y atribuciones. Esa suspensión debe solicitarse inmediatamente después de que se dicte el auto de detención".

La suspensión en el ejercicio de funciones y atribuciones tiene un fundamento de orden constitucional, que es la igualdad de todos los habitantes del territorio nacional ante la Ley. En efecto, investido de funciones y atribuciones de carácter oficial un ciudadano, ya sea por pertenecer a las instituciones armadas o por virtud de funciones públicas, no puede responder ante la justicia por un principio de decoro y prestigio de la Administración y porque es necesario colocar-

lo previamente en condiciones de independencia absoluta con relación a sus atribuciones oficiales y por ende en pie de plena igualdad frente al resto de la colectividad.

Se venía sosteniendo, no sin argumentos atendibles, que el hecho de estar suspendido y a órdenes de la justicia, implicaba una especie de fuero de inamovilidad, y por tanto, no se podía producir el retiro del Militar o la destitución del funcionario, quizás porque su situación podía tornarse precaria. Pero nos hallamos frente a normas constitucionales y legales que determinan claramente cuándo y en qué forma el Gobierno puede disponer del militar o del funcionario para prescindir de sus servicios, habiendo dado lugar esta situación, a criterios encontrados.

Estudios a fondo sobre el problema jurídico habían inducido a las siguientes conclusiones en favor de la tesis de este criterio las que se hallaban fundamentadas en las siguientes premisas:

- a) Ausencia total de norma prohibitiva para que el órgano ejecutivo se halle impedido para tomar la decisión.
- b) Disposición constitucional, legal y reglamentaria que da potestad discrecional al Gobierno para sustituir, nombrar, remover o retirar del servicio

público a un militar o civil, dentro de una serie de requisitos para cada caso.

c) Conservación del fuero militar en lo que hace a la jurisdicción y competencia castrense, no obstante la desvinculación en la Carrera Militar.

d) Si la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones tiene por finalidad poner fuera de la institución en forma condicionada a un militar o civil a fin de poder hacer efectivo el auto de detención, el retiro o destitución garantiza en forma definitiva y eficaz la medida.

e) Las conclusiones del fallo penal no se hacen nugatorias con el retiro, por la razón de que, basta con modificar la motivación y causal de retiro en obediencia a la medida punitiva.

En lo que respecta a los militares, veremos cómo se desarrollan los anteriores criterios. En el primer punto o Literal a). El H. Consejo de Estado ha dicho claramente que no existe norma que prohíba al ejecutivo tomar la medida después de que el Oficial ha cumplido quince años de servicio o diez para Suboficiales y es principio básico de derecho que, lo que no está prohibido está permitido.

Las normas constitucionales, legales y reglamentarias a que hace referencia el punto b) son aquellas que hacen relación a la existencia misma de las Fuerzas Militares, su misión y funcionamiento, y tenemos, que la Carta Fundamental de la República, dice en el ordinal 6º del Artículo 120 "Corresponde al Presidente de la República, como, suprema autoridad administrativa. Disponer de la Fuerza Pública y conferir grados militares con las restricciones estatuidas en el inciso 2º del artículo 98 y con las formalidades de la Ley que regule el ejercicio de esta facultad". Y según lo dispuesto por el artículo 166 ibidem "La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La Ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así co-

mo los ascensos, derechos y obligaciones Militares".

En desarrollo de estos principios constitucionales se han expedido las leyes y decretos Legislativos que regulan el ingreso, formación, ascensos, retiros, pensiones y recompensas a los miembros de las Fuerzas Militares, así como las normas que rigen la Justicia Penal Militar.

En este orden de ideas, tenemos la Ley 126 de 1959, orgánica de la Carrera de Oficiales de las Fuerzas Militares y el Decreto Legislativo 501 de 1955 respecto del personal de Suboficiales, normas que entre muchos otros aspectos, regulan el retiro del personal, del servicio activo, y así tenemos por ejemplo, que la Ley dice: "Los Oficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser llamados a calificar servicios por voluntad del Gobierno después de cumplir 15 años o más de servicio o a los doce o más si fueren Oficiales Combatientes de Vuelo de la Fuerza Aérea". (Art. 50).

Cumplidos los tiempos de servicio, surge automáticamente la potestad discrecional otorgada al Presidente de la República y al Ministro de Guerra, que forman el Gobierno, en este aspecto, de producir el retiro del servicio activo del personal de Oficiales de las Fuerzas Militares y como dice el H. Consejo de Estado "Se facilite el reajuste de los cuadros del Ejército; se mantenga la dotación de Oficiales en servicio activo; se brinde a los militares de grados inferiores la oportunidad para el ascenso; y se conserve y mejore la organización técnica y profesional de las Fuerzas Armadas". (Fallo mayo 22 de 1961).

Dentro de la situación de colocar a un Militar fuera de la Institución Armada, encontramos también el fenómeno de la Separación Temporal y Absoluta, definidas por el legislador como "el acto por medio del cual el Gobierno pone fuera de la Institución a

un miembro de las Fuerzas Militares en forma temporal o absoluta, según el caso, en acatamiento a sentencia condenatoria de la Justicia Militar y Ordinaria, o por petición de un Tribunal de Honor”.

Frente a los dos aspectos planteados, se vé claramente, que en el primer caso, el retiro del servicio activo con pase a la reserva por voluntad del Gobierno, implica por parte de éste el ejercicio de una facultad discrecional concedida por el legislador, en beneficio de la institución Militar y la separación, envuelve el concepto de la responsabilidad penal y supone en casos definidos por el legislador, la detención sobre este particular, ha dicho el H. Consejo de Estado. “Esta distinción fundamental demuestra nitidamente que el retiro de un Oficial es cuestión absolutamente independiente de la Justicia Castrense, ya que el fallo pronunciado por ésta incide solamente sobre el Militar aún estando en uso de retiro”.

Si la jurisdicción implica la facultad de administrar justicia en sentido lato y la competencia el fenómeno por virtud del cual conoce con exclusión de los demás, determinada autoridad jurisdiccional, por virtud de ordenamiento constitucional y legal y dentro de los factores que atienden a la calidad del sujeto pasivo de la acción penal, al territorio donde se infringe la Ley penal y la clase de infracción, tenemos que la competencia para conocer por determinado juez o magistrado, no puede modificarse nunca, porque esos elementos son de orden público, su violación acarrea nulidad, están informados por el principio constitucional que dice: “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes pre-existentes al acto que se impute ante Tribunal competente y observando la plenitud de las normas propias de cada juicio”. Entonces, si por otra parte determina también la Carta Fun-

damental”. De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”, se puede pensar, que la competencia pueda modificarse y por ende hacerse nugatorio el fuero Militar?

Si la competencia se origina para conocer por un determinado juez atendiendo a la calidad de militar, en servicio activo y la clase de infracción, ésta debe continuar otorgándole las atribuciones al juzgador hasta producir el fallo respectivo y por ende, el retiro del servicio activo, no tiene nada que ver con el fuero y en consecuencia, no hay duda de que la determinación pueda violar normas del Código Penal Militar.

En lo que respecta al punto d), en el cual se hace la observación de que si la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones tiene por objeto, colocar al individuo fuera de la Institución en forma condicionada al fallo penal y con el propósito de hacer efectivo el auto de detención, lo mismo que, poner al sujeto de la acción penal, en igualdad de condiciones frente a los demás ciudadanos en la aplicación de la Ley, el retiro del servicio activo garantiza precisamente este hecho, en forma plena e incondicionada.

En efecto, si se vió que no existe interferencia en la administración de justicia por el hecho del retiro, porque son dos hechos absolutamente independientes; que si por una parte la justicia obedece al esclarecimiento de los hechos y la calificación de éstos, por un fallo definitivo de carácter penal o contravencional y el retiro, a una medida administrativa reglamentaria de carácter discrecional, el retiro, estando subjuice el individuo lo coloca en situación, de desinvestidura de todo fuero, privilegio, función pública, en forma definitiva, con el objeto de ob-

tener los propósitos de que se acaba de hablar.

El último punto, que fue objeto de examen, fue el relacionado con la manera de cumplirse el fallo penal o disciplinario y los efectos jurídicos frente al retiro. Sobre este particular se observa, que si los fallos son de obligatorio cumplimiento para la administración pública, tendría que pronunciarse el ejecutivo cambiando la causal en obediencia a lo prescrito por la Justicia y en esta forma se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, cuando el fallo de mayo 22 de 1961 dijo: "En el supuesto de que la investigación de un delito imputado a un militar termine con sentencia condenatoria la suspensión se torna definitiva y la situación de retiro temporal con pase a la reserva para quedar reemplazada, por la separación del Ejército. "Entonces la disposición administrativa de separación, sobrevendría y como los fallos en este caso el Ministerio de Guerra dictaría las providencias necesarias a fin de declarar sin valor, aquellas que otorgaron las prestaciones al individuo y procedería a gestionar las restituciones a que hubiere lugar.

Respecto del personal civil, donde existe el fenómeno del libre nombramiento y remoción, se ha sostenido la misma tesis y con fundamento en los siguientes argumentos, que han justificado la misma actitud y habiendo encontrado respaldo en el H. Consejo de Estado, en la reciente sentencia.

Se venía sosteniendo que por encontrarse un empleado civil en las condiciones del artículo 525 del Código de Justicia Penal Militar o sea, suspendido en el ejercicio de funciones y atribuciones, estaba impedida la administración para declarar insubsistente su nombramiento.

Los mismos argumentos que dieron

fundamentos para que se pronunciara el H. Consejo de Estado y de conformidad con las modalidades del funcionario, de libre nombramiento, le daban amparo jurídico a la medida y además, analizaba lo siguiente:

La Constitución Nacional en su artículo 120 dispone:

"Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa".

"5º Nombrar las personas que deben desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya proposición corresponda a otros funcionarios o corporaciones según esta constitución o leyes posteriores".

"En todo caso, el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes".

Esta facultad fue delegada en los Ministros del Despacho, primero por medio del Decreto Legislativo Nº 1881 de Julio 17 de 1953 que dijo: "Artículo 1º.- Delégase a los Ministros del Despacho Ejecutivo la facultad presidencial de nombrar y remover los empleados de sus respectivas dependencias administrativas".

El Decreto Ley 0341 de 1960 dice en su artículo 5º. "Ampliase la delegación presidencial conferida a los Ministros del Despacho Ejecutivo, a los Jefes de Departamentos Administrativos, para nombrar directamente los empleados de sus dependencias cuya asignación mensual no exceda de setecientos pesos (\$ 700.00)".

El Decreto Legislativo Nº 094 de 1958 sobre el personal civil del Ramo de Guerra, expresa en su artículo 14 "Los nombramientos del personal civil se producirán en la forma siguiente: Los de Especialistas del Segundo Grupo, por Resolución Ministerial..."

En virtud de la delegación, el Mi-

nisterio puede nombrar y remover libremente determinados funcionarios, y ya sea que el Presidente de la República, por función constitucional, o los Ministros por delegación, separen del servicio público un funcionario, para que siendo independiente la órbita del ejecutivo de la jurisdiccional, no exista la supuesta violación que se creía del Artículo 525 del Código de Justicia Penal.

El Ministerio de Guerra ya había dicho en tiempo atrás lo que sigue: "Es evidente que el parágrafo del Artículo 525 del Código de Justicia Penal Militar, determina que los Oficiales y Empleados Civiles con categoría de Oficial suspendidos en ejercicio de sus funciones y atribuciones solo devengarán mientras dure la suspensión, la mitad de sus haberes, pero ésta disposición no puede en ningún caso coartar o disminuir la facultad constitucional que tiene el Presidente de la República hoy delegada —con limitaciones— a los Ministros del Despacho para remover libremente los empleados de la Administración Pública".

Se considera pues, que los fundamentos jurídicos son los mismos conforme a las modalidades que pueda

presentar la facultad de retiro o remoción del militar o civil, pero siempre llegando a la conclusión afirmativa, que fue confirmada por el H. Consejo de Estado, en fallo pronunciado por la Sala de lo Contencioso Administrativo, el día 22 de mayo de 1961, en demanda de Plena Jurisdicción, incoada contra el Decreto Ejecutivo 1961 de Octubre 1º de 1958, negocio en el cual fue apoderado del Ministerio quien escribe estas apreciaciones.

Es absolutamente natural, que la medida administrativa, cuya viabilidad está ya definida jurídicamente, debe ser independiente del hecho de la sindicación, toda vez que lo contrario implicaría que un retiro a la postre se convertiría en una sanción, con los efectos desmoralizadores consiguientes. Pero la tesis, lo que determina es que, siendo independiente como se insiste, lo uno de lo otro, no pueda limitar la facultad del Gobierno de disponer del personal militar dentro de los requisitos de las normas reglamentarias de la Carrera de las Armas, así como del poder Constitucional que le asiste al Presidente de la República, por virtud del Artículo 120 Numeral 5º respecto de los funcionarios de la Administración Nacional.

"Para toda sentencia vale el principio de que el Juez no puede pura y simplemente rechazar de sí la responsabilidad de su decisión para hacerla recaer toda sobre la ley y sus autores. Ciertamente estos son los principales responsables de los efectos de la misma ley. Pero el Juez que con su sentencia la aplica al caso particular, es con causa y por lo mismo corresponsable de aquellos efectos". (Discurso de Su Santidad Pío XII a los participantes en el primer Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos.)