

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

En el artículo 86 Superior: a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuandoquiera que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para ordenar ascenso al nivel de los altos mandatarios de las fuerzas militares/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultad de conferir grados a miembros de la Fuerza Pública

La Sala reitera en esta oportunidad que el ascenso a los más altos grados de las Fuerzas Armadas es, por su naturaleza y su trascendencia, una decisión que el Presidente de la República está llamado a adoptar con autonomía y en ejercicio de su discrecionalidad, dentro de los límites trazados por la Constitución Política. No puede el juez de tutela ordenar al Presidente de la República que lleve a cabo determinado ascenso dentro de los altos mandos de la jerarquía militar, puesto que ello corresponde a una facultad discrecional que constitucionalmente le corresponde al Primer Mandatario en tanto Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas. Ello no obsta, sin embargo, para que el juez de tutela verifique si con el ejercicio de tal facultad discrecional se han desconocido los derechos fundamentales de las personas afectadas, como se verá en los acápites siguientes, para efectos de ordenar una medida remedial distinta al ascenso, que satisfaga los requerimientos de cada caso particular.

ASCENSO EN FUERZAS MILITARES-No puede ser ordenado por vía judicial

Tal y como lo observaron los falladores de instancia en el proceso de tutela, así como los jueces que conocieron de los incidentes de desacato promovidos por el peticionario, en esta parte resolutive no se ordenó el ascenso del Coronel. Mal podría hacerlo un juez contencioso administrativo dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que como arriba se ha explicado, el ascenso a los altos mandos del estamento militar es una potestad discrecional del Presidente de la República, y no se puede ordenar por vía judicial que se lleve a cabo dicho ascenso puesto que ello reñiría con la estructura constitucional misma de la Fuerza Pública, sometida jerárquicamente a la dirección del Jefe de Estado, como representante del poder civil democráticamente elegido.

PODER DISCRECIONAL-Alcance y límites/PODER DISCRECIONAL DEL PRESIDENTE Y ASCENSOS MILITARES

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa al no emitir recomendación para ascenso de Coronel

Se tiene que las razones que expresamente tuvo en cuenta la Junta Asesora para “no emitir recomendación” para el ascenso del Coronel, pugnan con lo dispuesto en la Carta Política sobre el debido proceso que debe acompañar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas ya que en tanto motivación de la decisión de “no emitir recomendación” al Coronel resultan insuficientes e irrazonables como fundamento de una decisión de esta trascendencia.

Referencia: expediente T-948487

Acción de tutela instaurada por Gustavo Rincón Rivera en contra de la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus

competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004), proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Gustavo Rincón Rivera en contra del Ministerio de Defensa Nacional. La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Ocho (8), mediante auto del cinco (5) de agosto de dos mil cuatro (2004), correspondiendo a la Sala Tercera de Revisión su conocimiento.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. Hechos relatados por el demandante.

Obrando por intermedio de apoderado, el ciudadano Gustavo Rincón Rivera, Coronel del Ejército Nacional, interpuso acción de tutela en contra de la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional, representados respectivamente por el Presidente de la República, el Ministro de Defensa Nacional y el Comandante del Ejército Nacional, por considerar que con sus actuaciones éstos habían desconocido sus derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, por cuanto se habían negado por segunda vez a dar cumplimiento a la decisión judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de enero de 2002. Los hechos que dieron lugar a esta situación se exponen en detalle a continuación.

1.1.1. El Coronel Gustavo Rincón Rivera promovió un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos expedidos por la Nación-Ministerio de Defensa Nacional el 8 de abril de 1999, en los cuales no se había incluido su nombre entre el grupo de oficiales que habrían de integrar el Curso de Altos Estudios Militares y

posteriormente serían ascendidos al grado de Brigadier General. Luego de adelantar el proceso correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección C, éste dictó una sentencia con ponencia de la Magistrada Martha Betancur Ruiz el día 18 de enero de 2002, cuya parte resolutive establecía, en lo pertinente:

“2º. ORDENAR a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL el REINTEGRO del Señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA C.C. No. 13.347.529 de Pamplona – Norte de Santander, al cargo y grado que venía desempeñando en la carrera militar, al momento del retiro del servicio activo o, a otro de superior categoría que le corresponda, previo llamamiento a curso de altos estudios, considerándolo en actividad para todos los fines legales...”

En la parte motiva de esta providencia se explicó:

“...Por lo anteriormente expuesto y al haber sido demostrada la existencia de desviación de poder y falsa motivación como causales de nulidad en la expedición de los actos acusados, ésta sala de decisión habrá de ordenar la nulidad de los mismos y accederá a las pretensiones de la demanda en la forma solicitada por la parte actora”.

Señala el apoderado del peticionario que “la desviación de poder y la falsa motivación se fundamentó en el hecho de que en dicho proceso, quedó probado que la razón por la cual el Coronel Gustavo Rincón Rivera no fue llamado a curso y ascendido al grado de Brigadier General fue el haber denunciado casos de corrupción al interior del Ejército Nacional, tales como el de la Mona Rolla Jaller. // Como quedó probado a lo largo del proceso ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las denuncias hechas por el Coronel Rincón generaron un gran malestar entre los miembros de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, lo cual condujo a que la actitud proba, honesta y fiscalizadora de mi poderdante en lugar de ser valorada en su correcta dimensión, se convirtiera en un castigo contra él mismo”. Cita a este respecto otros apartes de la parte motiva de la referida providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 18 de enero de 2002, que rezan:

“Se encuentra plenamente demostrado al proceso que el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera en el desempeño del cargo de Director del Fondo Rotatorio del Ejército optó por moralizar dicho estamento, haciendo seguimiento de control de calidad a las obras licitadas y adjudicadas, controlando los proveedores, las licitaciones y revisando contratos donde

estaban en juego sumas altísimas y, donde se comprometió el actuar de algunos generales y oficiales de insignia que al no poder controvertir el correcto actuar del demandante, montaron toda una estrategia de retaliación que dio sus frutos bajo la sombra del ejercicio discrecional debidamente manipulado.

(...) Las declaraciones arrojadas al proceso y las extra proceso allegadas al expediente, son claras y contundentes en precisar el excelente comportamiento del demandante, sus excelentes calidades personales y profesionales, los resultados alcanzados en cada una de sus actividades, sobre todo, el coraje para desenmascarar ciertos personajes que abusan del poder y se enriquecen a costa de las arcas del Estado mediante el sistema de contratación (...)"

Tal providencia fue debidamente notificada, mediante edicto desfijado el día 7 de febrero de 2002, y quedó en firme el día 12 de febrero de 2002. No se interpuso recurso alguno en contra de esta decisión por la parte demandada.

1.1.2. Dado el silencio de la parte demandada, el Coronel Gustavo Rincón Rivera solicitó el cumplimiento de la sentencia mediante comunicación de fecha 2 de julio de 2002.

1.1.3. "Luego de varias reclamaciones de cumplimiento de la sentencia -continúa el apoderado-, tan solo 8 meses después de haber quedado en firme y ejecutoriada la sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la señora Ministra de Defensa Nacional, mediante Decreto 2269 de Octubre 10 de 2002, ordena el reintegro y el pago de los haberes dejados de devengar al Coronel Gustavo Rincón Rivera, de acuerdo al fallo del 18 de enero de 2002 del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero omitió lo ordenado por el juez administrativo en referencia al '...previo llamamiento a curso de altos estudios...'".

1.1.4. El 28 de noviembre de 2002, el Comandante del Ejército, General Carlos Alberto Ospina Ovalle, dio respuesta a una petición interpuesta por el Coronel Rincón ante la Ministra de Defensa el 18 de octubre de 2002, en relación con su llamamiento a curso de Altos Estudios en virtud de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En tal respuesta, se expresó que "el Señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, fue considerado para ser llamado al Curso de Altos Estudios Militares para el año 2003 y en sesión extraordinaria la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional celebrada el día 18 de octubre de 2002 se decidió no llamarlo al mencionado curso".

Para el peticionario, esta respuesta constituye un “juego de palabras que inicialmente hace referencia a ser llamado a curso de altos estudios y, luego de no llamarlo, es decir, que se hizo burlesca la decisión del Honorable Tribunal Administrativo”.

También informa el apoderado que en tal oficio de respuesta, se fundamentó la decisión de no llamar al Coronel Rincón al curso de Altos Estudios Militares -esto es, al Curso de Ascenso a General- de la siguiente manera:

“El Señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, fue considerado para ser llamado al Curso de altos Estudios Militares para el año 2003, al igual que los Señores Coroneles que cumplieron antigüedad para el ascenso al grado inmediatamente superior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 del Decreto 1790 de 2000, por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Sub-oficiales de las Fuerzas Militares, que a la letra dice “ASCENSO A BRIGADIER GENERAL O CONTRALMIRANTE. Para ascender al grado de Brigadier General o Contralmirante, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina, que posean el título de oficial de Estado Mayor y además que hayan adelantado y aprobado el ‘Curso de Altos Estudios Militares’ en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”.

1.1.5. A pesar de esta posición del Comando del Ejército, la Ministra de Defensa solicitó a la Secretaría de la Presidencia de la República su colaboración para precisar el alcance del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 18 de enero de 2002. La respuesta que recibió del Secretario Jurídico de la Presidencia fue: “Como se observa, el fallador de instancia dispuso el llamamiento a curso de altos estudios del accionante, el cual debe cumplirse de manera obligatoria en concepto de esta secretaría, como lo señala el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo, sobre la base de que la decisión se encuentra en firme, esto es, debidamente ejecutoriada”.

1.1.6. El día 13 de enero de 2003 se inició el Curso de Altos Estudios Militares, sin que se hubiese incluido al Coronel Gustavo Rincón, según se había ordenado en la referida providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y haciendo caso omiso del concepto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

1.1.7. Por considerar que con esta situación se desconocían sus derechos fundamentales a la

igualdad, debido proceso y administración de justicia, el Coronel Rincón interpuso una acción de tutela el día 17 de enero de 2003 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Esta Corporación resolvió, en providencia del 3 de febrero de 2003, amparar los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, “al no haber sido cumplido el paso procesal previo al ascenso al cargo superior de Brigadier General, como era el de llamamiento a curso de altos estudios, sin el cual, no se podría dar cabal cumplimiento a la sentencia de enero 18 de 2002”. Por lo tanto, se ordenó –en términos de la demanda- “por una parte, que se incluyera al Coronel Gustavo Rincón Rivera dentro del grupo de oficiales que debía adelantar el Curso de Altos Estudios Militares durante el año de 2003, como requisito para continuar con el cabal cumplimiento de la sentencia de 18 de enero de 2002 proferida por el mismo Tribunal. Y por otra parte, que de acuerdo con la petición del apoderado de la parte demandada se corrieran copias del fallo a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación, para efectos de determinar la posible responsabilidad disciplinaria (por causal de mala conducta) o penal (por fraude a resolución judicial) en la cual hubiesen podido incurrir los señores miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional al haberse negado a cumplir con lo ordenado por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 18 de enero de 2002”.

1.1.8. Basándose en lo dispuesto en el artículo 66 de 1790, la parte demandada impugnó la sentencia de tutela referida, y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, mediante fallo del 3 de abril de 2003, resolvió confirmar en su integridad lo decidido por el juez de tutela de primera instancia. El fallo del Consejo de Estado no fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional, “lo cual indica que las decisiones de primera y segunda instancia del juez de tutela, estuvieron conforme a los principios constitucionales”, según el demandante.

1.1.9. En acatamiento del fallo de tutela del 3 de febrero de 2003, el Coronel Gustavo Rincón fue llamado al Curso de Altos Estudios Militares mediante Resolución No. 069 del 5 de febrero de 2003, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional.

1.1.10. “Adelantado y aprobado satisfactoriamente el correspondiente curso de altos estudios, el Coronel Gustavo Rincón Rivera, junto con otros altos oficiales de las Fuerzas Militares, obtuvo la respectiva graduación con la especialidad en seguridad y defensa nacional”. Una vez finalizado dicho curso, al Coronel Rincón, al igual que a los demás oficiales

que finalizaron el curso, “la dotación (uniformes, gorras, soles, etc.) para la respectiva ceremonia de ascenso al grado de Brigadier General. Igualmente se entregaron al señor Coronel Rincón los carnés de servicios médicos de él y su familia con el grado de Brigadier General (anexo copias). Aparentemente, de acuerdo con la entrega de la respectiva dotación y de los carnés de servicios médicos, la administración desarrollaba adecuadamente los pasos para dar total y efectivo cumplimiento a la decisión adoptada por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en enero 18 de 2002, quien dispuso el ascenso del Coronel Rincón al grado de Brigadier General, previa la aprobación del curso de altos estudios”.

1.1.11. El 21 de noviembre de 2003, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, mediante Acta de Reunión No. 7, “‘recomendó’ para el ascenso al Grado de Brigadier General a todos los señores oficiales que cursaron y finalizaron el curso de altos estudios, dejando únicamente Por fuera de dicha ‘recomendación’ al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera”. Para estos efectos, la Junta acogió las recomendaciones de los asesores jurídicos del Comando General de las Fuerzas Militares y del Ministerio de Defensa, recomendaciones entre las cuales se relacionaron en dicha Acta No. 7 las siguientes:

“...no emitir recomendación en relación al citado oficial por las siguientes razones: 1º. La gran mayoría de los señores Generales y oficiales de insignia que hoy participan en la junta asesora, se encuentran investigados por la procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, por el asunto del señor Coronel Rincón. 2º. Existen decisiones judiciales proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, donde se dejó sin competencia a la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa para recomendar o no el ascenso al grado de Brigadier General del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera...”.

Para el accionante, la decisión de acoger la recomendación número 2 recién citada es contradictoria, “si se tiene en cuenta que los miembros de la Junta asesora del Ministerio de Defensa y sus asesores jurídicos necesitaron casi dos años para reconocer que en la providencia judicial de enero 18 de 2002 del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca se dejó sin competencia al gobierno nacional para pronunciarse sobre el caso del Coronel Rincón, toda vez que en ella quedó claramente probada la desviación de poder y la falsa motivación del actuar de la administración”.

1.1.12. Recuerda a este respecto el accionante que desde el 11 de diciembre de 2002, la

Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, en respuesta a la solicitud de aclaración efectuada por la Ministra de Defensa Martha Lucía Ramírez, conceptuó:

“En primer término me permito observar que, en la parte motiva de la citada providencia, el a-quo admitió como probados los hechos aducidos por el actor en la demanda, los cuales no fueron desvirtuados por el apoderado de ese Ministerio.

En efecto, señala el fallador:

‘La defensa de la administración, sólo se limitó a mencionar la existencia de Discrecionalidad, de manera débil y sin argumento jurídico alguno que permita desvirtuar la existencia de abuso y desviación de poder – falsa motivación ocasionados por los motivos ocultos que el demandante ha logrado demostrar a lo largo del presente proceso, mediante las pruebas que no fueron controvertidas, salvo la oposición a la tasa de los valores indemnizatorios dictaminados técnicamente’.

De lo anterior se colige que, sí hubo desviación de poder, falsa motivación y por ende desconocimiento a los derechos del accionante, la consecuencia lógica como lo indicó el Tribunal, es la prosperidad de las pretensiones de la demanda”.

Para el peticionario, “resulta realmente extraño y difícil de aceptar que a pesar de la existencia de pronunciamientos como el anterior, los miembros de la junta asesora encabezados por el señor Ministro de la Defensa Nacional, hayan necesitado casi dos años para reconocer su falta de competencia con respecto al caso del Coronel Rincón y que adicionalmente, haya sido necesario que se les abrieran investigaciones preliminares tanto en la Procuraduría como en la Fiscalía General de la Nación, para que se declararan impedidos para decidir sobre la situación de mi poderdante. Cómo explicar dicha actitud? Por qué no declararon su incompetencia desde el mismo momento en que conocieron la sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca? Por qué, sólo hasta hoy, reconocen su incompetencia en este caso? Siendo incompetentes para pronunciarse sobre el caso del Coronel Rincón en razón de que existen fallos judiciales que así lo determinan, como ellos mismos lo aceptaron en el Acta de Reunión No. 7 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa nacional del 21 de noviembre de 2003, por qué haber dilatado durante tanto tiempo el cumplimiento de la sentencia, lesionando los derechos del Coronel Rincón?”

1.1.13. Previendo un nuevo e inminente incumplimiento de la sentencia del 18 de enero de 2002 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el actor interpuso -por intermedio de apoderado- derecho de petición el 26 de noviembre de 2003 ante el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional, Jorge Alberto Uribe Echavarría, solicitando el cumplimiento total de la sentencia, así como del fallo de tutela proferido por el mismo Tribunal y confirmado por el Consejo de Estado.

1.1.14. Por medio del Decreto 3445 del 28 de noviembre de 2003, “fueron ascendidos al grado de Brigadier General o Contralmirante todos los compañeros de Curso de Altos Estudios Militares del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, excluyendo únicamente de este Decreto al Coronel Rincón, ignorando, con actitud de burla, el año que pasó desarrollando el curso de altos estudios, desconociendo su derecho a ascender al grado de Brigadier General (reconocido y ordenado mediante providencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca), y omitiendo nuevamente el cumplimiento total de la decisión judicial del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca de enero 18 de 2002”.

1.1.15. El día 4 de diciembre de 2003, la Coordinadora el Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa, Sonia Clemencia Uribe, dio respuesta al derecho de petición presentado el 26 de noviembre, informando: “A la fecha, la parte económica se encuentra en liquidación. Y en relación con la parte de la sentencia correspondiente a reintegro y ascenso fue remitida al jefe de personal Ejército, con el fin de que se resuelva su petición”.

Para el peticionario, esta respuesta es extraña “si se tiene en cuenta que una de las recomendaciones acogidas por los miembros de la junta Asesora, entre los cuales se encuentran los señores generales del Ejército nacional, fue la de declararse impedidos para pronunciarse sobre el caso del Coronel Rincón. Entonces, ¿por qué enviar el derecho de petición a la oficina de personal Ejército?”

1.1.16. El 5 de diciembre de 2003 se llevó a cabo la ceremonia de ascenso de los coroneles y capitanes de navío que realizaron el curso de Altos Estudios y a quienes se entregó la dotación para dicho ascenso, “dejando por fuera de dicho grupo ÚNICAMENTE al Coronel Gustavo Rincón Rivera”.

1.1.17. El 9 de diciembre de 2003, la Presidencia de la República dio respuesta al derecho de petición del 26 de noviembre anterior, informando que tal petición se había remitido a la

Secretaría General del Ministerio de Defensa para que éste se pronunciara, e invocando como sustento el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo. “Otra extraña respuesta –afirma el apoderado del actor-, si se tiene en cuenta que, como antes lo indicábamos a propósito de los señores generales del Ejército Nacional, una de las recomendaciones acogidas por los miembros de la junta asesora, de la cual también hace parte y en calidad de presidente de la misma el señor Ministro de la Defensa Nacional, fue la de declararse impedidos y faltos de competencia para pronunciarse sobre el caso del Coronel Rincón”.

1.1.18. Dando respuesta a un derecho de petición interpuesto ante el Ministro de Defensa Nacional y el General Comandante de Ejército Nacional, en el que se les solicitaba información sobre los conceptos jurídicos acogidos y los trámites realizados en relación con el ascenso a Brigadier General del Coronel Gustavo Rincón, informó el Ejército Nacional -en oficio No. 27095 CEOJU-NG-702 de 15 de enero de 2004- que había acogido los conceptos del Jefe Jurídico del Comando del Ejército, de los Asesores Legales del Comando General de las Fuerzas Militares y del Asesor Jurídico del Ministerio de Defensa Nacional, conceptos que se fundamentaban en el artículo 66 del Decreto 1790 de 2000. Por su parte, el Ministerio de Defensa Nacional respondió -en oficio No. 562-MDJNG-720 de fecha 26 de enero 2004- que “en esta Secretaría General no se recibió, ni se tramitó proyecto de decreto de ascenso del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, al grado de Brigadier General, ni concepto jurídico al respecto”.

Para el apoderado del Coronel Rincón, “las dos informaciones son totalmente contradictorias. Por una parte, el Ejército Nacional manifiesta que se basó en los conceptos de los jefes de las oficinas jurídicas del comando del Ejército, del Comando General de las Fuerzas Militares y del Jefe Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional y por otra parte, el Ministerio de Defensa manifiesta que no existen conceptos jurídicos de ese Ministerio con respecto al ascenso del señor Coronel Rincón”.

1.1.19. Por su parte, el Director de Personal del Ejército informó, el 9 de enero de 2004, que “sobre el cumplimiento de la sentencia a favor del señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA, Me permito informar que de acuerdo con el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo fue enviada por competencia a la Oficina Coordinadora Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa quien se encargará de otorgar su respuesta”. Esta respuesta es, para el actor, abiertamente contradictoria con lo que expresó la Jefe de la Oficina Coordinadora

del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa, señalado en el acápite 1.1.15. precedente.

1.1.20. El 15 de enero de 2004, el Mayor General Orlando Carreño, Comandante del Ejército Nacional, respondió en los términos siguientes el derecho de petición del 26 de noviembre de 2003:

“sobre el cumplimiento de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca a favor del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera... Igualmente le informo que el Gobierno Nacional dentro de su potestad legal escogió libremente entre los candidatos a ascenso a Brigadier General, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 del Decreto 1790 de 2000, que dice: ‘ASCENSO A BRIGADIER GENERAL O CONTRALMIRANTE. Para ascender al grado de Brigadier General o Contralmirante, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina que posean el título de Oficial de Estado Mayor y además que hayan adelantado el ‘Curso de Altos Estudios Militares’ en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional’”.

Para el apoderado del Coronel Rincón, el Comandante del Ejército Nacional, “quien como miembro de la Junta asesora del Ministerio de Defensa ya se había declarado impedido para pronunciarse sobre el caso del Coronel Rincón, intenta, en enero 15 de 2004, dilatar de nuevo el cumplimiento del fallo esgrimiendo como argumento, para no ascender al grado de Brigadier General al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, la facultad discrecional consagrada en el artículo 66 del decreto 1790 de 2000”. Recuerda el actor que este argumento ya había sido invocado, “con el mismo objeto dilatorio, por parte del señor General Carlos Alberto Ospina Ovalle, Comandante del Ejército, el 28 de noviembre de 2002, para no llamar a Curso de Altos Estudios Militares (Curso Ascenso a Brigadier General), (...) y que fue oportuna y acertadamente desestimada mediante providencia de tutela por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por el H. Consejo de Estado. // Desafortunadamente, una vez más, es superior la terquedad y la soberbia de la administración, empeñada en no dar cumplimiento a la decisión judicial de enero 18 de 2002 ni a lo analizado en su contexto por el H. Consejo de Estado al resolver la impugnación de la anterior tutela, intentando revivir un debate sobre la facultad discrecional, el cual no tiene

objeto en este caso concreto, pues media una decisión judicial que está en firme y debidamente ejecutoriada, que ordena el ascenso al grado de Brigadier General del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera”.

1.1.21. En febrero de 2004 se promovió incidente de desacato del fallo de tutela del 3 de febrero de 2003 anteriormente referido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual desestimó su procedencia. Apelada esta decisión, el Consejo de Estado consideró que no había existido incumplimiento de dicho fallo por parte de la administración.

Afirma sin embargo el apoderado del Coronel Rincón que “la desestimación, en las dos instancias, de la existencia de incumplimiento de la sentencia de tutela de febrero 03 de 2003, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por parte de la administración, bajo ninguna circunstancia implica, que la administración esté exonerada del cumplimiento del fallo del 18 de enero de 2002 proferido por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el cual se ordenó el ascenso del Coronel Gustavo Rincón Rivera al grado de Brigadier General, cumplimiento que hoy se pide proteger a través de la presente acción”.

1.1.22. Como consecuencia de los anteriores hechos, solicita el apoderado que se tutelen los derechos del Coronel Rincón Rivera a la igualdad, al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, vulnerados por la negativa de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a dar cumplimiento efectivo a la decisión judicial adoptada el 18 de febrero de 2002 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Como consecuencia de dicha protección, solicita que “se ordene el inmediato y total cumplimiento de la sentencia de enero 18 de 2002 emanada del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca con ponencia de la Dra. Martha Betancur Ruiz expediente No. 99-3520, en la que se accedió a las pretensiones de mi defendido y se ordenó como restablecimiento del derecho el ascenso a Brigadier General (orden que aún no ha sido cumplida por la administración), como lo reconoció el H. Consejo de Estado en anterior sentencia de tutela cuando analizó el derecho que le asistía a mi poderdante de ascender a dicho grado y la manera como la administración ha querido abstraerse de su cumplimiento intentando causarle un perjuicio irremediable a mi poderdante”.

1.1.23. Sustenta el accionante su alegación de que se violó su derecho a la igualdad (art. 13, C.P.) con los siguientes argumentos:

(a) En la sentencia del 18 de enero de 2002 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se estableció en la parte motiva que al haberse demostrado la existencia de desviación de poder y falsa motivación como causales de nulidad en la expedición de los actos administrativos acusados, se accedería a las pretensiones de la demanda “en la forma solicitada por la parte actora”. Una de las pretensiones era la de que se condenara a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reintegrar al Coronel Rincón, “considerándolo en actividad para todos los efectos legales, con el ascenso que le corresponde al grado de Brigadier General, desde la fecha de su retiro...”; por lo tanto, deduce el apoderado del actor que la referida afirmación de la parte motiva significa que se ordenó el ascenso del Coronel Rincón a Brigadier General – aunque la Sala precisa que en la parte resolutive de la providencia en cita no se ordenó expresamente tal curso de actuación. Afirma el apoderado también que “así lo interpretó además el Consejo de Estado al decidir la impugnación contra la decisión de tutela que protegió el debido proceso al ordenar que mi poderdante fuera llamado a curso de altos estudios (ver pag. 41, providencia de abril 03/03)”.

(b) En este orden de ideas, recuerda el peticionario que la desviación de poder y falsa motivación encontradas por el Tribunal, que a su vez obraron como motivos para no haber llamado a curso y ascendido al Grado de Brigadier General al Coronel Rincón, “fue el haber denunciado casos de corrupción al interior del Ejército Nacional, tales como el de la Mona Rolla Jaller”. Para el apoderado, “como quedó probado a lo largo del proceso ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las denuncias hechas por el Coronel Rincón generaron un gran malestar entre los miembros de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, lo cual condujo a que la actitud proba, honesta y fiscalizadora de mi poderdante en lugar de ser valorada en su correcta dimensión, se convirtiera en un castigo contra él mismo”.

(c) Tal y como se ha demostrado en el expediente, “superados todos los obstáculos propuestos por la accionada para no dar cumplimiento a la sentencia de enero 18 de 2002, por fin, mi defendido, es admitido al curso de altos estudios para acceder al grado de Brigadier General como lo ordenó el fallo en comentario, compartiendo el mismo con los señores Oficiales: Guillermo Quiñones Quiroz, Justo Eliseo Peña Sánchez, Gustavo Matamoros Camacho, Hernando Pérez Molina, Roberto Pico Hernández, Lelio Fadul Suárez Tocarruncho, Luis Antonio Coronado León, Carlos Alejandro Rueda Gómez, Carlos Eduardo Avila Beltrán,

Gabriel Ernesto Arango Bassil, Flaminio O. Malaver Calderón, Julio Alberto González Ruiz, Marco Alberto Rodríguez M. Sin embargo, a pesar de que media decisión judicial que ordena proceder al ascenso inmediato del Coronel Gustavo Rincón Rivera al grado de Brigadier General, y que mi poderdante dentro del anterior grupo de alumnos de la Escuela Superior de Guerra, convocados a Curso de Altos Estudios, no solamente tuvo la misma capacitación, evaluación y reconocimiento mediante el grado de especialista de Seguridad y Defensa Nacional y cumplió satisfactoriamente el Curso de Altos Estudios Militares, conforme a certificaciones que se anexan, sino que además, es el Oficial más antiguo dentro de dicho curso de ascenso al grado de Brigadier General, el Coronel Rincón fue el UNICO Oficial que habiendo cumplido con todas las condiciones para ser General, no fue ascendido al Grado mencionado como sí lo fueron todos los otros oficiales que con él desarrollaron el curso de altos estudios, según Decreto 003445 del Ministerio de Defensa Nacional, violentando, entre otros, el derecho a la igualdad del Coronel Gustavo Rincón Rivera” (énfasis en el original).

(d) Continúa el apoderado: “Con la decisión adoptada por la Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional de no ascender al Coronel Rincón Rivera al grado de Brigadier General al cual tiene derecho sin que exista posibilidad para el Gobierno Nacional de alegar la existencia de facultad discrecional, pues la misma no puede ser utilizada en el caso del Coronel Rincón en razón a que existe una sentencia judicial que, precisamente, ordenó se restableciera el derecho de mi poderdante a través del ascenso al grado de Brigadier General, la administración está desconociendo los fallos judiciales, poniendo en peligro el Estado de Derecho, vulnerando los derechos ampliamente reconocidos a mi poderdante por los diferentes tribunales y desafiando las decisiones de los jueces a través de maniobras oscuras encaminadas a revivir debates, en los cuales ya fueron vencidos. // En efecto la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional insiste, tercamente, en escudar su incumplimiento de la sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el trato discriminatorio que le ha dado durante los últimos cinco años a mi poderdante, sobre el argumento de que el ascenso es una facultad discrecional o de mera liberalidad del Gobierno Nacional, lo cual, como ya lo reconoció el mismo Consejo de Estado en su providencia de tutela, es intentar revivir un debate que ya fue dirimido a favor del Coronel Rincón y que no admite por su claridad y firmeza ningún tipo de debate adicional. A este respecto el H. Consejo de Estado manifestó: ‘...si lo que pretende el Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional es retomar la discusión de la controversia y de la sentencia así proferida, debe manifestarse que éste no es el momento ni la vía para hacerlo, como sí lo era en su

oportunidad el recurso de apelación contra la sentencia del 18 de enero de 2002, medio de defensa que la entidad demandada no ejerció...’ (Fallo de segunda instancia 03T-0030, f. 43)”

(e) Para el representante del Coronel Rincón, “todo parece indicar que el malestar que se generó al interior de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional por el actuar de mi representado en el año de 1999, no ha desaparecido con los años y por tal razón, en el año 2003, el coronel Rincón fue medido con un rasero diferente al de los demás señores oficiales que realizaron el curso de altos estudios militares violentando su derecho fundamental a la igualdad. Si no, cómo explicar la renuencia de la Presidencia de la República y de los miembros de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional para, en primer lugar, llamar a curso de altos estudios militares al Coronel Rincón (derecho que solo logró hacerse respetar a través de una Acción de Tutela) y hoy, para ascenderlo al grado de Brigadier General, a pesar de mediar sentencia judicial que así lo ordena de manera expresa y de ostentar calidades militares, profesionales y humanas ampliamente reconocidas (anexo hoja de vida y diplomas profesionales)” (énfasis en el original).

(f) En consecuencia, se afirma en la demanda de tutela que “es evidente que ha existido DISCRIMINACION para el accionante por el hecho de haber denunciado casos de corrupción y principalmente por haber logrado en franca lid y dentro de los procedimientos legales y judiciales debidos, el reconocimiento de su derecho a ser ascendido al Grado de Brigadier General. En efecto el reconocimiento judicial de su derecho a ascender al grado de Brigadier General ha generado malestar al interior del gobierno nacional y los miembros de la junta asesora del Ministerio de Defensa, quienes al parecer consideran dicha situación, como un desafío a los poderes que desde siempre ellos han considerado absolutos e incontrovertibles y que por ende pretenden defender, aún a costa de vulnerar los derechos del Coronel Rincón y de poner en peligro el Estado de Derecho, por medio el desconocimiento de un fallo judicial en firme y debidamente ejecutoriado”.

(g) Recuerda el apoderado que en la Carta Política se enumeran una serie de factores que en ningún caso podrán ser utilizados como causa de discriminación, y que corresponde al juez de tutela verificar la materialización del principio constitucional de igualdad; con base en ello, afirma que tal derecho ha sido violado en el caso del Coronel Rincón, “a quien es claro, al no ascenderlo al grado de Brigadier General, lo discriminaron por el hecho de ser hombre

probo". El Coronel Rincón se encontraba en igualdad de circunstancias con sus compañeros del Curso de Altos Estudios, "quienes igualmente aprobaron satisfactoriamente y con idénticas calidades y lleno de requisitos a los del hoy accionante y, quienes si gozaron del reconocimiento y ascenso al grado inmediato de Brigadier General, no obstante que para el caso particular, media decisión judicial en tal sentido que demuestra, más aún, tal violación".

1.1.24. La afirmación de la demanda según la cual se ha violado el derecho al debido proceso (art. 29, C.P.) del Coronel Rincón, se sustenta en el hecho de que no se ha dado cabal y total cumplimiento a la pluricitada providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 18 de enero de 2002, la cual –según la demanda- ordenó el ascenso del Coronel Rincón al grado de Brigadier General. Precisa el apoderado que "por una parte media una decisión judicial en firme y ejecutoriada que aun no ha sido cabalmente cumplida y por otra parte, existe un inadecuado trámite administrativo en el cual han sido adelantadas ciertas actuaciones para eludir el cumplimiento de la sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no obstante existir un pronunciamiento del H. Consejo de Estado contenido en providencia de abril 3 de 2003, quien adelantó un amplio estudio de la situación determinando que se debe cumplir de manera total la providencia de enero 18 de 2002 ascendiendo al grado de Brigadier General al Coronel Rincón Rivera". El apoderado cita a este respecto el pronunciamiento del Consejo de Estado en mención, en cuyas páginas 41 y 43 se lee:

"...a juicio de la Sala, es claro que en la sentencia del 18 de enero de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que quedó ejecutoriada e hizo tránsito a cosa juzgada en razón de la no apelación por parte de la entidad demandada, sí se ordenó como parte del restablecimiento del derecho al demandante, no sólo su reintegro al cargo y grado que ocupaba antes de haber sido retirado del servicio, sino también que fuera llamado al curso de altos estudios militares, es decir, a curso para ascenso al grado de Brigadier General, por que así lo dispone la parte resolutive del fallo, en armonía con la parte motiva de la providencia que la precede y le sirve de fundamento y, el contenido de las pretensiones de la demanda, las que el juzgador estimó fundadas y procedentes (...). Con esa motivación, sin reserva ni excepciones, el juzgador decidió acceder a las pretensiones de la demanda que, como ya se indicó, contenían la solicitud de ascenso al grado inmediatamente superior, para lo cual es menester la realización y aprobación previa de un curso de altos estudios

militares. (...) No se trata entonces de una aclaración de la sentencia, como alega en la impugnación del fallo de tutela el Ejército Nacional, sino simplemente la constatación de lo decidido en la citada providencia judicial, cuyo contenido y alcance sobre el punto en cuestión, no ofrece motivo de duda”.

Precisa el apoderado del Coronel Rincón que, no obstante la claridad y contundencia de las providencias de las distintas autoridades judiciales que se han pronunciado sobre el caso, “en noviembre de 2003 la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, escudado en una supuesta facultad discrecional, que como ya se indicó es inaplicable en el caso particular del Coronel Gustavo Rincón Rivera por existir orden judicial que ordena su ascenso al grado de Brigadier General, decidió no ascender al Coronel Rincón al grado mencionado, en abierta y franca rebeldía contra la decisión judicial que así lo ordena. (...) De esta manera, el derecho que le fue conculcado al Coronel Rincón en 1999 por su categórica y firme oposición a los casos de corrupción dentro del Ejército Nacional y que el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró debía ser restablecido mediante el ascenso al grado de Brigadier General, hoy, por un capricho del Alto Mando Militar y del Presidente de la República, empeñados en no reconocer que sus poderes dentro del Estado de Derecho son limitados, continúa siendo conculcado; desconociendo, no sólo la orden judicial, sino además las sobradas calidades militares y profesionales del Coronel Gustavo Rincón Rivera (el Coronel Rincón es el único entre los oficiales que con él adelantaron el curso de altos estudios militares que ostenta dos títulos universitarios y varias especializaciones), las cuales podría poner al servicio de la institución y de la patria, dentro de la tan mentada modernización de las Fuerzas Militares, si el gobierno nacional no insistiera en desconocer los fallos judiciales”. Se recuerda en este punto que en un Estado de Derecho, absolutamente todos los servidores públicos, independientemente de su jerarquía, están obligados a acatar las decisiones judiciales en firme, “sin que puedan entrar a evaluar su contenido o establecer si la comparten o no, puesto que dicho proceder forma parte del debido proceso, conocido éste, como la ejecutoria de la decisión judicial cuya omisión acarrea consecuencias y responsabilidades (...) además de constituir un fraude o violación al acceso a la administración de justicia”.

1.1.25. En relación con el derecho del Coronel Rincón al acceso a la administración de justicia (art. 229, C.P.), se precisa en la demanda que éste ha sido desconocido por el hecho de que la orden contenida en el fallo del 18 de enero de 2002 del Tribunal Administrativo de

Cundinamarca “no se ha hecho efectiva en toda su extensión. (...) En efecto, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional no ha cumplido con la orden judicial que dispuso el ascenso del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera al grado de Brigadier General”, pese a tratarse de un fallo judicial en firme. “La administración ha entrado a evaluar la oportunidad del fallo judicial y con dicha actuación ha violado no solo los derechos que en la providencia fueron protegidos sino que a la vez impiden, en desmedro del Señor Oficial Gustavo Rincón, el libre acceso a la administración de justicia”. Se cita a este respecto lo dispuesto en la sentencia T-1686 de 2000 de la Corte Constitucional.

Precisa el apoderado que “la administración ante sí y sin razón jurídica alguna, tomó solo parte de la providencia para acomodar a su querencia el reintegro del oficial y la orden de pago de los haberes dejados de percibir por el mismo, pero no manifestó nada sobre la orden judicial de llamarlo al curso de altos estudios, la cual sólo fue cumplida a regañadientes (ver acta junta ministerio de defensa de 01-05 de 2003), después de la interposición de una acción de tutela, y hasta hoy, con respecto al cumplimiento de la orden de ascenso del Coronel Gustavo Rincón Rivera al grado de Brigadier General, en forma ilegal, violando los derechos fundamentales del accionante, e interpretando a su acomodo, manifiestan, para el presente caso, que existe absoluta liberalidad por parte del Presidente de la República, de ascender o no al Señor Oficial, cuando de suyo ya está en la obligación de hacerlo, por cuanto la Jurisdicción así lo ordenó mediante las distintas providencias que en repetidas oportunidades aquí se han transcrito. Es decir dicha potestad le está vedada, pues fue el debate que ampliamente se examinó por los más altos Tribunales de lo Contencioso Administrativo para descalificar la actuación de la Administración, y no puede ahora intentar hacer uso de las facultades discrecionales o de la mentada liberalidad esta vez a las providencias judiciales” (sic). De allí se concluye que “las decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas no pueden quedar al albedrío interpretativo de la parte vencida, ni de mecanismos dilatorios para su cumplimiento, puesto que, dicho proceder, es un fraude a la decisión judicial que acarrea diferentes responsabilidades de carácter penal, disciplinario y civil y atenta directamente contra el acceso a la administración de justicia en conexidad con el derecho fundamental al debido proceso.”

1.1.26. Finalmente, para justificar la procedencia de la acción de tutela en este caso, se afirma en la demanda que se ha acudido a esta vía procesal como mecanismo transitorio para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, derivado del no cumplimiento de la

orden judicial de enero 18 de 2002, y consistente en que “conforme al régimen de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, el hecho de sobrepasar la edad de 55 años en el grado de Coronel, edad que alcanza el afectado Coronel Rincón Rivera el próximo 18 de abril de 2004, obliga a la institución a retirarlo del servicio activo (Decreto Ley 1790 de 2000, artículo 105). Y con seguridad, el argumento que esgrimirá el 19 de abril de 2004 la Administración, para justificar la decisión de no poder cumplir la sentencia será que el Coronel Rincón supera la edad que, como Coronel, obliga a la institución a retirarlo del servicio activo”.

Enfatiza a este respecto el accionante que “de las pruebas que aportamos para apoyar la presente acción se puede colegir, con inmensa facilidad, que la estrategia utilizada por la accionada para no dar cumplimiento a la decisión judicial del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca no es otra, que la de dilatar el tiempo para así hacer imposible el cumplimiento del requisito de la edad de 55 años e imposibilitar el cumplimiento de la sentencia en lo referente al ascenso del Coronel Gustavo Rincón Rivera al grado de Brigadier General”.

Cita a este respecto la sentencia T-777 de 1998, en la que la Corte señaló que “no resulta justo ni jurídico imponer al ciudadano la carga de iniciar otro proceso judicial, para lograr el cumplimiento de los derechos que previamente le han sido reconocidos en otro juicio”.

1. Pruebas aportadas por el demandante.

A la demanda de tutela bajo estudio se adjuntó copia de las siguientes pruebas documentales, que se presentarán en orden cronológico para mayor claridad:

1.2.1. Poder especial conferido por Gustavo Rincón Rivera a Juan Fernando Espinosa Restrepo para interponer en su nombre la acción de tutela de la referencia.

1.2.2. Copia del registro civil de nacimiento del Coronel Gustavo Rincón Rivera, donde consta que nació el día 18 de abril de 1949.

1.2.3. Copia de la Hoja de Vida del Coronel Gustavo Rincón Rivera, expedida en formato del Ejército Nacional. De esta hoja de vida la Sala extracta, por su pertinencia para el presente

proceso, la siguiente información:

1.2.3.1. Su primer ascenso dentro de la institución lo recibió el 15 de enero de 1968. Desde entonces ascendió todos los grados de la jerarquía militar hasta llegar al de Coronel, que ocupó por nombramiento efectuado mediante Decreto 2647 de 1994, y del cual tomó posesión el día 12 de junio de 1994.

1.2.3.2. El Coronel Rincón ha aprobado varios cursos, a saber: (a) mantenimiento y reparación de armas (1983), (b) Comando 1ª Fase (1984), (c) Comando 2ª fase (1984), (d) armamento (1982), (e) Capacitación Avanzada 1ª. (1978), (f) Avanzado Material de Guerra (1987), (g) Examen de Admisión “Escuela de Guerra” (1988), (h) Estado Mayor (1989), (i) Desarrollo Ejecución Logística (1992), (j) Internacional de Defensa (1994), (k) Básico de apoyo Logístico (1993), (l) Alta Gerencia (1995-1996), (m) Contratación Estatal (1996), (n) Informática (1989) y (o) Inglés (1992).

1.2.3.3. En cuanto a estudios profesionales y especialidades, consta que el Coronel Rincón se graduó de los programas de (a) Alta Gerencia de la Universidad de los Andes (1995-1996), (b) Profesional en Ciencias Militares de la Escuela Militar de Cadetes (1997), y (c) Economía de la Universidad Militar “Nueva Granada” (1986).

1.2.3.4. El Coronel Rincón ha ocupado los siguientes cargos dentro de la institución: (a) Director del Fondo Rotatorio del Ejército (1994-1997), (b) Jefe de Departamento del Comando General de las Fuerzas Militares (1994), (c) Jefe de División del “Gab. Mindefensa” (1993-1994), (d) Comandante de Batallón (1989-1992), (e) Jefe de la Sección Administrativa de la Dirección de Armamento (1988), (f) Segundo Comandante de Batallón (1986-1987), y múltiples otras posiciones.

1.2.3.5. Se le han conferido las siguientes condecoraciones: (a) la Orden del Mérito Militar Antonio Nariño en grado de Oficial (1987), (b) la Orden del Mérito Militar José María Córdoba en grados de Oficial (1980) y Comendador (1991), (c) las Medallas por Tiempo de Servicios correspondientes a los quince, veinte y veinticinco años, la última de las cuales se le impuso en 1996, (d) la Medalla Santa Bárbara (1981), (e) la Medalla Vanguardia Ejército Libertador (1982), y (f) la Medalla al Mérito Fondo Rotatorio del Ejército (1998).

1.2.3.6. En el acápite de “Felicitaciones” consta que al Coronel Rincón se le han otorgado,

desde el año de 1971, ciento cinco (105) felicitaciones por diversos motivos de excelencia.

1.2.3.7. Consta que al Coronel Rincón no se le ha impuesto ninguna sanción desde que se encuentra vinculado a la institución.

1.2.4. Se adjuntó copia de los siguientes diplomas, constancias y certificaciones profesionales del Coronel Rincón:

1.2.4.1. Diploma de Abogado, conferido por la Universidad La Gran Colombia en diciembre de 2003, con la correspondiente acta de grado.

1.2.4.2. Certificaciones expedidas por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia donde consta que el Coronel Rincón asistió a los cursos de actualización en las áreas de Penal y Privado en agosto-septiembre 2003.

1.2.4.4. Diploma de Alta Gerencia dado el 22 de octubre de 1996 por la Universidad de los Andes a Gustavo Rincón Rivera.

1.2.4.5. Acta de Grado como Profesional en Ciencias Militares, expedida a nombre de Gustavo Rincón Rivera por la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdoba” – Facultad de Ciencias Militares.

1.2.4.6. Certificación de que al Coronel Gustavo Rincón le fue conferida la Medalla al Mérito Fondo Rotatorio del Ejército.

1.2.4.7. Diploma de Honor conferido por la Intendencia General del Ejército Nacional al Coronel Gustavo Rincón, “como reconocimiento al trabajo presentado en el Concurso Institucional para mejorar la Capacidad Operativa de la Fuerza, ocupando el primer puesto” (10 de junio de 1991). También se adjunta copia de una Mención Honorífica otorgada por el mismo concepto en junio de 1992.

1.2.4.8. Diploma conferido por la Universidad Militar Nueva Granada al Coronel Gustavo Rincón, por haber cumplido con los requisitos del Diplomado en “América Latina: Tensiones y Conflictos Contemporáneos” (26 de julio de 2003).

1.2.4.9. Certificado de Estudios expedido por la Décima Tercera Brigada – Escuela de

Infantería a nombre de Gustavo Rincón Rivera, donde consta que éste aprobó el Curso de Ascenso a Mayor “con resultados excelentes” (13 de noviembre de 1984).

1.2.4.10. Diploma de Honor conferido a Gustavo Rincón por la Intendencia General del Ejército Nacional el 8 de junio de 1992, “como reconocimiento al trabajo presentado en el Concurso Institucional para Mejorar la Capacidad Operativa de la Fuerza, ocupando el Primer Puesto en el Area de Armamento”. También se confirió, en la misma fecha y por la misma dependencia, un Diploma de Honor “como reconocimiento al trabajo presentado en el Concurso Institucional para mejorar la Capacidad Operativa de la Fuerza, ocupando el primer puesto general en concurso institucional”.

1.2.5. Escrito de intervención de la Procuraduría Octava Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Coronel Gustavo Rincón Rivera, con fecha 5 de octubre de 2001. En esta intervención, luego de efectuar un recuento de los hechos y alegaciones del demandante, de las pruebas documentales existentes en el expediente y de las principales líneas jurisprudenciales relevantes de Consejo de Estado, afirma la Procuraduría:

“En las anteriores circunstancias, esta Procuraduría encuentra probados los motivos de retaliación que tuvo en cuenta la Administración para no incluir al Coronel Gustavo Rincón Rivera, en el grupo de Oficiales de las Fuerzas Militares para integrar el curso de altos estudios Militares. Y posteriormente el retiro el servicio activo de Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicio, y dentro de este contexto considera que se configura la causal de desvío de poder alegada por el demandante, lo que llevará a declarar la nulidad del acto enjuiciado.

Es claro para este despacho que lo que inspiró los actos administrativos de no incluir al actor en el grupo de oficiales de las Fuerzas Militares para integrar el curso de altos estudios militares y su posterior retiro del servicio al oficial por llamamiento a calificar servicios, previo concepto de la junta del Ministerio de Defensa Nacional, tal actuación no estuvo inspirada en razones del buen servicio público, todo lo contrario estuvo animada por intereses ocultos ajenos del mismo, reveladores de la desviación de poder, pues desde el año de 1998, se venía formando una serie de tácticas tendientes a obstaculizar el ingreso al

curso de altos estudios militares al demandante Coronel Rincón Rivera, ‘...por su decidida actitud en cumplimiento del servicio y cuidado con el patrimonio público...’. Esto lo puso en evidencia el cúmulo de prueba documental allegada al proceso; en todo caso con el retiro del servicio del accionante y el llamamiento de calificar servicio al mismo, en ningún momento se pretendió salvaguardar la adecuada prestación de los servicios públicos del Ministerio de Defensa Nacional.

En el proceso está demostrado, que la no inclusión en la selección de alumnos para el curso de altos estudios de 1999, no obedeció a ninguna deficiencia del oficial, pues según las manifestaciones del mismo comandante del Ejército Nacional, señalaba ‘...lo anterior no demerita las condiciones profesionales y cualidades personales que caracterizan al señor oficial’, sino a razones distintas como lo expresaba el actor en la misiva que dirigió al mismo General el 25 de enero de 1999, en la cual reclamaba por la injusta decisión.

Es así que por las actuaciones que dan cuenta los escritos reseñados en acápites anteriores que presentó el demandante Rincón Rivera el 8 de febrero y 5 de marzo del mismo año, el oficial se vio avocado a solicitar el retiro del servicio activo, no reitero tales razones, pues allí están consignadas en detalle y que son la causa del retiro del servicio. Resaltando la desviación del poder con que fueron expedidos los actos en conflicto.

Es así, como el accionante el 5 de marzo de 1999 el Coronel Rincón Rivera, presenta la solicitud de retiro del servicio y simultáneamente el mismo 5 por oficio 59840 rubricado por el comandante del Ejército Nacional, le manifiesta que la misma junta asesora tomó la decisión de llamarlo a calificar servicio.

En el proceso está demostrado a través de la prueba documental y testimonial los vicios que incurrió la administración y que en forma clara establecen un nexo de causalidad entre la actitud asumida por los Generales Ruiz Navarro, y Ermo Filo Rodríguez (haciéndole campaña de descrédito) y el no llamamiento al Curso de Altos Estudios del Accionante.

Además de la actitud deshonestas de los altos oficiales, mencionados en el acápite anterior que fueron al extremo de inmoralidad al no declararse impedidos para hacer parte de la junta de Generales que es conformada por todos los oficiales activos en grado de General y que es la famosa junta asesora donde se teje toda clase de intrigas, tráfico de influencias y conveniencias que le dice al Ministro de Defensa, que oficiales deben ser llamados a cursos

de altos estudios y cuáles deben ser retirados del servicio por llamamiento a calificar servicio.

Es decir que existe nexo de causalidad entre estas circunstancias y el no llamamiento de calificar servicios del actor (sic), como quiera que se buscó mediante la facultad discrecional por necesidad o mejorar el servicio, disfrazar el verdadero propósito de la administración que no era otro que sancionar y condenar sin ser escuchado y vencido en juicio al demandante, por una conducta injustamente atribuida por quienes se vieron afectados al no recibir las jugosas comisiones que le demandaban la ejecución de contratos que no se llevaron a cabo por la atinada gestión del actor, situación que se puede deducir con toda claridad de lo referido por los testimoniantes.

No cabe la menor duda, que a través de diferentes hechos indicadores probados todos en el proceso, concordantes y serios, unidos en causalidad previos y posteriores, deduce este despacho sin lugar a dudas indicios del motivo oculto en que incurrió el propio Comandante General de las Fuerzas Militares como quedó demostrado, induciendo en error al mismo Ministro de Defensa, quien a la luz del análisis del proceso de selección, es un espectador y notorio que da fe de los resultados que produce la junta asesora conformada por todos los oficiales en el grado de Generales, indicio del motivo oculto que constituye el vicio de nulidad del acto administrativo por desviación de poder, por lo cual ha de prosperar la impugnación de dicho acto con las consecuencias del restablecimiento del derecho del actor lesionado.

Las pruebas en referencia, relacionadas, analizadas y ponderadas precedentemente, muestra en verdad, que el acto administrativo acusado, o sea la no inclusión del coronel Gustavo Rincón Rivera en el grupo de oficiales de las Fuerzas Militares para integrar el curso de altos estudios militares y el retiro del servicio activo del Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicios, no se profirió con miras al buen servicio público, sino como represalia por que ella no se ha vino (sic) con las irregularidades que rodearon la expedición de los actos administrativos acusados de que tanto se ha hablado en este concepto, así se argumentó, y ello es obvio por el apoderado de la parte demandada que se obró dentro de la facultad discrecional que la ley le acuerda a la administración.

De aquí que la doctrina y jurisprudencia haya dicho, al respecto, Estado, como poder institucionalizado y poder soberano al tiempo tiene, por un lado, la capacidad inherente de

auto-organizarse y establecer el orden jurídico, es decir, de ser 'estado en derecho', y por otro la capacidad de auto-limitarse, esto es, de someterse a su propia legalidad y conformarse, por ello, 'de estado en derecho'.

Por eso los doctrinantes y la jurisprudencia son acordes en afirmar que los cometidos del Estado, particularmente atienda a su función administrativa (sic) se realiza o debe efectuarse dentro de la constitución y la ley.

La discrecionalidad no es absoluta, como que ella, al decir también de la doctrina y jurisprudencia presenta algunas limitaciones, primordialmente en cuanto al fin de la actividad administrativa y en cuanto al desenvolvimiento de la actividad administrativa (...).

En este orden de ideas considera este despacho, que la exclusión del Coronel Gustavo Rincón Rivera, en el grupo de oficiales de las Fuerzas Militares para integrar el curso de altos estudios Militares y su posterior retiro del servicio activo del Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicios, con fecha 1 de abril de 1999, se profirió no inspirada en el ánimo del buen servicio público, sino con el oculto propósito de venganza por la actitud adoptada, por el oficial ante el descubrimiento de irregularidades protagonizadas por sus superiores, los Generales Ruiz Navarro y Ermófilo Rodríguez Rodríguez. Se afirma que normatividad relacionada con el Ministerio de Defensa que allí se invoca (art. 64 del decreto 1211 de 1990), el Ministerio de Defensa estaba facultado para integrar el curso de altos estudios militares y el Presidente de la República por virtud de los artículos 128-3, 132, literal a) numeral 3, y 132 del mismo decreto, no consagra el ejercicio arbitrario del poder nominador.

En fin, para esta Procuraduría dada la situación previa del actor los hechos que generaron un enfrentamiento entre superiores y subalternos, es decir entre los Generales y el actor, su vecindad en el tiempo, sirven para establecer la relación de causalidad entre ellos y la no inclusión en el curso de altos estudios y separación temporal de la institución y el llamamiento a calificar servicios del actor.

Habiéndose logrado desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, aquí analizado en criterio de este Ministerio Público se solicita a la H. Corporación acceder a las súplicas de la demanda porque se configuró la desviación de poder."

1.2.6. Copia de la sentencia proferida el 18 de enero de 2002 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Coronel Gustavo Rincón Rivera en contra de ciertos actos de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Por tratarse de la providencia que el peticionario cita reiteradamente en su demanda para sustentar sus alegaciones, se reseñará en detalle en los apartados siguientes:

1.2.6.1. En el acápite de “Hechos”, se describe así la situación que llevó al Coronel Rincón a promover el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho:

“(…) Hace alusión al contenido de la Hoja de Vida del demandante, de donde resalta las condecoraciones y felicitaciones de las cuales fue objeto ‘por su buen desempeño laboral, planeación y organización de trabajo, espíritu de colaboración...’ y que, en la misma ‘...no figuran sanciones ni suspensiones algunas...’, reconocimientos que lo hicieron merecedor de varias comisiones al exterior (Brasil, Estados Unidos, Corea este (sic), Chile). Así mismo, destaca la ‘excelente’ labor desempeñada con rectitud, en el Fondo Rotatorio del Ejército Nacional y, con tal dedicación de la magnitud que ‘...en casos tan trascendentales como denunciar ante las autoridades el millonario fraude del que fue víctima la institución en el sonado caso de la ‘Mona Jaller’, entre otros, su consagración fue de tal magnitud que esto generó toda clase de enemistades...’.

Comenta, como al llegar al momento profesional requerido para que el señor Coronel, hoy demandante, debiera ser llamado a Curso de Altos Estudios Militares para el año de 1999, recibió la nota No. 74301 CEDE 1 – OF – 109 de septiembre 3 de 1998 suscrita por el señor General Jorge Enrique Mora Rangel, Comandante del Ejército Nacional, comunicándole, sin ninguna motivación: ‘...que el día 28 de agosto la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, tomó la decisión de llamarlo a calificar servicios...’, decisión que le fue comunicada el día 09 de octubre de 1998 mediante Acto Administrativo contenido en el oficio No. 79279 CEDE 1 – OF-109, respecto de cuyos actos considera que ha sido violado el artículo 44 del C.C.A., al no haber sido suministrada copia que le permitiera conocer el sustento de la decisión y tener la posibilidad de ejercitar los recursos de ley a que hubiere lugar.

Relata lo relativo a la situación generada en razón y por motivo de haber ejercitado una

adecuada función fiscalizadora de las actividades desempeñadas por su antecesor General Ruiz Navarro y a las obras dirigidas controladas y recibidas de acuerdo con las especificaciones acordadas, por el señor General Hermófilo Rodríguez Romero, quien para dicha época era el Director de Ingenieros, a lo cual concluye que: ‘...las irregularidades encontradas por mi cliente en el desempeño de sus labores lo llevó (sic) a iniciar acciones judiciales ante diferentes autoridades entre ellas el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, la Fiscalía General de la Nación, como es el caso de ‘la mona Rolla Jaller’, esto generó rencores en los oficiales antes mencionados quienes formaron parte del Cuerpo de Generales reunidos en Santafé de Bogotá, el día 26 de octubre de 1998...’.

Igualmente, hace referencia a carta de Luis Hernando Villalobos, proveedor del Fondo Rotatorio del Ejército Nacional, enviada al señor Ministro de Defensa ‘...en el sentido de haber sido requerido de manera intempestiva por el señor General Ruiz Navarro, a efecto de que manifestara si fue chantajeado, presionado o solicitado dinero por parte del Coronel Rincón Rivera (sic), para favorecer la empresa con la empresa de sus productos (sic). Refiere este testigo, que fue llevado al Comando General donde se le preguntó lo mismo. Finalmente recalca mi mandante que fue su intervención honesta el obstáculo que no le permitió culminar su sobresaliente carrera militar como consta en su hoja de vida, con lo cual se ve afectado en su amor propio, su honor militar y el de su familia...’.

Luego de relatar lo relativo a la expedición de la Resolución No. 0009 de enero 8 de 1999 y la petición de inconformidad hecha por el actor y de la cual no tiene información de respuesta a la fecha de la presentación de la demanda concluye exponiendo que: ‘...con los hechos narrados anteriormente, se deja ver a todas luces que las diferentes decisiones proferidas tanto por el cuerpo de Generales reunidos en Santafé de Bogotá y la Honorable Junta Asesora, estuvieron viciadas en razón a que algunos de sus miembros estaban impedidos para emitir concepto respecto a mi representado. Tal como se puede constatar de manera concreta en la carta suscrita por el señor Luis Hernando Villalobos, quien con nombre propio señala al señor General Ruiz Navarro, como la persona que de manera intempestiva lo llevó hasta el Comando General para que manifestara comportamientos irregulares de mi cliente, como éste mismo lo relata en comunicación enviada al señor Ministro de Defensa Nacional, calendada enero 12 de 1999, por lo anteriormente expuesto se creó malestar en quienes intervinieron en el proceso de selección, de lo contrario cómo se explica que mi representado halla (sic) recibido a través del Comandante del Ejército en menos de un mes dos

pronunciamientos de la mencionada Junta uno negativo y uno positivo y posteriormente fuera llamado a calificar servicios sin explicación de ninguna naturaleza...’.

1.2.6.2. En la sección titulada “Consideraciones”, luego de hacer un copioso recuento de los argumentos de la demanda, de la contestación de las entidades demandadas y del material probatorio que obraba en el expediente, el Tribunal se pronunció así:

“(…) Observado el abundante acervo probatorio arrimado al proceso, es necesario tener claro, que de su contenido, se desprenden dos situaciones respecto del demandante, cual es la de no haber sido llamado al curso de altos estudios militares para 1999 y, la lógica consecuencia que de dicha situación se genera, cual era su permanencia en actividad que dio lugar a la solicitud de retiro por voluntad propia, pero que fuera tramitada por la administración como llamamiento a calificar servicios.

En cuanto hace referencia a el llamamiento al curso de altos estudios es de anotar que, conforme ya se había expuesto, el Decreto 989 de 1992 -junio 10- ‘por el cual se reglamentan algunas disposiciones del Decreto 1211 de 1990, Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares’, en su artículo 38, dispone: ‘...Artículo 38. Ingreso al curso de altos estudios militares.- Para los efectos de ingreso al curso de que trata el artículo 64 del decreto 1211 de 1990, el Coronel o Capitán de Navío, debe llenar los siguientes requisitos: // e) Ser diplomado como Oficial de Estado Mayor. f) Haber sido clasificado en lista número 1, 2 o 3 para ascenso al grado de coronel o Capitán de Navío y haberse mantenido en estas listas de clasificación durante los años de permanencia en dicho grado; g) ser propuesto por los Comandos de Fuerza, previo estudio de las condiciones profesionales, morales e intelectuales del candidato; h) Contar con el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa...’.

De la anterior exigencia es obligatorio deducir que, el Coronel y hoy demandante, Gustavo Rincón Rivera cumplió los requisitos exigidos en la norma, en cuanto hace referencia a estudios, clasificación en lista 1, 2 o 3 durante los años de permanencia en el grado de Coronel pero, no fue propuesto por el Comando de Fuerza no obstante sus condiciones profesionales, morales e intelectuales que posee y, las cuales ha demostrado dentro del proceso, que lo hacían merecedor de dicho derecho. La última de las exigencias, es decir el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, casi constituye un

formalismo, pues al no haber sido propuesto por el Comando de Fuerza ésta, la Junta, no se detiene en el estudio del concepto favorable.

En las anteriores circunstancias, se pregunta la Sala, cómo un miembro de las Fuerzas Militares tan distinguido, con la absoluta capacidad profesional, preparado, sin tacha objetiva de ninguna índole, con una rectitud a toda prueba en el manejo administrativo, con el sinnúmero de felicitaciones y condecoraciones soportadas en su Hoja de Vida y con una única apreciación de EXCELENCIA a lo largo de su carrera militar, no fuera siquiera propuesto para el Curso de Altos Estudios, punto que, conforme ha sido alegado deberá ser analizado, ya que el buen servicio público estaría garantizado con personas de dichas calidades morales y profesionales, y la discrecionalidad invocada por la administración y esgrimida como defensa en el proceso, no puede violar derechos cosechados durante más de treinta (30) años de labores, privando de paso a la sociedad de la garantía que genera un buen funcionario.

Se encuentra plenamente demostrado al proceso que el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera en el desempeño del cargo de Director del Fondo Rotatorio del Ejército optó por moralizar dicho estamento, haciendo seguimiento de control de calidad a las obras licitadas y adjudicadas, controlando los proveedores, las licitaciones y revisando contratos donde estaban en juego sumas altísimas y, donde se comprometió el actuar de algunos Generales y Oficiales de insignia que, al no poder controvertir el correcto actuar del demandante, montaron toda una estrategia de retaliación que dio sus frutos bajo la sombra del ejercicio discrecional debidamente manipulado.

Las actuaciones previas a las decisiones de llamamiento a calificar servicio –reconsideración de dicho llamamiento – no llamamiento a curso de altos estudios que abocó a la solicitud de retiro al actor y, el hecho de no haber decidido su solicitud de retiro sino ser llamado a calificar servicios como decisión final, demuestran el ánimo que poseían algunos altos mandos en contra del Coronel Rincón Rivera, lo cual permite a esta Sala considerar la existencia de motivos ocultos diferentes a la garantía de un buen servicio público.

Las declaraciones arrimadas al proceso y, las extraproceso allegadas al expediente, son claras y contundentes en precisar el excelente comportamiento del demandante, sus excelentes calidades personales y profesionales, los resultados alcanzados en cada una de

sus actividades y, sobre todo, el coraje para desenmascarar ciertos personajes que abusan del poder y se enriquecen a costa de las arcas del Estado mediante el sistema de contratación (...).

Los intereses comprometidos en el proceder denunciado, generaron uso abusivo del poder, al amedrentar a un proveedor que tuvo el suficiente valor cívico de desvirtuar la farsa que se estaba montando en contra del Coronel previo a la Junta Asesora del Ministerio, pero que no obstante su claridad, sembró dudas, indispuso y generó el mal ambiente que diera lugar al no llamamiento a curso y posterior retiro del Coronel Gustavo Rincón Rivera.

No es lógico que a un oficial de las calidades del actor, en el curso de un mes, se le subestime llamándolo a calificar servicios y luego reconsideren tal decisión para volver a maltratarlo posteriormente, cerrándole el camino para acceder al grado superior, no llamándolo al curso de altos estudios, sin que exista justificación alguna, ni se deje constancia en su Hoja de Vida, diferente a la de llamarlo a calificar servicios, lo cual constituye, subjetivamente, la única sanción en su larga carrera militar.

La defensa de la administración, sólo se limitó a mencionar la existencia de discrecionalidad, de manera débil y sin argumento jurídico alguno que permita desvirtuar la existencia de abuso y desviación de poder – falsa motivación ocasionados por los motivos ocultos que el demandante ha logrado demostrar a lo largo del presente proceso, mediante las pruebas que no fueron controvertidas, salvo oposición a la tasa de los valores indemnizatorios dictaminados técnicamente.

(...) El ente demandado, no demostró, dentro del proceso, cómo y en qué forma pretendía mejorar el servicio público, mientras que el Coronel Rincón sí probó su excelencia en el servicio público que se encontraba prestando. Luego, no hay duda alguna que se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, pues el principio de igualdad de las partes del proceso, aquí no se dinamizó por incapacidad de prueba del ente demandado, es decir, que si lo que no se prueba no existe, es viable la prosperidad de la demanda.

El resumen de las pruebas que obran en el proceso, demuestra que las razones por las cuales no se llamó al Coronel Rincón a Curso para General y, en su lugar, se llamó a calificar servicio a dicho oficial, no fue el resultado del simple ejercicio de la facultad discrecional que confiere la ley al nominador, sino razones ajenas al mismo o, motivos ocultos, actuación que el

derecho contencioso administrativo y la reiterativa jurisprudencia, estructuran como la desviación de poder y causal de nulidad de los actos administrativos.

(...) Para la Sala, es acertada la apreciación plasmada por el colaborador Fiscal Octavo, cuyo contenido comparte, cuando emitir (sic) Concepto Favorable No. 68 de octubre 5 de 2001 (...), luego de hacer un amplio análisis del poder discrecional y las consecuencias de su abuso, expone que: ‘que la exclusión del Coronel Gustavo Rincón Rivera, en el grupo de oficiales de las Fuerzas Militares para integrar el curso de Altos Estudios Militares y su posterior retiro del servicio activo del Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicio, con fecha 1 de abril de 1999, se profirió no inspirado en el ánimo del buen servicio público, sino con el oculto propósito de venganza por la actitud adoptada por el oficial ante el descubrimiento de irregularidades protagonizadas por sus superiores, los Generales Ruiz Navarro y Hermófilo Rodríguez Rodríguez. Se afirma que normatividad relacionada con el Ministerio de Defensa que allí se invoca (art. 64 del Decreto 1211 de 1990), el Ministerio de Defensa estaba facultado para integrar el curso de altos estudios militares y el presidente de la República por virtud de los artículos 128-3, 132, literal a) numeral 3 y 132 del mismo decreto, no consagra el ejercicio arbitrario del poder nominador. // En fin, para esta Procuraduría dada la situación previa del actor los hechos que generaron su enfrentamiento entre superiores y subalternos, es decir entre los generales y el Actor, su vecindad en el tiempo, sirven para establecer la relación de causalidad entre ellos y la no inclusión en el curso de altos estudios y separación temporal de la institución y llamamiento a calificar servicios del actor. // Habiéndose logrado desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, aquí analizado en criterio de este Ministerio Público se solicita a la H. Corporación acceder a las súplicas de la demanda porque se configuró la desviación de poder...’.

Por lo anteriormente expuesto y al haber sido demostrada la existencia de desviación de poder y falsa motivación como causales de nulidad en la expedición de los actos acusados, ésta Sala de decisión habrá de ordenar la nulidad de los mismos y accederá a las pretensiones de la demanda en la forma solicitada por la parte actora”.

1.2.6.3. Finalmente, la parte resolutive de la providencia en cita es del siguiente tenor:

“1º. Declárese la nulidad parcial de la Resolución No. 00009 de enero 08 de 1999 proferida

por el señor Ministro de Defensa Nacional, en cuanto no incluyó al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera C.C. No. 13.347.529 de Pamplona, dentro del Grupo de Oficiales de las Fuerzas Militares que integran el Curso de Altos Estudios Militares. Asimismo, se declara la nulidad parcial del Decreto No. 542 de marzo 24 de 1999, emitido por el señor Presidente de la República y señor Ministro de Defensa Nacional, en cuanto hace referencia al retiro temporal del servicio activo del Ejército Nacional con pase a la reserva por llamamiento a calificar servicio, del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera C.C. No. 13.347.529 de Pamplona, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

2º. Ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional el reintegro del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera C.C. No. 13.347.529 de Pamplona – Norte de Santander, al cargo y grado que venía desempeñando en la carrera militar, al momento del retiro del servicio activo o, a otro de superior categoría que le corresponda, previo llamamiento a curso de altos estudios, considerándolo en actividad para todos los fines legales.

3º. Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Reconocer y Pagar a el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera C.C. No. 13.347.529 de Pamplona (Norte de Santander), los salarios, prestaciones sociales y demás adehalas (sic) y prestaciones dejadas de percibir desde el momento que fue retirado del servicio activo, hasta el día de su legal reintegro; valores que deben ser actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, así como los daños tazados (sic) al proceso conforme con los índices de inflación certificados por el DANE Y con INDEXACION al valor teniendo en cuenta para el efecto, la siguiente fórmula: (...)

4º. Se considera para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

5º. Dar cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.. (...)"

1.2.7. Copia del Decreto No. 2269 del 10 de octubre de 2002, proferido por el Presidente de la República con la firma de la Ministra de Defensa, "por el cual se da cumplimiento a una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca". En este decreto, luego de recordar que (i) el Coronel Rincón fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional por llamamiento a calificar servicios, mediante Decreto 542 de 1999; (ii) el Coronel Rincón recurrió a la

jurisdicción de lo contencioso administrativo para buscar la anulación del acto administrativo y el restablecimiento del derecho; y (iii) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y ordenó el reintegro del Coronel Rincón así como el pago de los haberes dejados de recibir, resuelve lo siguiente:

“Artículo 1º. En cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección ‘C’ del 18 de enero de 2002, reintégrese al servicio activo del Ejército Nacional al señor Gustavo Rincón Rivera – 6874341, con cédula de ciudadanía No. 13.347.529, en el grado de Coronel que ostentaba al momento de su retiro.

Artículo 2º. La Nación – Ministerio de Defensa Nacional cancelará al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera los haberes dejados de devengar desde la fecha de su retiro hasta aquella en que sea reintegrado efectivamente al servicio, entendiéndose para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Artículo 3º. El señor Coronel ARM. Gustavo Rincón Rivera – 6874341, en el escalafón regular integrado de Oficiales en actividad de las Fuerzas Militares precede al señor Capitán de Navío ESP. Luis Felipe Mantilla Duarte – 4749506.

Artículo 4º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.”

1.2.8. Copia de la comunicación dirigida el 12 de noviembre de 2002 por el apoderado del Coronel Gustavo Rincón ante la Ministra de Defensa Nacional, solicitándole lo siguiente:

“1.1.. Expedir copia auténtica de las decisiones adoptadas por ese Despacho y el Alto Mando Militar el día 18 de octubre del año que cursa, relativas al llamamiento a Curso de Altos Estudios Militares de los Coroneles del Ejército Nacional, indicando:

1.1.1. Relación completa de los oficiales del Ejército Nacional que fueron presentados para la selección por parte de ese Despacho.

1.1.2. Si mi poderdante Coronel Gustavo Rincón Rivera hizo parte de los oficiales considerados para tal efecto y en caso afirmativo las conclusiones del estudio y las decisiones que su Despacho adoptó al respecto.

1.2. Acciones adelantadas por su Despacho para dar cumplimiento al fallo de la referencia,

en los siguientes aspectos que están aún pendientes:

1.2.1. Llamamiento a Curso de Altos Estudios Militares al Señor Coronel Gustavo Rincón Rivera dispuesto en los numerales primero, segundo y quinto del fallo citado.

1.2.2. Reconocimiento y pago de los emolumentos ordenados en el numeral tercero de la sentencia de la referencia.”

1.2.9. Copia del concepto jurídico elaborado por el Secretario Jurídico de la Presidencia, Camilo Ospina Bernal, con destino a la Ministra de Defensa Nacional, Marta Lucía Ramírez de Rincón, el día 11 de diciembre de 2002, en los términos siguientes:

“Respetada Señora Ministra:

De la manera más cordial me permito acusar recibo del Oficio de la referencia, mediante el cual solicita la colaboración de esta Secretaría, a efectos de precisar los alcances del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 18 de enero de 2002, por medio del cual se anularon parcialmente la Resolución No. 00009 del 8 de enero de 1999 y el Decreto 542 del 24 e marzo de ese mismo año, con ocasión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

En primer término, me permito observar que, en la parte motiva de la citada providencia, el a-quo admitió como probados los hechos aducidos por el actor en la demanda, los cuales no fueron desvirtuados por el apoderado de ese Ministerio.

En efecto, señala el fallador:

De lo anterior se colige que, si hubo desviación de poder, falsa motivación y por ende desconocimiento a los derechos del accionante, la consecuencia lógica como lo indicó el Tribunal, es la prosperidad de las pretensiones de la demanda:

‘Por lo anteriormente expuesto y al haber sido demostrada la existencia de DESVIACION DE PODER Y FALSA MOTIVACION como causales de nulidad en la expedición de los actos acusados, esta sala habrá de ordenar la nulidad de los mismos y accederá a las pretensiones de la demanda en la forma solicitada por la parte actora’.

Así, con fundamento en éstas consideraciones, el Tribunal Contencioso ordenó en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, lo siguiente:

‘ORDENAR a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL el REINTEGRO del señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA CC 13347529 de Pamplona – Norte de Santander, al cargo y grado que venía desempeñando en la carrera militar o a otro de superior categoría que le corresponda, previo llamamiento a curso de altos estudios, considerándolo en actividad para todos los fines legales’.

Como se observa el fallador de instancia dispuso el llamamiento a curso de altos estudios del accionante, el cual debe cumplirse de manera obligatoria en concepto de esta Secretaría, como lo señala el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo, sobre la base de que la decisión se encuentre en firme, esto es, debidamente ejecutoriada”.

1.2.10. Copia de la providencia adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de febrero de 2003, dentro del primer proceso de tutela promovido por el Coronel Gustavo Rincón en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. En este proceso, el actor solicitaba el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, que consideraba violados por “al no dar cumplimiento total y efectivo a la decisión judicial contenida en providencia proferida por esta Corporación – Sección Segunda – subseccion ‘C’, de fecha enero 18 de 2002”. En la parte motiva de esta providencia se incluyen las siguientes consideraciones, que la Sala extractará literalmente por su relevancia para el proceso de la referencia:

“Adelantado proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Gustavo Rincón Rivera, hoy accionante, conforme a decisión judicial contenida en la providencia de enero 18 de 2002 proferida por esta Corporación – Sección segunda – Subsección ‘C’, con ponencia de la H. Magistrada, Dra. Martha Betancur Ruiz (fls. 2 a 49) se concluyó que ‘...por lo anteriormente expuesto y al haber sido demostrada la existencia de desviación de poder y falsa de motivación como causales de nulidad en la expedición de los actos acusados, esta Sala de decisión habrá de ordenar la nulidad de los mismos y accederá a las pretensiones de la demanda en la forma solicitada por la parte actora...’ (subraya fuera de texto).

En la parte resolutive de dicha providencia, no obstante las diversas interpretaciones dadas,

ésta Corporación ordenó tres situaciones a ser cumplidas por parte de la demandada: una de dar: reconocer y pagar, y dos de hacer: reintegrar y llamar a curso de altos estudios (fls. 47-48).

Encontrándose en firme y ejecutoriada la providencia de enero 18 de 2002, su contenido y tema en debate, adquirió la calidad de cosa juzgada y de inmediato cumplimiento ya sea en vía administrativa o con el uso de los medios judiciales a que haya lugar.

Existe constancia de los requerimientos de cumplimiento de la providencia de enero 18 de 2002, ya referida (...) hechos mediante apoderado judicial, por el accionante – Sr. Rincón Rivera-.

Conforme a decreto No. 2269 de octubre 10 de 2002 expedido por el señor Presidente de la República (fls. 71-72) se procedió a dar cumplimiento a sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca –la de enero 18 de 2002- ordenando ‘...reintégrase al servicio activo del Ejército Nacional al señor Gustavo Rincón Rivera...’ y ‘...La Nación – Ministerio de Defensa nacional cancelará al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera los haberes dejados de devengar desde la fecha de su retiro hasta aquella en que sea reintegrado efectivamente al servicio...’, sin solución de continuidad pero, sin manifestación alguna al llamamiento a curso de altos estudios ordenado.

Respecto del llamamiento a Curso de altos Estudios el señor Comandante del Ejército nacional, en respuesta a petición hecha por el apoderado del accionante, mediante oficio (...) de noviembre 20 de 2002, informó del procedimiento adelantado al respecto, concluyendo que: ‘...se reunió en sesión extraordinaria la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional el día 18 de octubre de 2002, acto en el cual el señor Coronel Rincón Rivera fue considerado para ser llamado a Curso de Altos Estudios Militares para el año 2003, finalizando con la decisión de no llamarlo al mencionado curso...’. (...)

Del contenido de la Providencia invocada como incumplida, se observa que todo el tema objeto de juzgamiento estuvo dirigido a analizar la procedencia o no del derecho a ser llamado a curso de altos estudios que tenía el hoy accionante Gustavo Rincón Rivera (...). La Sala resalta ‘...en cuanto no incluyó al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera C.C. No. 13.347.529 de Pamplona, dentro del grupo de Oficiales de las Fuerzas Militares que integran el Curso de Altos Estudios Militares...’ para significar que esa fue la razón que tuvo el juez al

decidir acceder a las pretensiones de la demanda contenida en el fallo de enero 18 de 2002 y que, por ende, el restablecimiento del derecho fue dirigido en tal sentido, como lo expuso el numeral 2º cuando exige el previo llamamiento a Curso de Altos Estudios como condición, en cualquier de los eventos anteriores y condición de reintegro.

Dicha decisión no permite interpretación alguna por las partes, una vez se encuentre ejecutoriada y en firme la providencia que así lo decida y, el único paso a seguir es el de cumplir, so pena de las sanciones penales, disciplinarias y demás que den lugar con la omisión, así lo entendió, en su oportunidad, el señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, al colaborar a la señora Ministra de Defensa Nacional (...). El Decreto No. 2269 de octubre 10 de 2002 expedido por el señor Presidente de la República (fls. 166-167) dio cumplimiento a la sentencia de enero 18 de 2002, de manera parcial y, en cuanto refiere al reintegro y pago de los emolumentos dejados de cancelar durante el retiro del accionante, pero omitió ordenar el llamamiento al curso de altos estudios como derecho debidamente reconocido en sentencia judicial antes comentada y, que debió ser tenido en cuenta al momento de ser elaborada el acta No. 07 de octubre 18 de 2002, es decir a los ocho (08) días, de haberse intentado el correspondiente cumplimiento (fls. 168 a 172).

En las anteriores condiciones, esta sala de decisión habrá de tener en cuenta que el no cumplimiento de las decisiones judiciales constituye en sí, violación al debido proceso y una forma de atentar contra el derecho al acceso a la administración de justicia (...)."

En virtud de las anteriores consideraciones, se concedió la tutela en tanto mecanismo transitorio y se ordenó en la parte resolutive:

"Tercero.- En consecuencia, se ordena a la Ministra de Defensa Nacional y al Comandante del Ejército, que dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, tome las medidas necesarias para que el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera C.C. No. 13.347.529 de Pamplona, sea llamado al Curso de Altos Estudios iniciado el 13 de enero de 2003, en cumplimiento de la decisión judicial contenida en la sentencia de enero 18 de 2002 proferida por esta Corporación - Sección Segunda - Subsección 'C', con ponencia de la Dra. Martha Betancur Ruiz, por las razones expuestas e la parte motiva. // Una vez se de cumplimiento a lo aquí ordenado, debe ser enviada constancia de dicha actuación a éste Tribunal.

Quinto.- El cumplimiento de lo dispuesto en el numeral primero, se hará en término que no

excederá de cuarenta y ocho (48) horas (...)"

1.2.11. Copia del Acta No. 01 de la sesión del 5 de febrero de 2003 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, presidida por la Ministra de Defensa Nacional, Martha Lucía Ramírez de Rincón, y con la asistencia de treinta y siete (37) Generales y Oficiales de Insignia, encabezados por el Comandante General de las Fuerzas Militares, General Jorge Enrique Mora Rangel. Entre los integrantes de esta Junta también estaban el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, General Hector Fabio Velasco Chávez; el Comandante del Ejército Nacional, General Carlos Alberto Ospina Ovalle; y el Comandante de la Armada Nacional, Vicealmirante Mauricio Alfonso Soto Gómez. Por su importancia para el proceso de la referencia, a continuación se transcribe el contenido del punto número 2 del orden del día:

"2. Consideración y recomendación de la propuesta de llamamiento al Curso de Altos Estudios Militares para el año 2003, al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera identificado con cédula de ciudadanía N° 13347529 de Pamplona y Código Militar N° 6874341.

La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional después de estudiar la propuesta sometida a su consideración y para dar cumplimiento a la Acción de Tutela N° 03T 0030 de fecha 03 de febrero de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C que ordena a la señora Ministra de Defensa Nacional y al señor General Comandante del Ejército Nacional que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación tomen las medidas necesarias para que el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, identificado con la cédula de ciudadanía N° 13'347.529 de Pamplona, sea llamado a Curso de Altos Estudios Militares, el cual se inició el 13 de enero de 2003, con el fin de dar cumplimiento a la sentencia de enero 18 de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual ordenaba a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional el reintegro del señor Coronel Rincón Rivera al cargo y grado que venía desempeñando en la carrera militar, al momento del retiro del servicio activo o, a otro de superior categoría que le corresponda, previo llamamiento a Curso de Altos Estudios Militares, considerándolo en actividad para todos los fines legales. Mediante Decreto N° 2269 de octubre 10 de 2002, fue reintegrado el Coronel Rincón Rivera, como oficial asignado al cargo de Inspector Delegado de la Inspección General del Ejército Nacional. Igualmente informó a la Honorable Junta Asesora que el señor oficial fue estudiado por el cuerpo de

Generales de la Fuerza el 18 de octubre de 2002, determinando su no llamamiento al Curso de altos Estudios Militares para el año de 2003; al considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en el decreto 1495 de julio 19 de 2002, artículo 27 literal b) recomendación esta que fue avalada por la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional de conformidad al acta 07 del 18 de octubre de 2002, numeral 2, literal c. Por lo anterior se recomienda dar cumplimiento al fallo de tutela llamando a Curso de Altos Estudios Militares para el año 2003 al oficial citado anteriormente.

INTERVENCION DE LA SEÑORA MINISTRA DE DEFENSA NACIONAL:

Me permití solicitar la convocatoria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, con ocasión del Fallo de Tutela notificado el día de ayer por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca mediante el cual se ordena llamar a curso de altos estudios al Coronel Gustavo Rincón, fallo que también encuentra notificado (sic) al Ejército Nacional.

Si bien considero el fallo de tutela altamente inconveniente por cuanto se puede constituir en un precedente que puede resquebrajar la estructura y la jerarquía militares ya que pone en peligro la institucionalidad de las Fuerzas Militares, me veo en la imperiosa necesidad de darle estricto cumplimiento al fallo de tutela habida cuenta que es de obligatorio cumplimiento, de conformidad con las disposiciones legales que regulan la materia como son el artículo 27 y 31 del Decreto 2591 de 1991.

Por lo tanto, no hay posibilidad distinta de acatar la decisión del juez de tutela so pena de verme incurso en desacato y avocada a investigaciones penales y disciplinarias.

En todo caso, he dado precisas instrucciones de impugnar la decisión judicial y, si hubiere lugar, solicitar la revisión por parte de la Corte Constitucional.

INTERVENCION DEL SEÑOR GENERAL COMANDANTE GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES

Señora Ministra, nos toca dar cumplimiento a esta Acción de Tutela, con el conocimiento que lo que ordena es incumplir con los decretos y la normatividad que está establecida en nuestra carrera Militar. Nuestro ordenamiento Castrense, determina una serie de requisitos de orden legal que en el presente caso se pretermiten, como son la observancia del Decreto

1790 de 2000 y su reglamentario Decreto 1495 de 2002, Artículo 27 literales b, c y d. El señor Coronel fue postulado en dos oportunidades las que arrojaron como resultado no proponerlo al Curso de Altos Estudios Militares.

El Coronel para llamarlo a curso debe contar con el concepto favorable de la Honorable Junta Asesora, de la selección de candidatos a Curso de Altos Estudios Militares, de acuerdo con el reglamento establecido para la selección de candidatos, entonces con este conocimiento señora Ministra, tenemos que proceder a votar cumpliendo con el reglamento establecido para la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

INTERVENCION DEL SEÑOR MAYOR GENERAL EDUARDO HERRERA VERBEL.

La Escuela Superior de Guerra, tiene un reglamento académico. Para recibir al señor Coronel, se requieren dos elementos básicos: autonomía para aceptar o no aceptar el alumno como entidad Universitaria que somos y en segundo lugar ser propuesto por parte del señor General Comandante del Ejército y concepto favorable de la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional. Si no se cumplen estos requisitos la Escuela Superior de Guerra dentro de la normatividad existente puede negar el acceso.

VOTACION NOMINAL DEL CUERPO COLEGIADO DE SEÑORES GENERALES Y ALMIRANTES

El Comandante General de las Fuerzas Militares propone votación nominal. Los oficiales comenzando por el menos antiguo responderá (sic) afirmativa o negativamente.

El resultado de la votación del Cuerpo Colegiado de Generales y Almirantes de un total de 37 oficiales es por unanimidad negativo. (...)”

1.2.12. Copia de la Resolución No. 0069 del 5 de febrero de 2003 del Despacho de la Ministra de Defensa Nacional, “por la cual se traslada a un oficial superior del Ejército Nacional”, cuyo texto es el siguiente:

“La Ministra de Defensa Nacional,

En uso de las facultades que le confiere el artículo 84, literal b, numeral 2 del Decreto 1790 de 2000, en cumplimiento al fallo de tutela No. 03T 0030 de fecha 03 de febrero de 2003, y

CONSIDERANDO

Que el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, interpuso acción e tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Que la Corporación Administrativa mediante fallo de tutela N° 03T 0030 de fecha 03 de febrero de 2003, ordena 'a la Ministra de Defensa Nacional y al Comandante del Ejército, que dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, tome las medidas necesarias para que el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera CC 13347529 de Pamplona, sea llamado al Curso de Altos Estudios, iniciado el 13 de enero de 2003'.

Que como consecuencia de lo anterior, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, en sesión de fecha 5 de febrero de 2003 recomienda dar cumplimiento al referido fallo de Tutela,

RESUELVE

Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 literal b, numeral 2 del Decreto 1790 de 2000, trasladar al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera CC 13347529, del Cuartel General del Comando del Ejército, a la Escuela Superior de Guerra, para que adelante el Curso de Altos Estudios Militares.

Artículo 2º. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.”

1.2.13. Copia de la sentencia de tutela adoptada en segunda instancia por el Consejo de Estado el 3 de abril de 2003, al conocer de la impugnación presentada por el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional contra el fallo de tutela del 3 de febrero de 2003 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Luego de reseñar las actuaciones procesales surtidas hasta ese punto, de pronunciarse sobre la excepción planteada por el apoderado de la Presidencia de la República -cuestionando la representación legal de la parte demandada y la falta de legitimación en la causa por pasiva-, y de analizar la procedencia de la tutela en tanto mecanismo transitorio de protección, el Consejo de Estado efectúa las siguientes consideraciones:

“(…) Sostienen el Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional que en modo alguno se ha violado al actor el derecho al debido proceso, de una parte, porque en la sentencia

contencioso administrativa del 18 de enero de 2002 que se viene comentando, el tribunal administrativo no ordenó el llamamiento del Coronel Gustavo Rincón Rivera al curso de ascenso, y que por lo tanto, la providencia judicial ya fue cumplida con la expedición y ejecución del decreto presidencial 2269 del 10 de octubre de 2002; y, de otra parte, porque la determinación de no llamarlo a realizar curso de ascenso, esto es, curso de altos estudios militares, se adoptó con estricta aplicación de la regulación contenida para ese efecto en el decreto-ley 1790 de 2000 y el decreto reglamentario 1495 de 2002, toda vez que, dicho llamamiento está sujeto al número de vacantes y al concepto previo favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, la que en sesión extraordinaria del 18 de octubre de 2002 decidió no convocar al Corone Gustavo Rincón Rivera, al igual que a 27 oficiales más.

En primer término, a juicio de la Sala, es claro que en la sentencia del 18 de enero de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que quedó ejecutoriada e hizo tránsito a cosa juzgada en razón de la no apelación por parte de la entidad demandada, sí se ordenó como parte del restablecimiento del derecho al demandante, no solo su reintegro al cargo y grado que ocupaba antes de haber sido retirado del servicio activo a partir del 1º de abril de 1999, sino también que fuera llamado a curso de altos estudios militares, es decir, a curso para ascenso al grado de Brigadier General, porque así lo dispone la parte resolutive del fallo, en armonía con la parte motiva de la providencia que la precede y le sirve de fundamento y, el contenido de las pretensiones de la demanda, las que el juzgador estimó fundadas y procedentes.

En efecto, el tribunal de instancia encontró probada la causal de desviación de poder alegada por el demandante, para que se decretara la nulidad de los actos administrativos acusados con la demanda, esto es, los que en su momento ordenaron, de una parte, el retiro del servicio activo del Coronel Rincón Rivera y, de otra, no llamarlo a curso de ascenso.

(...) Con esta motivación, sin reserva ni excepciones, el juzgador decidió acceder a las pretensiones de la demanda que, como ya se indicó, contenían la solicitud de ascenso al grado inmediatamente superior, para lo cual es menester la realización y aprobación previa de un curso de altos estudios militares. Así, la última consideración que precede a la parte resolutive de la sentencia dice textualmente: 'Por lo anteriormente expuesto y al haber sido demostrada la existencia de desviación de poder y falsa motivación como causales de

nulidad en la expedición de los actos acusados, esta sala de decisión habrá de ordenar la nulidad de los mismos y accederá a las pretensiones de la demanda en la forma solicitada por la parte actora' (...).

No se trata entonces de una aclaración de la sentencia, como alega en la impugnación del fallo de tutela el Ejército Nacional, sino simplemente la constatación de lo decidido en la citada providencia judicial, cuyo contenido y alcance sobre el punto en cuestión, no ofrece motivo de duda.

Ahora bien, si lo que pretende el Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional es retomar la discusión de la controversia y de la sentencia así proferida, debe manifestarse que éste no es el momento ni la vía para hacerlo, como sí lo era en su oportunidad el recurso de apelación contra la sentencia del 18 de enero de 2002, medio de defensa que la entidad demandada no ejerció. Si bien ha presentado una petición de nulidad contra la notificación de la sentencia, con la perspectiva de revivir los términos para recurrir el fallo, según certificación expedida por el tribunal competente a instancia del Consejero Ponente de esta actuación, hasta el momento dicho incidente no ha sido fallado (fls. 299 a 302), circunstancia que en materia de tutela no constituye motivo de prejudicialidad que impida fallar la segunda instancia del presente proceso.

En segundo lugar, en la sentencia del 18 de enero de 2002, nunca y en modo alguno se condicionó la ejecución de la orden de llamar a curso de ascenso al actor a un nuevo procedimiento administrativo de evaluación y concepto por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, como de hecho lo hizo; por el contrario, precisamente la irregularidad e ilegalidad del procedimiento cumplido sobre el particular en el año de 1999, fue lo que condujo a que se declarara la nulidad de los actos que dispusieron el retiro del servicio del actor y su no llamamiento a curso, reconociéndose en consecuencia el derecho de éste a ser reintegrado al servicio y ser llamado al pluricitado curso. La sentencia ha debido ejecutarse integralmente, sin ningún tipo de dilación.

En tales condiciones, la violación del debido proceso del actor es evidente, por cuanto no debió ser nuevamente sometido al procedimiento de selección de aspirantes al curso para ascenso al grado de Brigadier General.

De igual manera, es también manifiesta la vulneración del derecho fundamental de acceso a

la administración de justicia, por cuanto éste no se limita o se agota con la sola posibilidad de que la persona pueda acudir a la jurisdicción en ejercicio del derecho de acción o, para excepcionar en el caso del demandado, ni tampoco con la sola expedición de la sentencia o providencia que ponga fin al proceso, sino que comprende igualmente el oportuno y efectivo cumplimiento de la respectiva decisión, con el concurso del poder y autoridad del Estado y, de los medios de que dispone el aparato judicial.

(...) Por consiguiente, la Sala comparte la decisión del a quo en cuanto tuteló al actor, como mecanismo transitorio de protección judicial, los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso efectivo a la administración de justicia, dado el cumplimiento no integral de la sentencia del 18 de enero de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección 'C', cuyo cumplimiento corresponde al Ministro de Justicia y al Comandante del Ejército Nacional, motivo por el que se confirmará la sentencia impugnada.

Por las mismas razones, se confirmará igualmente la orden de compulsar copias de lo actuado, con el fin de que se investigue la eventual comisión de faltas disciplinarias y hechos punibles que pudiera existir en las conductas de que trata este proceso de tutela, actuación que inclusive avala el Ejército Nacional en el escrito de impugnación”.

En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia se confirmó el fallo de primera instancia que concedió la acción de tutela.

1.2.14. Copia del Auto de Apertura de Investigación Disciplinaria proferido el día 15 de julio de 2003 por el Despacho del Procurador General de la Nación, en relación con la queja presentada por el apoderado del Coronel Rincón Rivera en contra de la Ministra de Defensa Nacional y la Junta Asesora del referido Ministerio. En el encabezado de esta providencia se especifica que en ella “procede el Despacho a evaluar en los términos del artículo 150 inciso 4 de la ley 734 de 2002, la indagación preliminar radicada bajo el número 001-82336/03, ordenada mediante auto del 27 de marzo de 2003, con ocasión de los hechos relacionados con el incumplimiento por parte de la Ministra de la Defensa, y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del expediente número 99-3520”. Los apartes relevantes de esta providencia disciplinaria se reseñan en seguida:

1.2.14.1. En la parte de “Antecedentes”, se explica el contenido del fallo proferido por el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de enero de 2002, y se señala que con fundamento en esta providencia, el apoderado del Coronel Rincón presentó derecho de petición ante la Ministra de Defensa el 12 de noviembre de 2002.

1.2.14.2. En el acápite de “Pruebas”, se informa que la Procuraduría realizó visitas especiales a la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional y a la Oficina Jurídica del Comando del Ejército Nacional; también se reseñan algunos documentos incluidos en el expediente de tutela de la referencia.

1.2.14.3. En el acápite sobre “Consideraciones” se efectúa el análisis siguiente:

“Se trata de establecer si la señora Ministra de Defensa Nacional, doctora Marta Lucía Ramírez de Rincón, y la Junta Asesora de dicho Ministerio, dieron cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 18 de enero de 2002, expediente 99-3520, en relación con aspectos que según el quejoso en su derecho de petición elevado a la señora Ministra el 12 de noviembre de 2002, aún estaban pendientes, como el llamamiento a Curso de Altos Estudios Militares al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, y el reconocimiento y pago de los emolumentos ordenados en el numeral tercero de la sentencia.

Se encuentra probado en el plenario, que el Fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del expediente NO. 99-3520 de fecha 18 de enero de 2002, ordenó reintegrar al Coronel Gustavo Rincón Rivera al cargo y grado que venía desempeñando en la carrera militar, al momento del retiro del servicio activo, o a otro de superior categoría que le corresponda, previo llamamiento a Curso de Altos Estudios, considerándolo en actividad para todos los fines legales.

Con fundamento en lo anterior, la Ministra de Defensa Nacional, doctora Marta Lucía Ramírez, y la Junta Asesora del Ministerio, debieron proceder a llamar al Curso de Altos Estudios Militares, al Coronel Rincón Rivera.

A través del Decreto 2269 del 10 de octubre de 2002, la señora Ministra de Defensa Nacional reintegra al servicio activo del Ejército Nacional al señor Gustavo Rincón Rivera, en el grado de Coronel que ostentaba al momento de su retiro, dispone, que se le cancelen los haberes dejados de devengar desde el momento de su retiro hasta cuando efectivamente sea

reintegrado al servicio, y decreta, que en el escalafón regular integrado de oficiales de las Fuerzas Militares, precede al señor Capitán de Navío Esp. Luis Felipe Mantilla Duarte; pero no ordena su llamamiento al Curso de Altos Estudios Militares (folios 69 y 70).

Así mismo se encuentra probado en el plenario, a través del acta No. 07 del 18 de octubre de 2002, que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, presidida por la señora Ministra Marta Lucía Ramírez de Rincón, se reunió en sesión extraordinaria, y allí se consideró el llamamiento a Curso de Altos Estudios Militares a Coroneles del Ejército Nacional, dentro de los cuales se propusieron nueve, y otros que no fueron propuestos, dentro de los que se encuentra el nombre del Coronel Rincón Rivera.

Considera el Despacho que con fundamento en el fallo del 18 de enero de 2002, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que ordenaba llamar a Curso de Altos Estudios al Coronel Rincón Rivera, la señora Ministra de Defensa Nacional, debió ordenar en el mismo Decreto 2269 del 10 de octubre de 2002, que reintegró al Coronel Rincón, en cumplimiento del fallo, su llamamiento al Curso de altos Estudios Militares, no habiéndolo hecho en esta oportunidad, debió proponerlo como Presidente de la Junta Asesora reunida el 18 de octubre de 2002, y de esa manera darle cumplimiento al fallo. Como se observa en el acta 07, ni la Ministra, ni la Junta Asesora, propusieron que se debía cumplir con el fallo, llamando a Curso de Altos Estudios Militares al Coronel Rincón Rivera.

Con lo anterior, entiende el Despacho, que presuntamente se ha incurrido en falta disciplinaria al no acatarse el fallo judicial del 18 de enero de 2002 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por parte de la Ministra de Defensa Nacional, doctora Marta Lucía Ramírez de Rincón, y de la Junta Asesora de dicho Ministerio.

Se encuentra probado en el plenario, con el fallo de tutela número 03-T-030 del 3 de febrero de 2003, que se tuvo que acudir a este mecanismo, para que la Ministra de Defensa Nacional, doctora Marta Lucía Ramírez, en el acta 01 del 5 de febrero de 2003, contentiva de la sesión ordinaria de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, manifiesta allí, que daría 'estricto cumplimiento al fallo de tutela habida cuenta que es de obligatorio cumplimiento, de conformidad con las disposiciones legales que regulan la materia como son el artículo 27 y 31 del decreto 2591 de 1991', manifestando además, que 'no hay posibilidad distinta de acatar la decisión del Juez de Tutela, so pena de verme incurso en desacato y

avocada a investigaciones penales y disciplinarias’.

Las anteriores manifestaciones las hizo la Ministra, a pesar que en la votación nominal del cuerpo colegiado de señores Generales y Almirantes, propuesto por el Comandante General de las Fuerzas Militares, se votara negativamente, para el llamado del Coronel Rincón al Curso de altos Estudios Militares (folios 79 a 83).

La Junta Asesora el Ministerio de Defensa Nacional integrada por el cuerpo colegiado de señores Generales y Almirantes, al haber votado negativamente el llamado del Coronel Rincón, al Curso de Altos Estudios Militares, presuntamente incumplió con la decisión judicial de la Tutela 03-T-030 de febrero 3 de 2003, que así lo había ordenado.

El mismo 5 de febrero de 2003, el Brigadier General Roberto Pizarro Martínez, Jefe Desarrollo Humano de Ejército, mediante oficio 241895, dirigido al señor Mayor General Director Escuela Superior de Guerra, le envía ‘al señor Crlog. Gustavo Rincón Rivera 6874341, en cumplimiento al fallo de tutela No. 03-T-0030 de fecha 03 de febrero de 2003, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C.

El mencionado oficial, debe efectuar presentación, el día 0607:00 – febrero de 2003’.

El Despacho advierte que el mismo cumplimiento que la Ministra de Defensa, doctora Marta Lucía Ramírez, hizo del fallo de tutela 03-T-030 del 3 de febrero de 2003, debió hacerlo en su oportunidad también, en relación con el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 18 de enero de 2002, que se lo ordenaba en el numeral 5.

El cumplimiento del fallo de tutela de fecha 3 de febrero de 2003, no subsana el incumplimiento que del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 18 de enero de 2002, hizo la Ministra de Defensa Nacional.

No habiéndosele dado cumplimiento al fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 18 de enero de 2002, se procederá por esta conducta a dar apertura a la correspondiente investigación disciplinaria.

En relación con el incumplimiento por parte de la Ministra de Defensa Nacional, doctora Marta Lucía Ramírez, del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 18 de enero de 2002, atinente con el reconocimiento y pago de los emolumentos dejados de

percibir por el Coronel Rincón Rivera, desde el momento que fue retirado del servicio activo, hasta el día de su legal reintegro, el Despacho encuentra en el plenario probado, que la señora Ministra ordenó su cancelación a través del decreto 2269 del 10 de octubre de 2002.

En el acta de visita de fecha 21 de mayo de 2003, practicada en la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, se informó, que 'de conformidad con el Decreto 768 de 1993 y 818 de 1994, las sentencias se cancelan en estricto orden de presentación de cuentas de cobro a la entidad con el lleno de los requisitos exigidos por la ley, para lo cual se asigna un turno de pago, actualmente el Ministerio de Defensa Nacional se encuentra cancelando las cuentas radicadas en el mes de marzo de 2001, habiéndose liquidado a la fecha hasta el turno 21. La cuenta del Coronel rincón actualmente se encuentra en el turno 172'.

En relación con este hecho, la Ministra Ramírez de Rincón, cumplió con el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 18 de enero de 2002, disponiendo la cancelación de los emolumentos. Su ejecución, de acuerdo con las normas legales citadas, se debe sujetar a un estricto orden de presentación de cuentas, razón por la cual la conducta de la Ministra de Defensa, por este hecho, se encuentra justificada.

Concretados los hechos e identificados los posibles autores de la conducta, señalando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió y las pruebas pertinentes, es necesario determinar si el comportamiento de los investigados es constitutivo de falta disciplinaria, si fueron lesivos para la administración pública, y activados con culpa o dolo, para endilgar responsabilidad a los servidores públicos comprometidos, para lo cual dispone Abrir Investigación Disciplinaria para vincular a la doctora Marta Lucía Ramírez de Rincón, Ministra de Defensa Nacional, y a la Junta Asesora de dicho Ministerio, integrada por los señores Generales y Oficiales de Insignia, encabezados por el señor General Jorge Enrique Mora Rangel, Comandante General de las Fuerzas Militares, y los que a continuación se relacionan (...)" (sigue la enumeración de los altos oficiales de las Fuerzas Armadas que integran la Junta Asesora del Ministerio de Defensa).

1.2.15. Copia del Acta No. 07 de la sesión del veintiuno (21) de noviembre de 2003 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, "presidida por el doctor Jorge Alberto Uribe Echavarría, Ministro de Defensa Nacional, con la asistencia de treinta y cinco (35) señores Generales y Oficiales de Insignia, encabezados por el señor General Carlos Alberto Ospina

Ovalle, Comandante General de las Fuerzas Militares”. Observa la Sala que entre los referidos Generales y Oficiales de insignia se encontraban los Comandantes de la Fuerza Aérea Colombiana, la Armada Nacional y el Ejército Nacional. De este documento se transcribe, por su importancia para el proceso de la referencia, el ítem número 3 del orden del día:

A. AL GRADO DE BRIGADIER GENERAL

CON FECHA 05 DE DICIEMBRE DE 2003

No.	ARMA	APELLIDOS Y NOMBRES	CODIGO	CLAS.ASC.	ULT.ASC
1	CR ART	QUIÑONEZ QUIROZ GUILLERMO	7300379	2	19981205
2	CR ART	PEÑA SANCHEZ JUSTO ELISEO	7300346	2	19981205

CON FECHA 06 DE DICIEMBRE DE 2003

No.	ARMA	APELLIDOS Y NOMBRES	CODIGO	CLAS.ASC.	ULT.ASC
1	CR CAB	MATAMOROS CAMACHO GUSTAVO	7206622	3	19981205
2	CR CAB	PEREZ MOLINA HERNANDO	7300355	3	19981205
3	CR IMI	PICO HERNANDEZ LUIS ROBERTO	7300404	3	19981205
4	CR IMI	SUAREZ TOCARRUNCHO LELIO F	7300477	2	19981206

CON FECHA 07 DE DICIEMBRE DE 2003

1	CR ART	CORONADO LEON LUIS ANTONIO	7300113	3	19981206
2	CR INF	AVILA BELTRAN CARLOS EDUARDO	7300027	3	19981206

CON FECHA 11 DE DICIEMBRE DE 2003

1	CR ART	RUEDA GOMEZ CARLOS ALEJANDRO	7300437	3	19981211
---	--------	------------------------------	---------	---	----------

La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional después de estudiar la

propuesta sometida a su consideración y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 46, 52, 53, 55, 66 y 67 del Decreto 1790 de 2000, por unanimidad recomendó al Gobierno Nacional la clasificación y el ascenso al grado de Brigadier General de los Coroneles relacionados anteriormente.

En relación al señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA, la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, acoge la recomendación formulada por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ejército y los señores Abogados integrantes de la Asesoría Legal del señor Comandante General, la cual transcribimos a continuación: 'asunto: recomendación. Al: Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional. La Oficina Jurídica del Ejército nacional y la Asesoría Legal del señor Comandante General de las Fuerzas Militares respecto de la situación del señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA, se permite recomendar al señor Mayor General Comandante del Ejército Nacional y la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa, no emitir recomendación en relación al citado oficial por las siguientes razones: 1º La gran mayoría de los señores Generales y oficiales de insignia que hoy participan en la Junta asesora, se encuentran investigados por la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, por el asunto del señor Coronel Rincón. 2º Existen decisiones judiciales proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, donde se dejó sin competencia a la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa para recomendar o no el asenso al grado de Brigadier General del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera. 3º Los artículos 189, numeral 19 de la Constitución Política y 66 del Decreto Ley 1790 de 2000, consagran en forma taxativa la facultad discrecional por parte del Gobierno Nacional, de escoger libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío que hayan cumplido las condiciones generales y especiales para ascenso y que además hayan adelantado y aprobado el curso de Altos Estudios Militares. Atentamente (fdo) Capitán Juan Manuel Padilla Maldonado. Jefe Oficina Jurídica Ejército . (fdo) Doctor Néstor Hugo Gaitán Torres. Abogado Asesoría Legal Comandante General. (fdo) Doctora Nubia Liliana Henao Cardona Asesora Legal Comando General'.

Igualmente acoge el pronunciamiento del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional en relación al alcance de la facultad discrecional así: 'MEMORANDO DE: EX DE JESUS SALGADO LOZANO (sic) Jefe Oficina Asesora Jurídica (e) PARA: Dr. JORGE ALBERTO URIBE ECHAVARRIA Ministro de Defensa Nacional FECHA: Noviembre 21 de 2003. ASUNTO: Facultad Discrecional. En atención a lo ordenado respecto de la facultad discrecional que tiene el gobierno nacional para ascender a los señores Coroneles y Capitanes de Navío al

Grado de Brigadier General o Contralmirante, de la manera más atenta me permito informarle lo siguiente. El artículo 189 numeral 19 de la Constitución Política señala: 'Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. 19. Conferir grados a los miembros de la Fuerza Pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173'. Igualmente el artículo 66 del Decreto Ley 1790 de 2000 señala que: 'Para ascender al grado de Brigadier General o Contralmirante, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina, que posean título de oficial de Estado Mayor y además que hayan adelantado y aprobado el Curso de Altos Estudios Militares en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional'. La expresión 'escogerá libremente' anotada en el presente artículo, fue declarada ajustada a la Constitución Política de Colombia como consta en la sentencia C-757 de 2002. Por lo anterior, es clara la facultad que tiene el gobierno nacional, en este caso compuesto por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Defensa, para escoger de manera discrecional, entre los señores Coroneles y Capitanes de Navío que cumplan las condiciones generales y especiales previstas en el decreto 1790 de 2000, para ascenderlos al grado de Brigadier General o Contralmirante, según corresponda. Atentamente (fdo) ALEX DE JESUS SALGADO LOZANO Jefe Oficina Asesora Jurídica. (...)”

1.2.16. Copia de la comunicación dirigida el 31 de octubre de 2003 por el Director de la Escuela Superior de Guerra, Mayor General Eduardo Herrera Verbel, al Coronel Gustavo Rincón, en los cuales le felicita en los términos siguientes:

“Como Director de la Escuela Superior de Guerra me es grato presentarle un atento y cordial saludo de felicitación por la excelente presentación de los Documentos Primarios de la Seguridad y Defensa Nacionales 2003, que junto con los alumnos del Curso Integral de Defensa Nacional hicieron al señor General Comandante General de las Fuerzas Militares y a los Comandantes de Fuerza. // Todos sus aportes contribuyeron significativamente al cumplimiento de los objetivos propuestos por la Escuela Superior de Guerra en su plan académico del presente año.”

1.2.17. Copia del recibo expedido por la Bodega de Materiales y Suministros de la Brigada de Apoyo Logístico del Ejército Nacional el día 24 de noviembre de 2003 a nombre de Coronel

Gustavo Rincón, donde consta que al peticionario se le hizo entrega de los elementos integrantes del uniforme para la ceremonia de ascenso a Brigadier General.

1.2.18. Copia del Acta de Grado del Coronel Gustavo Rincón como Especialista en Seguridad y Defensa, expedida por la Escuela Superior de Guerra de las Fuerzas Militares de Colombia el 25 de noviembre de 2003. También se adjunta el Diploma correspondiente.

1.2.19. Copia del Diploma conferido por la Escuela Superior de Guerra de las Fuerzas Militares de Colombia al Coronel Gustavo Rincón, donde se acredita que cumplió satisfactoriamente con los requisitos académicos exigidos en el año 2003 para el Curso de Altos Estudios Militares, de conformidad con el artículo 66 del Decreto Ley 1790 de 2002.

1.2.20. Copia del Mosaico Fotográfico correspondiente a la promoción del Curso de Altos Estudios Militares 2003 de la Escuela Superior de Guerra, donde se incluye al Coronel Gustavo Rincón entre 14 alumnos más.

1.2.21. Copia de dos fotografías de la ceremonia de grado del Curso de Altos Estudios Militares, donde aparece el Coronel Gustavo Rincón Rivera recibiendo el diploma correspondiente.

1.2.22. Copia del derecho de petición presentado por el apoderado del Coronel Gustavo Rivera ante el Ministro de Defensa Nacional, Jorge Alberto Uribe Echavarría, el 26 de noviembre de 2003, solicitándole que informara “sobre el cumplimiento total de la sentencia que proferiera el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el expediente 99-3520 y en la acción de tutela 03T-0030 del mismo Tribunal, confirmada por el H. Consejo de Estado en el expediente No. 25000232500020030003001 Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez por parte de ese Despacho. // Obedece la anterior petición a que mi poderdante cumplió satisfactoriamente con los requisitos académicos exigidos para el año 2003 para el programa del Curso de Altos Estudios Militares de que trata el Decreto Ley 1790 del 2002 y a la fecha no se ha recibido pronunciamiento alguno de las providencias atrás mencionadas”.

1.2.23. Copia del derecho de petición presentado por el apoderado del Coronel Gustavo Rincón ante el Presidente de la República el día 26 de noviembre de 2003, solicitándole información sobre el cumplimiento total de la sentencia del 18 de marzo de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así como del fallo de tutela del mismo

Tribunal, confirmado por el Consejo de Estado. Explica el apoderado, luego de citar las partes resolutivas correspondientes, que su petición obedece a que “mi poderdante cumplió satisfactoriamente con los requisitos académicos exigidos para el año 2003 para el programa del Curso de Altos Estudios Militares de que trata el Decreto-Ley 1790 del 2002 y a la fecha no se ha recibido pronunciamiento alguno de las providencias atrás mencionadas”.

1.2.24. Copia del Decreto No. 3445 del 28 de noviembre de 2003, expedido por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Defensa Nacional, en el cual se ascienden al grado de Brigadier General o Contralmirante a los siguientes oficiales: Guillermo Quiñonez Quiroz, Justo Eliseo Peña Sánchez, Gustavo Matamoros Camacho, Hernando Pérez Molina, Luis Roberto Pico Hernández, Lelio Fadul Suárez Tocarruncho, Julio Alberto González Ruiz, Luis Antonio Coronado León, Flaminio Orlando Malaver Calderón, Carlos Eduardo Avila Beltrán, Carlos Alejandro Rueda Gómez, Mario Alberto Rodríguez Martínez y Gabriel Ernesto Arango Bacci. Observa la Sala que el Coronel Gustavo Rincón no fue incluido dentro de los oficiales ascendidos. También observa que se invoca como fundamento jurídico de esta Resolución lo dispuesto en los artículos 189-3 y 189-19 de la Constitución Política, y en los artículos 33, 66, 51, 52 y 53 del Decreto Ley 1790 de 2000; para justificar el ascenso se indica que los oficiales citados han reunido los requisitos establecidos en los artículos 51 al 53 y 66 del referido Decreto.

“En respuesta al derecho de petición de fecha 18 de octubre de 2002, recibido en el Comando del Ejército con oficio No. 10363/MDJCC-720 de fecha 14 de noviembre de 2002, en el cual solicita que el señor Coronel Gustavo Rincón Rivera acceda al curso de altos estudios militares, me permito comunicar:

El Señor Coronel Gustavo Rincón Rivera fue considerado para ser llamado al Curso de Altos Estudios Militares para el año 2003, de igual manera que los señores Coroneles que cumplieron antigüedad para el ascenso al grado inmediatamente superior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 del Decreto 1790 de 2000, por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (...).

Con fundamento en lo anterior se reunió en sesión extraordinaria la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional el día 18 de octubre de 2002, acto en el cual el señor Coronel

Rincón Rivera fue considerado para ser llamado al Curso de altos estudios militares para el año 2003, finalizando con la decisión de no llamarlo al mencionado curso.

Dando cumplimiento de esta manera al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 18 de enero de 2002.”

1.2.26. Fotocopia del Carnet de Servicios de Salud No. “C.C. 13347529 EJC”, expedido por la Dirección General de Sanidad Militar a nombre del peticionario el día 1 de diciembre de 2003. Observa la Sala que en este carnet aparece el peticionario con el grado de Brigadier General.

1.2.27. Copia de la Resolución No. 1261 del 3 de diciembre de 2003 del Ministro de Defensa Nacional, en cuyo artículo 1º se establece que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 literal b), numeral 2º del Decreto Ley 1790 de 2000, trasladar al señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, identificado con cédula de ciudadanía No. 13347529, de la Planta de Alumnos de la Escuela Superior de Guerra, al Comando General de las Fuerzas Militares – Escuela Superior de Guerra, como Jefe del Centro de Estudios Estratégicos sobre Seguridad y Defensa Nacionales con novedad fiscal 09 de diciembre de 2003.”

1.2.28. Comunicación dirigida el 4 de diciembre de 2003 por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional al Coronel Gustavo Rincón Rivera, informándole que “con Resolución N° 1261 del 03 de diciembre del 2003, se dispuso su traslado a la Escuela Superior de Guerra, como Jefe de Centro de Estudios Estratégicos sobre Seguridad y Defensa Nacionales con novedad fiscal 09 de diciembre de 2003. // Su presentación debe efectuarse el día martes 09 de diciembre de 2003, a la iniciación del servicio.”

1.2.29. Copia de la respuesta dirigida el día 4 de diciembre de 2003 por la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional al apoderado del Coronel Rincón, en respuesta a su petición del 26 de noviembre anterior sobre el cumplimiento de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En ella se expresa lo siguiente:

“En relación con la obligación de cancelar los salarios dejados de devengar, el Grupo Contencioso Constitucional se encuentra a la fecha en liquidación de la obligación y proyección del acto administrativo de reconocimiento en consideración a que se recibió por

parte del Ministerio de Hacienda una adición presupuestal para cancelar sentencias en contra de la entidad, una vez se expida el acto administrativo le será inmediatamente notificado.

En relación con la parte e la sentencia correspondiente a reintegros y/o ascensos, fue remitido al Jefe de Personal Ejército, Coronel Jesús María Vivas Mosquera, con oficio No. 0005697 de fecha 04 Dic. 2003, con el fin de que éste resuelva su petición ya que es el competente para hacerlo.”

1.2.30. Copia de la respuesta que dio el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República el día 8 de diciembre a la petición radicada el 28 de noviembre de 2003 por el apoderado del Coronel Rincón, en los términos siguientes:

No obstante lo anterior, en lo que respecta al Primer Mandatario, le informo que el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 2269 del 10 de octubre de 2002, ordenando el reintegro del Coronel ® (sic) Gustavo Rincón Rivera y a la cancelación de los haberes dejados de devengar desde la fecha del retiro hasta la fecha del efectivo reintegro al servicio, entendiéndose para todos los efectos legales que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio, Acto del cual le remito copia.”

1.2.31. Derecho de petición interpuesto, sin constancia de recibo, por Juan Camilo Espinosa García en condición de apoderado de Gustavo Rincón ante el Comandante del Ejército Nacional, Mayor General Martín Orlando Carreño, solicitándole que le informara por escrito sobre (a) “los trámites que se llevaron a cabo por su Despacho para el ascenso a Brigadier General del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera”, (b) “oficio por medio del cual le fue enviado al Ministerio de Defensa Nacional el Decreto para ascenso del señor Coronel Rincón Rivera”, (c) “Actas de Junta Asesora del mes de noviembre de 2002”, (d) “Acta NO. 01 del 5 de febrero de 2003 de la Junta Asesora”, (e) “Actas Junta Asesora de noviembre de 2003”.

1.2.32. Copia de la comunicación dirigida el día 9 de enero de 2004 por el Director de Personal del Ejército, Coronel Germán Escobar, al apoderado del Coronel Rincón, así:

“En respuesta al derecho de petición del 26 de noviembre de 2003, recibido en la Dirección de Personal el 11 de diciembre de 2003, en el cual solicita información sobre el cumplimiento de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca a favor del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, me permito informar que de acuerdo con el artículo

33 del Código Contencioso Administrativo fue enviada por competencia a la Oficina Coordinadora Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa, quien se encargará de otorgar respuesta.”

1.2.33. Copia de la respuesta dirigida el 15 de enero de 2004 por el Comandante del Ejército Nacional, Mayor General Orlando Carreño Sandoval, al derecho de petición interpuesto por el apoderado del Coronel Rincón el 26 de noviembre de 2003, así:

“En respuesta al derecho de petición del 26 de noviembre de 2003, recibido en la Dirección de Personal el 11 de diciembre de 2003, en el cual solicita información sobre el cumplimiento de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca a favor del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera, me permito informar que con Decreto No. 2269 del 10 de octubre de 2002 se reintegró al citado oficial al servicio activo y con Resolución No. 69 del 05 de febrero de 2003 fue trasladado a la Escuela Superior de Guerra a adelantar el Curso de Altos Estudios Militares, dando así cumplimiento a la obligación de hacer, establecida en el fallo en la referencia.

Igualmente le informo que el Gobierno Nacional dentro de su potestad legal escogió libremente entre los candidatos a ascenso a Brigadier General, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 del Decreto 1790 de 2000 (...).”

1.2.34. Contestación dirigida el 16 de enero de 2004 por el Mayor Martín Orlando Carreño, Comandante del Ejército Nacional, al apoderado del peticionario, así: “Literal a – Le informo que se dio cumplimiento al trámite establecido en el Decreto 1790 de 2000 ‘Normas de Carrera del Personal de oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares’, como son: Artículos 51, 52, 53, 55 y 66. // Literal b – Esta petición se le está remitiendo al Comando General de las Fuerzas Militares para su respuesta por ser el competente para ello. Anexo oficio remisorio. // Literal c – Anexo envió fotocopia del Acta de la Junta Asesora del mes de noviembre de 2002. // Literal d – Anexo envió fotocopia del Acta No. 01 del 5 de febrero de 2003 de la Junta Asesora. // Literal e – Anexo envió fotocopia de la parte pertinente a su petición del Acta No. 07 del 21 de noviembre de 2003 de la Junta Asesora.”

1.2.35. Copia del derecho de petición presentado el 16 de enero de 2004 por el apoderado del Coronel Gustavo Rincón ante el Ministro de Defensa Nacional, solicitándole que informara por escrito “las razones por las cuales no me fueron canceladas las sumas que por concepto

de daños que fueron tasados dentro del proceso y a que hace relación el numeral 3º de la sentencia proferida dentro del proceso 99-3520 del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. // La anterior petición es necesaria para adjuntar en los trámites judiciales por el incumplimiento de la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de ustedes conocida.”

1.2.36. Respuesta de la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa al derecho de petición reseñado en el acápite precedente, en los términos siguientes: “El Ministerio de Defensa nacional, a través de la Resolución 1398 del 23 de diciembre de 2003, dio cumplimiento a la obligación dineraria consagrada en la sentencia a favor del Coronel Gustavo Rincón Rivera, de conformidad con lo resuelto en los considerandos y en la sentencia de fecha 18 de enero de 2002, la cual constituye el título ejecutivo fundamento del pago”.

1.2.37. Derecho de petición interpuesto, sin constancia de recibo, por el apoderado del Coronel Gustavo Rincón, Juan Camilo Espinosa García, ante el Ministro de Defensa Nacional, Jorge Alberto Uribe Echavarría, en el cual le solicita información escrita sobre los siguientes puntos: “a.- Oficio mediante el cual su Despacho recibió el proyecto de Decreto para el ascenso del Coronel por parte del Ejército Nacional. // b.- Los trámites que se llevaron a cabo por su Despacho para el ascenso a Brigadier General del Señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA. // c.- Los conceptos jurídicos que para tal efecto se llevaron a cabo. // d.- Oficio por medio del cual fue remitido el Decreto de ascenso del Señor Coronel. // e.- Oficio mediante el cual fue devuelto el proyecto de Decreto mencionado en el punto anterior por parte de la Presidencia de la República.”

1.2.38. Respuesta de la Secretaria General del Ministerio de Defensa al derecho de petición referido en el numeral anterior, con fecha 26 de enero de 2004, en los términos siguientes:

“En atención a su escrito sin fecha radicado en la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional el 05 de enero de 2004, mediante el cual solicita se informe por escrito los trámites surtidos con ocasión del proyecto de decreto de ascensos de un personal de las Fuerzas Militares, al grado de Brigadier General o Contralmirante, comedidamente me permito informarle:

1. De conformidad con la Directiva Permanente No. 016 de 2002, los proyectos de acto

administrativo que requieren la firma del señor Ministro de Defensa Nacional y/o Presidente de la República de Colombia, son radicados directamente por las dependencias encargadas de su trámite, en la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional – Grupo Negocios Generales.

Verificada la información se puede establecer que ni en la Oficina Jurídica de este Ministerio, ni en este Despacho, se recibió el proyecto de ascenso del señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA.

2. En cuanto a su segundo interrogante, me permito informarle que la gestión de este Despacho en los trámites administrativos para el ascenso del personal de oficiales de las Fuerzas Militares, depende de la elaboración previa de los mismos por parte de las Oficinas de Personal de las Fuerzas Militares y el Comando General de las Fuerzas Militares, con fundamento en todo caso, en las recomendaciones de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

En este orden de ideas, me permito informarle que en esta Secretaría General no se recibió, ni tramitó, ningún proyecto de decreto de ascenso del señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA, al grado de Brigadier General, ni concepto jurídico al respecto.

3. Finalmente y por sustracción de materia, tampoco existe oficio con el que se haya remitido el proyecto de decreto por el que se indaga, ni mucho menos oficio por el cual se haya devuelto el mismo, por parte de la Presidencia de la República.”

1.2.39. Comunicación dirigida el 9 de febrero de 2004 al apoderado del Coronel Rincón por la Secretaria General del Ministerio de Defensa Nacional, en los términos siguientes:

“En atención a su escrito sin fecha, remitido a este Ministerio por el señor General Carlos Alberto Ospina Ovalle, Comandante General de las Fuerzas Militares, con oficio No. 55113 CGFM-AL-723 del 21 de enero de 2004, mediante el cual solicita se de respuesta al literal ‘b’ de su escrito de petición sin fecha, relacionado con el oficio por medio del cual fue enviado a este Ministerio, el Decreto para ascenso del señor Coronel RINCON RIVERA, comedidamente me permito reiterarle, tal y como se le informó con oficio No. 562 del MDJNG-720 del 26 de enero de 2004, que de conformidad con la Directiva Permanente No. 016 de 2002, los proyectos de acto administrativo que requieren la firma del señor Ministro de Defensa

Nacional y/o Presidente de la República de Colombia, son radicados directamente por las dependencias encargadas de su trámite, en la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional – Grupo Negocios Generales.

Así mismo, previa verificación de la información se pudo establecer que ni en la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, ni en este Despacho, se recibió el proyecto de ascenso del señor coronel GUSTAVO RINCON RIVERA.”

1. Contestación de las autoridades demandadas.

1.3.1. Contestación del Presidente de la República

La apoderada del Presidente de la República expresó, en contestación a la acción de tutela de la referencia, los siguientes argumentos para oponerse a la prosperidad de las pretensiones del Coronel Rincón:

1. El Gobierno Nacional dio cumplimiento al fallo del 18 de enero de 2001 “ordenando el reintegro así como el respectivo pago, mediante el Decreto 2269 de 2002”. Precisa la apoderada que en cumplimiento del fallo de tutela del 3 de febrero de 2003, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Ministerio de Defensa Nacional expidió la Resolución No. 69 del 5 de febrero de 2003, “con el objeto de que el accionante adelantara el Curso de altos Estudios, evidenciándose así el cumplimiento”.

También expresa la apoderada que según ha precisado “la misma Corporación”, no es posible ordenar ascensos militares por vía judicial, puesto que entre otras, el artículo 66 del Decreto 1790 de 2000 dispone que el ascenso a Brigadier General es una facultad que el Gobierno podrá ejercer libremente. En ese sentido, precisa la apoderada que “el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca no actuó arbitrariamente ordenando un ascenso constreñido o forzado al Gobierno Nacional, sino que la orden dirigida a restablecer el derecho, consistió en el reintegro con dos opciones: como primera opción, señaló que fuere al cargo y grado que venía desempeñando y, como segunda opción, utilizando la ‘o’ que es disyuntiva o alternativa (adj. Que tiene la cualidad de desunir) no conjuntiva (adj. Que junta y une una

cosa con otra), a otro cargo y grado de superior categoría que le corresponda, previo llamamiento a curso de Altos Estudios, para lo cual, nada dijo sobre el ascenso, puesto que ello implicaría coartar la autonomía que le otorga el ordenamiento jurídico al Gobierno Nacional de escoger ‘libremente’, esto es, con absoluta libertad y respetando la normatividad vigente. Justamente, el H. Tribunal no señaló un ascenso per se, ni mucho menos ordenó obviar las normas que rigen dicho procedimiento”.

También explica que en el fallo de tutela del 3 de febrero de 2003, el mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca precisó que en la parte resolutive del fallo del 18 de enero de 2001 se ordenaron tres situaciones: (i) reconocer y pagar, (ii) reintegrar y (iii) llamar a curso de altos estudios. De allí deduce la apoderada que “el mismo Tribunal advierte las interpretaciones diversas que se le pretenden dar al fallo, entre éstas la orden de un ascenso que el mismo Tribunal precisa que no impartió. Por tanto, el Ministerio de Defensa Nacional ha dado cabal cumplimiento a la orden impartida por el H. Tribunal, atendiendo, incluso, los conceptos emitidos por la Presidencia de la República, reintegrándolo y llamándolo a curso de altos estudios, así como reconociendo y pagando las sumas ordenadas. // Ahora bien, una vez cumplido el fallo, es discrecional del Gobierno Nacional el ascenso a Brigadier General, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto Ley 1790 de 2000”.

1. En cuanto a la presunta violación del derecho a la igualdad del Coronel Rincón, recuerda la apoderada que en la sentencia C-757 de 2002, la Corte se pronunció sobre la palabra “libremente” contenida en los artículos 65, 66 y 67 del Decreto Ley 1790 de 2000, declarándola exequible frente a un cargo de inconstitucionalidad por desconocimiento del principio de igualdad. Alegaba el demandante en ese proceso de control de constitucionalidad que dicha palabra generaba una desigualdad entre los oficiales de grados superiores y los demás suboficiales y oficiales, puesto que para los altos cargos existía la posibilidad de efectuar nombramientos arbitrarios “como si fueran cargos de libre nombramiento y remoción”, mientras que para los demás “las condiciones de ascenso se ciñen a los requisitos que para cada caso indica la carrera especial”. Acto seguido, la apoderada cita apartes de la sentencia C-757/02, en particular el siguiente extracto, que se transcribe textualmente por haber sido el fundamento de la declaratoria de exequibilidad de la expresión demandada:

“(…) según lo señaló con razón el Ministerio Público, la designación de aquellas personas que ostentan las más altas dignidades tanto en la esfera puramente administrativa como en la relativa a la defensa de la soberanía nacional, deben estar desprovistas de imposiciones que aten a la primera autoridad civil y militar del Estado en la toma de decisiones para el cabal cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, amén del grado de confianza que debe mediar entre el Presidente de la República y sus colaboradores inmediatos. Por lo tanto, la discrecionalidad en su designación no puede tener otros límites y controles”.

Con base en este pronunciamiento, afirma la apoderada que “no se vulnera el derecho a la igualdad, al ejercer la potestad otorgada, escogiendo libremente a quienes ocuparán altas dignidades en la esfera de la defensa de la soberanía, quienes, señala la Corte, deben estar desprovistos de imposiciones tendientes a constreñir la toma de una decisión relacionada con su ascenso”.

1.3.1.3. Expresa la apoderada que la acción de tutela de la referencia es idéntica en cuanto a sus pretensiones y fundamentos de hecho y de derecho a la acción de tutela que interpuso el Coronel Rincón el 17 de enero de 2003, y que fue resuelta mediante fallo del 3 de febrero de 2003 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Precisa que el Coronel Rincón no ha justificado adecuadamente el motivo por el cual ha presentado la misma acción de tutela ante distintos jueces, según dispone el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991: “La justificación del libelista consiste en que la primera acción de tutela, esto es, la presentada el 17 de enero de 2003, era por cuanto se estaba ‘omitiendo uno de los pasos allí exigidos cual era el previo llamamiento a curso de altos estudios’. No obstante tenemos que las dos acciones de tutela han sido idénticas, y sus pretensiones se dirigieron a obtener el cumplimiento a la decisión judicial emanada del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección ‘C’ de enero 18 de 2002. // Así las cosas, la justificación no coincide con la realidad procesal presentada en las acciones de tutela de enero 17 de 2003 y la que nos ocupa, en la que se ha accionado a la misma autoridad, esto es, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por los mismos hechos, salvo los nuevos generados en el período comprendido entre una y otra, y con la misma pretensión, esto es, el cumplimiento total y efectivo de una sentencia.”

1.3.1.4 Por último, la apoderada precisa que el Presidente de la República no representa judicial ni legalmente a la Nación, la cual fue representada dentro del proceso de nulidad y

restablecimiento del derecho promovido por el actor, por el Ministerio de Defensa; y que el Presidente de la República, si bien simboliza la unidad nacional, no está obligado a atender todos los asuntos propios del Gobierno, puesto que puede hacerlo a través de los Ministerios del ramo pertinente. “En el caso que nos ocupa –afirma-, para dar cumplimiento a la orden impartida por el H. Tribunal de Cundinamarca a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional se requirió de la intervención del Presidente de la República a fin de expedir el Decreto 2269 de 2002, en los términos del artículo 115 de la Constitución (...)”. Finalmente, expresa que “para ascender al grado de Brigadier General no se requiere simplemente aprobar el curso de Altos Estudios, ni ello depende exclusivamente del Primer Mandatario, sino que es deber respetar la libertad conferida por el Decreto Ley 1790 al Gobierno Nacional (Presidente de la República junto con su Ministro de Defensa Nacional), para lo cual, es claro que el Primer Mandatario confía plenamente en el Ministro de Defensa Nacional, y en los procedimientos que desarrolla este Ministerio en cumplimiento de sus obligaciones.”

1.3.2. Contestación del Ministerio de Defensa Nacional.

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional, en escrito de contestación a la acción de tutela presentado oportunamente ante el juez de primera instancia, expresó lo siguiente en oposición a las alegaciones de la demanda:

“1. La entidad ya dio cumplimiento total a la sentencia del 18 de enero del 2002 a favor del Coronel Gustavo Rincón.

2. En la sentencia del 18 de enero de 2002 no se ordenó el ascenso a Brigadier General del Tutelante.

3. A través de la acción de tutela presentada por el accionante en el mes de enero del 2003 correspondiéndole el reparto al Tribunal Contencioso de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección ‘C’ (Rad. 03 T 0030), se le otorgó la protección que como mecanismo transitorio solicitaba el tutelante protegiéndole los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, ordenándose el cumplimiento inmediato de la misma y desestimándose la violación al derecho fundamental a la igualdad.

4. La protección otorgada al accionante se surtió como mecanismo transitorio, término que ya transcurrió.

5. Existe hecho superado por parte de la Administración”.

Cada uno de estos puntos es desarrollado en detalle en la contestación. Además, en el capítulo sobre “hechos”, se efectúan las siguientes afirmaciones relevantes:

“- Aunque si bien es cierto han existido discrepancias en el cumplimiento de la sentencia a favor del Coronel Gustavo Rincón, lo anterior no se debió a persecución en contra del mencionado sino a que la Entidad en su momento consideró que no existía claridad en la sentencia en cuanto al procedimiento administrativo para darle cumplimiento a la misma.

- Se consideró entonces por la Entidad que el Coronel Rincón debía surtir todo el trámite que surten los demás militares cuando se analizan los ascensos como es el análisis de procedencia de ser llamados a Curso de Altos Estudios, lo cual se realiza por una Junta Asesora. En ejercicio de sus funciones la Junta Asesora no recomendó el llamamiento a Curso de Altos Estudios de varios funcionarios entre los que se encontraba el Coronel Gustavo Rincón.

- Inconforme con esta decisión el Coronel Gustavo Rincón presentó acción de tutela contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda (...).

- Es de observarse que el Coronel Rincón en la Acción de tutela fallada el 3 de febrero de 2003, no solicitó el ‘llamamiento a Curso de altos Estudios al señor Coronel Gustavo Rincón’ (sic), solicitó el cumplimiento total y efectivo a la sentencia, lo cual fue precisamente lo que se tuteló por el Honorable Tribunal Contencioso de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección ‘c’ (...) en la sentencia del 03 de febrero del 2003, la cual fue confirmada por el Consejo de Estado, lo cual llevó a que la demanda por incumplimiento de la misma por parte del señor Coronel Rincón en desacato, tampoco prosperara.

- Es de tener en cuenta que en la sentencia de Acción de Tutela 03 T 0030 y en la confirmación del H. Consejo de Estado se aclaró por parte de éste que en relación con el cumplimiento de la sentencia ‘que en modo alguno se condicionó la ejecución de la orden de llamar a curso de ascenso al actor a un nuevo procedimiento administrativo de evaluación y concepto por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional’ (...), aseveración que permitió aclarar el procedimiento que debía surtir la entidad para el cumplimiento de la

sentencia.

- Por lo tanto las manifestaciones que en los hechos esboza el accionante en esta acción de tutela contra los miembros de la Junta Asesora al inhibirse de tomar alguna decisión en relación con la recomendación al Gobierno Nacional del ascenso del señor Coronel Gustavo Rincón a Brigadier General carecen totalmente de fundamento, éstos simplemente acogieron lo dicho por la Jurisdicción Contenciosa en la acción de tutela mencionada.

- Las peticiones se han remitido la gran mayoría de veces a la oficina de personal en consideración a que de conformidad con la Resolución No. 6530 de 1995, las peticiones elevadas a la Entidad deben ser resueltas por los funcionarios que conocen del tema, siendo las peticiones relacionadas con movimientos de personal militar el competente para contestar (sic) es el jefe de personal del Ejército Nacional ya que a esa fuerza pertenece el Coronel Gustavo Rincón.

- No es cierto como asevera el accionante que la sentencia del Tribunal Contencioso de Cundinamarca del 18 de febrero de 2002 haya ordenado el ascenso a Brigadier General del Coronel Gustavo Rincón.

* No es cierto que en la acción de tutela instaurada por el Coronel Gustavo Rincón ante el Tribunal Contencioso de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección ‘C’ (Rad. 03 T 0030), se haya ordenado el ascenso a Brigadier General del accionante.”

1.4. Otras pruebas que obran en el expediente

1.4.1. En respuesta a una orden del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Subdirector de Personal del Ejército Nacional remitió, para que formaran parte del expediente de la referencia, (a) una certificación en la que se indica el nombre, grado y orden de antigüedad para ascenso del personal de oficiales del Ejército Nacional de cinco miembros integrantes del Curso de Altos Estudios Militares de 2003, y (b) un extracto de las hojas de vida de algunos de los oficiales del Ejército Nacional que formaron parte del referido Curso de Altos Estudios Militares de 2003. Igualmente lo hicieron el Jefe de Desarrollo Humano de la Fuerza Aérea y el Director de Personal de la Armada Nacional.

1.4.2. Obra en el expediente copia de la providencia dictada el 3 de febrero de 2004 por el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, en la cual resolvió negar la solicitud de desacato presentada mediante apoderado por el Coronel Gustavo Rincón, al considerar que en el fallo de tutela del mismo Tribunal del 3 de febrero de 2003, “la acción inmediata ordenada para la protección de los derechos fundamental (sic) invocados, como mecanismo transitorio, fue únicamente llamarlo a Curso de Altos Estudios Militares, obligación, debidamente cumplida, como se ha demostrado al expediente. // El desacato que se invoca en esta oportunidad, no puede reemplazar el proceso ordinario al cual puede recurrir el incidentalista, para lograr el cumplimiento de la sentencia, si considera que no se ha dado estricto cumplimiento. // Reiteramos que, la orden de tutela, fue dada como mecanismo transitorio y bajo el entendido que para el Curso de Altos Estudios no tendría opción hacia el futuro por razón de la edad. Más el ascenso que en esta oportunidad se solicita ordenar, no fue objeto de la sentencia de tutela y por tanto no se puede establecer desacato, por orden que no se profirió.”

1.4.3. También hay en el expediente una copia de la providencia adoptada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda el día 25 de febrero de 2004, al resolver la impugnación presentada por el Coronel Gustavo Rincón contra la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 3 de febrero de 2004, que negó su solicitud de declaratoria de desacato. En esta providencia, el Consejo de Estado resolvió confirmar la decisión impugnada, por cuanto “la orden de tutela consistió ‘en el llamamiento a curso’, lo cual ya quedó demostrado en el plenario, no el ascenso a Brigadier General, decisión que es propia y potestativa del Gobierno Nacional”.

2. Decisión del juez de primera instancia.

Mediante decisión del 24 de marzo de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta – Subsección A, resolvió declarar improcedente la acción de tutela en relación con los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, y denegarla en relación con el derecho a la igualdad.

2.1. En primer lugar, estimó el Tribunal que si bien el Coronel Rincón había interpuesto una acción de tutela el 17 de enero de 2003 para obtener el cumplimiento del fallo del 18 de enero de 2002, dicha acción no se basaba en los mismos hechos que dieron lugar a la interposición de la tutela actual: “en la acción de tutela que nos ocupa, narra nuevos hechos

(...) con base en los cuales solicita que se ordene el ascenso a Brigadier General, razón por la cual no se advierte la actuación temeraria que alega la apoderada del señor Presidente de la República. // Al no tener las dos acciones de tutela el mismo objeto, tampoco se da la cosa juzgada que plantea la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional.”

2.2. En cuanto a la aludida violación de los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, afirma el Tribunal:

“Respecto a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto el actor el 18 de abril de 2004 cumple la edad límite para acceder al grado de Brigadier General, y con ello se hace imposible el cumplimiento del fallo del 18 de enero de 2002, proferido por esta Corporación, Sección Segunda, Subsección ‘C’, la Sala observa que el derecho fundamental al debido proceso conexo con el referente al acceso efectivo a la administración de justicia, cuya vulneración se alega por el demandante, bien puede hacerse valer en el proceso ejecutivo que para el cumplimiento de la misma ya instauró según lo informa en la demanda, y consta a folios 429 a 437 del expediente, donde pide se dicte Decreto Adicional suscrito por el señor Presidente de la República por medio del cual se de cumplimiento integro a la sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha enero 18 de 2002, mediante el cual se ordene la inclusión del señor Coronel Gustavo Rincón rivera, en el curso de Altos Estudios Militares del año 2003, según lo ordenado por la sentencia de tutela No. 033 – T 0030 de febrero 3 de 2003, expedida por el mismo tribunal (Negrillas fuera de texto). En consecuencia, por este aspecto, la acción de tutela resulta improcedente.”

2.3. En cuanto a la aludida violación del derecho a la igualdad, en la medida en que al peticionario no se le ascendió a Brigadier General como sí sucedió con sus compañeros del Curso de Altos Estudios Militares, afirma el fallador de instancia que el ascenso a Brigadier General “es una decisión propia y potestativa del Gobierno Nacional, según lo dispuesto por el artículo 66 del Decreto 1790 de 2000, cuya expresión ‘libremente’ fue declarada exequible por la H. Corte Constitucional en providencia C-757-02. (...) Así pues, la Sala no encuentra vulnerado el derecho a la igualdad, toda vez que la discrecionalidad para ascender al grado de Brigadier General o contraalmirante, la otorga la ley al Gobierno Nacional, y la norma en sí no introduce un trato diferencial, amén de que la valoración de cada aspirante es individual y, por lo tanto, no se puede predicar que todos los aspirantes se encontraban en situación de

igualdad para el ascenso.”

La decisión del Tribunal Administrativo fue impugnada por la parte accionante.

3. Decisión del juez de segunda instancia.

Mediante sentencia del 20 de mayo de 2004, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección ‘A’, resolvió modificar el fallo de primera instancia en el sentido de denegar la tutela impetrada, con base en las consideraciones siguientes:

“(…) en la providencia de 18 de enero de 2002 se ordenó el reintegro del señor Gustavo Rincón Rivera en el grado que venía desempeñando en la carrera militar o en otro de superior jerarquía, previo llamamiento a curso de altos estudios militares.

El Ministerio de Defensa Nacional quedó facultado para determinar si reintegraba al actor en el grado que ostentaba al momento de su retiro o a uno de superior jerarquía y así lo decidió en el decreto No. 2269 de 10 de octubre de 2002 al disponer que fuera en el grado de Coronel (fls. 92 y 93 cdno No. 2).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en dicho fallo también declaró la nulidad parcial de la resolución 00009 de 8 de enero de 1999, acto administrativo que había excluido al actor del grupo de oficiales llamados a adelantar el curso de altos estudios militares, porque se demostró que reunía todos los requisitos para ser convocado (fl. 181 cdno. No. 2).

Como consecuencia de esta nulidad parcial se le reconoció al señor Rincón Rivera el derecho a ser convocado y así se dispuso en el restablecimiento del derecho, al ordenarse el reintegro, ‘previo llamamiento a curso de altos estudios militares’.

Pero esta orden de llamamiento a curso no lleva implícita la del ascenso a Brigadier General, porque como ya se dijo, el Ministerio de Defensa Nacional quedó facultado para reintegrar al actor en el grado que ocupaba al momento de su retiro o a otro de superior jerarquía.

Además, por vía de tutela resulta improcedente ordenar la promoción que pretende el actor, pues no podría la Sala sin violar el debido proceso, inmiscuirse en competencias propias del Presidente de la República y, ordenar mediante esta acción el ascenso a Brigadier General,

sin contar con los elementos de juicio que se requieren para tomar esta determinación.

(...) el hecho de haber cursado y aprobado el curso de altos estudios militares no otorga el derecho al ascenso, porque esta es una decisión propia y facultativa del Gobierno Nacional.”

II. Consideraciones y Fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos a resolver

El accionante considera que las autoridades demandadas han vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, por haberse negado a dar cumplimiento al fallo del 18 de enero de 2002 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; en criterio del Coronel Gustavo Rincón, dicho fallo ordenó llevar a cabo una serie de actuaciones entre las cuales se encontraban (i) su reintegro al servicio activo, (ii) el pago de los haberes dejados de recibir, (iii) su llamamiento al curso de altos estudios, y (iv) su posterior ascenso al grado de Brigadier General. Afirma el peticionario que las autoridades demandadas han sido renuentes a dar cumplimiento a este fallo, lo cual sólo ha logrado en forma parcial a través de una acción de tutela; actualmente, acude nuevamente al amparo constitucional de sus derechos para solicitar que se ordene a las autoridades en cuestión proceder a ascenderlo al referido grado de Brigadier General. Explica, además, que las sucesivas peticiones que ha presentado ante la Presidencia de la República, el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional han sido respondidas de forma incompleta y evasiva. Todo ello, resalta el Coronel Rincón, como una forma de retaliación por la gestión que adelantó cuando dirigía el Fondo Rotatorio del Ejército Nacional, durante la cual denunció varios casos de desviación de fondos públicos por medio de contratos indebidamente celebrados.

En consecuencia, el problema jurídico central planteado por la acción de tutela es el

siguiente: ¿desconocieron el Presidente de la República, el Ministro de Defensa Nacional y el Comandante del Ejército Nacional los derechos fundamentales del Coronel Gustavo Rincón al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad, al abstenerse de ascender al Coronel Rincón al grado de Brigadier General -lo cual equivale para el peticionario a un incumplimiento del fallo del 18 de enero de 2002 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-?

La resolución de este problema jurídico exige que la Corte se pronuncie brevemente sobre el alcance del fallo del 18 de enero de 2002 en cuestión, como lo hicieron los jueces de instancia dentro del presente proceso de tutela.

Sin embargo, una vez analizados las diversas pruebas documentales que obran en el expediente, la Sala ha detectado un problema jurídico adicional que plantea el caso concreto, y que debe ser resuelto en forma expresa; tal problema se deriva de que en relación con el Coronel Rincón, el Presidente de la República ejerció su facultad discrecional de decidir sobre el ascenso de los altos mandos militares con base en una recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, la cual se motivó en forma expresa, tal y como consta en el acta de la reunión de esta Junta que tuvo lugar el 21 de noviembre de 2003; pues bien, como se explicará más adelante, la motivación de dicha recomendación puede adolecer de serios problemas de constitucionalidad, por lo cual se hace necesario dar respuesta al siguiente interrogante:

¿Se desconocieron los derechos constitucionales del peticionario cuando la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa se motivó en razones expresas que constan en el expediente, relacionadas con la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 8 de enero de 2002, recomendación en la cual se basó el Presidente de la República para abstenerse de ascender al Coronel Rincón al grado de Brigadier General?

La Sala abordará el estudio de ambos problemas jurídicos en los acápites subsiguientes, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, y luego de pronunciarse sobre la procedencia de la acción de tutela en este caso.

3. Procedencia de la acción de tutela.

3.1. La acción de tutela, según ha establecido en repetidas oportunidades esta Corte, fue

consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, que no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. Por este motivo, el artículo 86 de la Carta dispone que dicha acción “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”¹. La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso². La idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar, por lo tanto, en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.

3.2. No obstante lo anterior, el mismo Constituyente introdujo una excepción a dicha regla de subsidiariedad, en el mismo artículo 86 Superior: a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuandoquiera que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. La jurisprudencia de esta Corte³ ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable⁴.

3.3. La Sala considera que el accionante en este caso ha demostrado adecuadamente que la acción de tutela es procedente en tanto mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que llena las anteriores características. Se afirma en la demanda que el perjuicio que se busca prevenir se deriva del no cumplimiento de la orden judicial de enero 18 de 2002, y consiste en que “conforme al régimen de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, el hecho de sobrepasar la edad de 55 años en el grado de Coronel, edad que alcanza el afectado Coronel Rincón Rivera el próximo 18 de abril de 2004, obliga a la institución a retirarlo del servicio activo (Decreto Ley 1790 de 2000,

artículo 105)”.

Si bien la fecha en la cual el actor habría de llegar a la edad de retiro obligatorio para quienes ocupan el grado de Coronel ya ha transcurrido hace varios meses, observa la Sala que al momento de interposición de la acción de tutela, tal perjuicio era cierto e inminente, grave y de urgente atención, puesto que no se tenía certeza sobre el ascenso, y era posible que éste no se surtiera hasta el momento en que cumpliera dicha edad el peticionario. Por otra parte, observa la Sala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto Ley 1790 de 2000, la edad de retiro forzoso para el cargo de Brigadier General es de 58 años; sujetar el cumplimiento de la orden que el peticionario considera fue impartida en el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de que se le ascienda a dicho grado, a la realización de un nuevo proceso ejecutivo para lograr su cumplimiento, no solamente resultaría desproporcionado, sino que probablemente no llevaría a obtener un pronunciamiento judicial de fondo sobre el derecho que asiste al accionante antes de que éste cumpla la referida edad. Cualquiera que sea la edad de retiro forzoso que se tome como referente, considera la Corte que ambas son criterios válidos para determinar la existencia de un posible perjuicio irremediable, consistente en que el Coronel Rincón, o bien no podría acceder materialmente a la protección constitucional de sus derechos por ser desvinculado del servicio al cumplir la edad de retiro forzoso siendo Coronel, o bien no alcanzaría a obtener un pronunciamiento judicial de fondo sobre el derecho que le asiste a ser ascendido al grado de Brigadier antes de cumplir la edad de retiro forzoso correspondiente a este último nivel. Procede la tutela, así, en tanto mecanismo transitorio para proteger los derechos invocados en la demanda.

En consecuencia, entrará la Sala a pronunciarse de fondo sobre los problemas jurídicos que plantea este caso.

4. El ascenso de los altos mandos militares en tanto facultad discrecional del Presidente de la República. Improcedencia de la acción de tutela para ordenar ascensos al nivel de los altos mandos militares. Reiteración de jurisprudencia. Análisis del primer problema jurídico planteado por la demanda.

4.1. Al pronunciarse en la sentencia C-757 de 20025 sobre la constitucionalidad del artículo

66 del Decreto Ley 1790 de 2000, en el cual se consagra que la decisión de ascender a los oficiales del Ejército al grado de Brigadier General es una facultad discrecional del Presidente de la República, la Corte explicó:

“(…) según lo señaló con razón el Ministerio Público, la designación de aquellas personas que ostentan las más altas dignidades tanto en la esfera puramente administrativa como en la relativa a la defensa de la soberanía nacional, deben estar desprovistas de imposiciones que aten a la primera autoridad civil y militar del Estado en la toma de decisiones para el cabal cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, amén del grado de confianza que debe mediar entre el Presidente de la República y sus colaboradores inmediatos. Por lo tanto, la discrecionalidad en su designación no puede tener otros límites y controles diferentes a los impuestos por la misma Constitución.

La misma Constitución Política en su artículo 189-19 le otorga al Presidente de la República la facultad de conferir grados a los miembros de la Fuerza Pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173 de la C.P. Razón esta de más para considerar que la norma cuestionada es constitucional.”

Sobre la base de esta doctrina la Corte adoptó un fallo de exequibilidad que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional. La Sala reitera en esta oportunidad que el ascenso a los más altos grados de las Fuerzas Armadas es, por su naturaleza y su trascendencia, una decisión que el Presidente de la República está llamado a adoptar con autonomía y en ejercicio de su discrecionalidad, dentro de los límites trazados por la Constitución Política.

4.2. Por otra parte, siguiendo esta misma línea doctrinal, en la sentencia T-1528 de 2006 la Corte se pronunció sobre un caso similar al actual, en el sentido de que el peticionario en ese proceso solicitaba que se ordenara su ascenso al grado de Coronel del Ejército por vía de tutela. Dijo la Corte:

“...Ahora bien, lo pretendido por el actor con la acción de tutela, como el mismo lo afirma, no es el estudio de su hoja de vida para el próximo Comité Evaluador, sino que se ordene su promoción al grado superior, circunstancia que resulta absolutamente improcedente por vía de tutela, pues no podría la Corte sin violar ahí si el debido proceso, inmiscuirse en competencias propias del Presidente de la República y, ordenar mediante esta acción el ascenso automático del demandante al grado de Coronel, sin contar con los elementos de

juicio que se requieren para tomar esa clase de decisiones”

Esta doctrina también será reiterada en esta oportunidad: no puede el juez de tutela ordenar al Presidente de la República que lleve a cabo determinado ascenso dentro de los altos mandos de la jerarquía militar, puesto que ello corresponde a una facultad discrecional que constitucionalmente le corresponde al Primer Mandatario en tanto Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas. Ello no obsta, sin embargo, para que el juez de tutela verifique si con el ejercicio de tal facultad discrecional se han desconocido los derechos fundamentales de las personas afectadas, como se verá en los acápites siguientes, para efectos de ordenar una medida remedial distinta al ascenso, que satisfaga los requerimientos de cada caso particular.

Subraya la Corte que la discrecionalidad del Presidente para adoptar las decisiones relativas al ascenso de oficiales y la concesión de grados a los miembros de la Fuerza Pública (art. 189-19, C.P.) obedece a varias razones, dentro de las cuales se destacan (i) el ámbito material dentro del cual se inscribe dicha potestad, v.gr. el orden público, un asunto cuya dirección ha sido atribuida expresamente al Presidente de la República; (ii) la trascendencia de dicha decisión en la medida en que los oficiales se encuentran en la línea de mando para la ejecución de las órdenes que el Presidente, como cabeza del poder civil, imparta; (iii) la especialísima relación de confianza que se deriva de lo dicho anteriormente; (iv) el sometimiento del ejercicio de esta facultad discrecional a un control político específico, consistente en la aprobación del Senado (artículo 173, C.P.).

4.3. Sobre la base de la anterior doctrina constitucional, observa la Sala que en este caso la pretensión del Coronel Rincón es que se ordene cumplir el fallo del 18 de enero de 2002 del Tribunal Administrativo, que en su concepto dispuso su ascenso al grado de Brigadier General, luego de haber sido reintegrado y llamado al Curso de Altos Estudios Militares.

En la demanda se realiza un esfuerzo argumentativo importante para demostrar que lo ordenado por el Tribunal fue, efectivamente, el ascenso del Coronel Rincón al grado de Brigadier General. Se cita a este respecto un aparte de la parte motiva de dicha providencia, en donde se dijo que se accedería a las pretensiones de la demanda – entre las cuales se encontraba la de ordenar el ascenso. Sin embargo, la parte resolutive de esta providencia es diáfana en cuanto a lo que allí se ordenó:

“2º. ORDENAR a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL el REINTEGRO del Señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA C.C. No. 13.347.529 de Pamplona – Norte de Santander, al cargo y grado que venía desempeñando en la carrera militar, al momento del retiro del servicio activo o, a otro de superior categoría que le corresponda, previo llamamiento a curso de altos estudios, considerándolo en actividad para todos los fines legales...”

Tal y como lo observaron los falladores de instancia en el proceso de tutela, así como los jueces que conocieron de los incidentes de desacato promovidos por el peticionario, en esta parte resolutive no se ordenó el ascenso del Coronel Rincón. Mal podría hacerlo un juez contencioso administrativo dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que como arriba se ha explicado, el ascenso a los altos mandos del estamento militar es una potestad discrecional del Presidente de la República, y no se puede ordenar por vía judicial que se lleve a cabo dicho ascenso puesto que ello reñiría con la estructura constitucional misma de la Fuerza Pública, sometida jerárquicamente a la dirección del Jefe de Estado, como representante del poder civil democráticamente elegido.

4.4. Se concluye, pues, que en el fallo del 18 de enero de 2002 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se ordenó el ascenso del Coronel Rincón al grado de Brigadier General. En esa medida, dicho fallo no obligaba al Presidente de la República a incluir al Coronel Gustavo Rincón entre los oficiales que siguieron y aprobaron el Curso de Altos Estudios Militares y que fueron promovidos a dicho rango mediante Decreto 3445 del 28 de noviembre de 2003. Tampoco obligaba a los órganos que participan en las diversas etapas del proceso encaminado a definir si es conveniente el ascenso, a decidir que el tutelante debía ineludiblemente ser ascendido a un grado específico. Al abstenerse de ascender a dicho Coronel, el Presidente de la República no desconoció una orden judicial, por lo cual no se violaron por este concepto los derechos fundamentales invocados en la demanda.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que en el proceso relativo al ascenso del Coronel Rincón se hubiesen podido presentar violaciones de sus derechos constitucionales. Este punto, que corresponde al segundo problema jurídico planteado por este caso, será explorado a continuación.

5.1. La Corte Constitucional ha precisado en numerosas oportunidades que si bien es

constitucionalmente aceptable que exista un margen de discrecionalidad para ciertas autoridades en la toma de determinadas decisiones que les competen, dicha discrecionalidad se encuentra no obstante sujeta a límites establecidos en la Carta Política, y no puede ejercerse de forma tal que devenga en un ejercicio arbitrario de la autoridad. Dicha discrecionalidad es mayor o menor dependiendo de múltiples factores. Se puede citar a este respecto, como un ejemplo de esta sólida línea jurisprudencial específicamente en el ámbito militar, la sentencia T-967 de 20017, en la que la Corte precisó así los alcances y límites de la discrecionalidad de los servidores públicos:

“La facultad discrecional que la ley concede en algunos eventos a la autoridad, se encuentra relacionada con el debido proceso en la medida en que muchas veces su ejercicio no conlleva una libertad absoluta sino que se encuentra reglada o restringida por las mismas disposiciones legales. Cabe señalar que la facultad discrecional no es sinónimo de “capricho” o “arbitrariedad”, de tal manera que toda decisión por mayor o menor margen de discrecionalidad de que se disponga, debe consultar los fines del estado y estar acorde a los hechos que le sirven de fundamento.

Es así como el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo señala que toda decisión discrecional sea de carácter general o particular, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirvan de causa.”

5.2. En efecto, el nivel de discrecionalidad con el que cuenta la autoridad será mayor o menor dependiendo del detalle con el cual el Legislador haya regulado la materia – es decir, el ejercicio de la facultad discrecional estará más o menos reglado en términos legales, dependiendo de la mayor o menor amplitud del campo reservado para ese fin por el Legislador a través de los requisitos establecidos en las normas aplicables. En materia de ascensos militares dicha discrecionalidad alcanza una gran amplitud, puesto que no está sometida a restricciones materiales de orden legal sino que, por el contrario, obedece al ejercicio de una facultad que la ley califica de libre y que la Constitución confía al Jefe de Estado, con el control político de aprobación ejercido por el Senado. Las normas legales regulan procedimientos y condiciones previas al ejercicio libre de la facultad presidencial. Por lo tanto, una vez cumplidos tales procedimientos y reunidas las condiciones de ley, el Presidente de la República decide libremente quién ha de ascender y quién no.

5.3. En este caso, el problema jurídico a resolver se relaciona con una facultad del Presidente de la República que, como se vio, es de libre ejercicio por disposición legal expresa – en efecto, según establece el artículo 66 del Decreto Ley 1790 de 2000, el Primer Mandatario puede decidir libremente sobre el ascenso al grado de Brigadier General, entre los candidatos que cumplan con los requisitos establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables:

ARTICULO 66.- ASCENSO A BRIGADIER GENERAL O CONTRAALMIRANTE. Para ascender al grado de Brigadier General o Contraalmirante, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina, que posean el título de oficial de Estado Mayor y además que hayan adelantado y aprobado el “Curso de Altos Estudios Militares” en la Escuela Superior de Guerra de Colombia, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Ahora bien, según se precisa en el Decreto presidencial mediante el cual se ascendió al grado de Brigadier General a los oficiales que finalizaron junto con el peticionario el Curso de Altos Estudios Militares, los requisitos que éstos debían cumplir para acceder a dicho ascenso, además de los establecidos en el artículo 66 transcrito, son los que consagran los artículos 51 al 53 del mismo Decreto Ley 1790 de 20008 – entre ellos, de especial relevancia para el presente caso es el que consagra el artículo 53-f, a saber, contar con concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

En esta medida, se tiene que según lo reconoció el mismo Presidente de la República en la parte motiva del Decreto de ascenso de los oficiales en cuestión al grado de Brigadier General, su facultad de decidir sobre tal ascenso es libre por mandato legal, pero también debe ejercerse con cumplimiento de ciertos requisitos procedimentales establecidos por el Legislador. En su contestación a la acción de tutela bajo examen, la Presidencia de la República constató que “para ascender al grado de Brigadier General no se requiere simplemente aprobar el curso de Altos Estudios, ni ello depende exclusivamente del Primer Mandatario, sino que es deber respetar la libertad conferida por el Decreto Ley 1790 al Gobierno Nacional (Presidente de la República junto con su Ministro de Defensa Nacional), para lo cual, es claro que el Primer Mandatario confía plenamente en el Ministro de Defensa Nacional, y en los procedimientos que desarrolla este Ministerio en cumplimiento de sus

obligaciones”. De allí que para tomar la decisión de no ascender al Coronel Rincón al grado de Brigadier General la Presidencia de la República también haya verificado el cumplimiento o no cumplimiento de los requisitos legales aplicables – así lo reconoce el apoderado de tal dependencia ante los jueces de tutela de instancia.

5.4. De conformidad con lo que se ha demostrado dentro del expediente, observa la Sala que la principal razón por la cual el Coronel Rincón no fue incluido entre los oficiales ascendidos al grado de Brigadier General, fue el no contar con el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional. En efecto, se registra en el Acta de la sesión de dicha Junta del 21 de noviembre de 2003 lo siguiente en tanto motivación para no emitir la recomendación de ascenso del peticionario:

“En relación al señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA, la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, acoge la recomendación formulada por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ejército y los señores Abogados integrantes de la Asesoría Legal del señor Comandante General, la cual transcribimos a continuación: ‘Asunto: recomendación. Al: Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional. La Oficina Jurídica del Ejército nacional y la Asesoría Legal del señor Comandante General de las Fuerzas Militares respecto de la situación del señor Coronel GUSTAVO RINCON RIVERA, se permite recomendar al señor Mayor General Comandante del Ejército Nacional y la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa, no emitir recomendación en relación al citado oficial por las siguientes razones: 1º La gran mayoría de los señores Generales y oficiales de insignia que hoy participan en la Junta asesora, se encuentran investigados por la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, por el asunto del señor Coronel Rincón. 2º Existen decisiones judiciales proferidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, donde se dejó sin competencia a la Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa para recomendar o no el ascenso al grado de Brigadier General del señor Coronel Gustavo Rincón Rivera. 3º Los artículos 189, numeral 19 de la Constitución Política y 66 del Decreto Ley 1790 de 2000, consagran en forma taxativa la facultad discrecional por parte del Gobierno Nacional, de escoger libremente entre los Coroneles o Capitanes de Navío que hayan cumplido las condiciones generales y especiales para ascenso y que además hayan adelantado y aprobado el curso de Altos Estudios Militares. Atentamente (fdo) Capitán Juan Manuel Padilla Maldonado. Jefe Oficina Jurídica Ejército . (fdo) Doctor Néstor Hugo Gaitán Torres. Abogado Asesoría Legal Comandante General. (fdo) Doctora Nubia Liliana Henao Cardona Asesora Legal Comando General’”.

5.5. Este registro documental permite a la Sala verificar que las razones que tuvo la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para no recomendar el ascenso del Coronel Rincón, fueron dos: (a) que la mayoría de los integrantes de la misma Junta Asesora llamada a emitir la recomendación estaban siendo investigados por la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación, “por el asunto del señor Coronel Rincón”, y (b) que la jurisdicción contencioso-administrativa había privado a la referida Junta Asesora de su competencia para recomendar o no el ascenso del Coronel Rincón. Son estas las razones explícitas para “no emitir recomendación” respecto del Coronel Rincón. Ahora bien, la ausencia de recomendación positiva equivale, en últimas, a una recomendación negativa, puesto que uno de los requisitos establecidos en el Decreto Ley 1790 de 2000 para el ascenso es contar con dicha recomendación. En todo caso, aún existiendo recomendación positiva, el Presidente de la República puede decidir libremente si la acoge o no, puesto que su potestad es discrecional y superior.

5.6. La constitucionalidad de estas razones expresas es para la Sala dudosa, por tres motivos.

(i) En primer lugar, no es claro cuál es el “asunto del señor Coronel Rincón” que llevó a la apertura de investigaciones disciplinarias y penales contra los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa. Existen a este respecto dos posibilidades: que se estuviesen refiriendo a investigaciones iniciadas con motivo de la gestión del Coronel Rincón a la cabeza del Fondo Rotatorio del Ejército, o que se estuviesen refiriendo a las investigaciones iniciadas en su contra, por vía disciplinaria y judicial, a iniciativa del Coronel Rincón y por motivo del incumplimiento del fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 18 de enero de 2002. En cualquiera de estas dos hipótesis, observa la Sala que en Acta hay constancia de la consideración y de la valoración específica de dicho hecho, y que ello se registró como motivo expreso para no emitir la aludida recomendación.

(ii) En segundo lugar, para la Sala no es admisible que se invoque como razón para no emitir una recomendación -que constituye requisito indispensable para el ascenso al grado de Brigadier General-, la falta de competencia de la Junta Asesora para emitir recomendación, en virtud de una orden judicial. Se trata de un juego de palabras: ya que la Junta fue privada de competencia para emitir recomendación por mandato de un juez, decide no recomendar al Coronel Rincón para ascenso, no sin antes recordar que el ascenso al grado de Brigadier

General requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 66 del Decreto 1790 de 2000 –entre los cuales, como se vio, está el contar con una recomendación favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa-. En esas condiciones, la no recomendación equivale a una recomendación negativa, puesto que la ausencia de recomendación positiva excluye al Coronel Rincón de la lista dentro de la cual el Presidente de la República podía ejercer libremente su potestad discrecional como Jefe de Estado y Comandante en Jefe de las Fuerzas Militares.

(iii) En tercer lugar, la falta de competencia invocada por la Junta no se deduce del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó el reintegro del Coronel Rincón al servicio activo, ni de los fallos proferidos por el referido Tribunal Administrativo y el Consejo de Estado en sede de tutela, ya que en ninguno de ellos se ordenó el ascenso del Coronel Rincón al grado de Brigadier General, por lo cual no se despojó ni tácita ni expresamente a esta Junta de su competencia sobre el particular. En cualquier caso, recuerda la Sala que debe distinguirse entre la falta de competencia de un determinado órgano del Estado, y la condición de impedimento en la que pueden incurrir los miembros individuales de dicho órgano, en caso de que estén dadas las condiciones legales para que se configure dicho impedimento y éste sea admitido formalmente. De considerar que se encontraban en esta última situación como consecuencia de los fallos proferidos por la jurisdicción contencioso-administrativa, los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa debieron expresarlo así durante el momento oportuno.

Se tiene, pues, que las razones que expresamente tuvo en cuenta la Junta Asesora para “no emitir recomendación” para el ascenso del Coronel Rincón, pugnan con lo dispuesto en la Carta Política sobre el debido proceso que debe acompañar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29, C.P.), ya que en tanto motivación de la decisión de “no emitir recomendación” al Coronel Rincón resultan insuficientes e irrazonables como fundamento de una decisión de esta trascendencia.

5.7. Ante el anterior panorama, se pregunta la Sala si es viable ordenar en tanto medida remedial que se surta efectivamente el ascenso del Coronel Rincón. La respuesta a este interrogante es negativa, por la doctrina constitucional anteriormente expuesta, en virtud de la cual la decisión sobre tales ascensos corresponde al Presidente de la República.

Sin embargo, sí es viable adoptar una medida distinta en tanto remedio: dado que la violación de los derechos del peticionario provino de la motivación expresa que tuvo la decisión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de no recomendar su ascenso - decisión que posteriormente fue tomada en consideración por el Presidente de la República para adoptar su determinación de no ascender al peticionario-, esta violación se ha de remediar mediante la adopción, por parte de la referida Junta Asesora, de una nueva decisión expresa en relación con la recomendación para el ascenso del Coronel Rincón, que esté motivada en forma igualmente expresa, con base en razones distintas a las que se señalaron en el Acta del 21 de noviembre de 2003, y que sean respetuosas de la Constitución.

En esa medida, se ordenará a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional que, en ejercicio de su facultad discrecional, dentro del término de treinta (30) días calendario contados a partir de la notificación de este fallo, adopte una decisión expresa sobre si recomienda o no recomienda el ascenso del Coronel Gustavo Rincón Rivera al grado de Brigadier General. Dicha decisión, que en caso de ser positiva será de libre aceptación por el Presidente de la República dentro del ejercicio de su facultad discrecional, no podrá estar motivada en hechos conexos con la conducta del Coronel Rincón Rivera protegida por la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se anuló el acto de su desvinculación, ni basarse en razones similares a las que se tuvieron en cuenta para adoptar la decisión de no emitir recomendación el 21 de noviembre de 2003; y en ella deben constar las razones explícitas por las cuales se considera o no se considera al Coronel Rincón digno del ascenso en atención a sus antecedentes personales y su comportamiento. Lo anterior, se repite, no impide que con posterioridad el Presidente ejerza discrecionalmente su facultad de decidir sobre el ascenso, prevista en el artículo 189-19 de la Constitución.

El término de treinta días calendario se confiere para que, dentro del mismo, se dé cumplimiento a esta sentencia, bien sea en el curso de una de las sesiones ordinarias de la Junta Asesora, o en una sesión extraordinaria convocada para el efecto. Será responsable por el adecuado cumplimiento de esta sentencia el Comandante General de las Fuerzas Militares, quien encabeza la Junta Asesora.

Finalmente, la Sala debe precisar que en aplicación del principio constitucional de imparcialidad -que, en virtud del artículo 209 Superior, rige el ejercicio de la función administrativa y cobra plena vigencia frente a las decisiones adoptadas en casos individuales

en relación con la carrera militar-, y para efectos de garantizar la objetividad en la determinación sobre recomendar el ascenso del Coronel Rincón, los miembros de la Junta Asesora que estén siendo investigados por la Procuraduría General de la Nación o por la Fiscalía General de la Nación, por asuntos relevantes para pronunciarse, habrán de analizar cuidadosamente si dichas investigaciones inciden o no en su criterio para decidir imparcialmente sobre si procede o no recomendar el ascenso del Coronel Rincón, de conformidad con las reglas aplicables.

5.8. No escapa a la atención de la Sala que, según afirma el peticionario en la demanda, el 18 de abril del año en curso cumplió la edad de 55 años, que según dispone el artículo 105 del Decreto Ley 1790 de 2000, es la edad de retiro forzoso para quienes se encuentren en el grado de Coronel. En esa medida, se pregunta si tal disposición constituye un obstáculo para que, eventualmente, el Presidente de la República decida ascender al Coronel Rincón al grado de Brigadier General –si así lo considera procedente luego de obtener la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio, en caso de que ésta se produzca-. Este problema se soluciona teniendo en cuenta que el mismo artículo 105 del Decreto Ley 1790 de 2000 dispone que para Brigadier General, la edad de retiro forzoso es 58 años – a la cual aún no ha llegado el Coronel Rincón, por lo cual no existe un obstáculo legal para la eventual adopción de dicha decisión, que se reitera, es discrecional del Presidente de la República. Por lo tanto, no podrá invocarse el advenimiento de esta edad de retiro forzoso en la decisión que adopte la Junta Asesora del Ministerio de Defensa al dar cumplimiento a este fallo.

III. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004), proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, que denegó la tutela de la referencia, y en su lugar CONCEDER el amparo del derecho constitucional al debido proceso (art. 29, C.P.) de Gustavo Rincón Rivera.

SEGUNDO.- En consecuencia, sin perjuicio de las facultades del Presidente de la Republica, se ORDENA a la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, encabezada por el señor Comandante General de las Fuerzas Militares, que dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la notificación de esta sentencia, aplicando el principio constitucional de imparcialidad, adopte una decisión motivada expresamente sobre si se recomienda o no se recomienda al Coronel Gustavo Rincón Rivera para ser ascendido al grado de Brigadier General. Dicha decisión no puede estar motivada en hechos conexos con la conducta del Coronel Rincón Rivera protegida por la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la cual se anuló el acto de su desvinculación, ni basarse en razones similares a las que se tuvieron en cuenta para adoptar la decisión de no emitir recomendación el 21 de noviembre de 2003; y en ella deben constar las razones expresas por las cuales se considera o no se considera al Coronel Rincón digno del ascenso en atención a sus antecedentes y comportamiento personales.

TERCERO.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra),

T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

2 Sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

3 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-253 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-142 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

4 Sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

5 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

6 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

7 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

8 “ARTICULO 51.- CONDICIONES DE LOS ASCENSOS. Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares.

ARTICULO 52.- REQUISITOS COMUNES PARA ASCENSO. Para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas como requisitos comunes para todos los oficiales y suboficiales y además cumplir las condiciones específicas que este Decreto determina. PARAGRAFO.- El personal de oficiales y suboficiales que en el momento de ascenso sea declarado no apto por la Sanidad Militar como consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, podrá ascender al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación en que asciendan sus compañeros de curso o promoción, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el presente Decreto, a excepción del requisito de mando de tropas en el Ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada.

ARTICULO 53.- REQUISITOS MINIMOS PARA ASCENSO DE OFICIALES. Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos: a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto. b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias. c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios. d. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente. e. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto. f. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa. g. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación. PARAGRAFO.- El requisito de curso de que trata el literal c en el caso del personal de oficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alternativo que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del Comando General de las Fuerzas Militares.”