

EDGAR FABIÁN GARZÓN BUENAVENTURA

CONTROL JUDICIAL DIALÉCTICO DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE  
LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS MEDIANTE EL CUAL LOS  
MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA SON RETIRADOS DEL SERVICIO  
ACTIVO

UNIVERSIDAD LIBRE  
FACULTAD DE DERECHO  
INSTITUTO DE POSGRADOS  
DOCTORADO EN DERECHO  
BOGOTÁ D.C.

2019

EDGAR FABIÁN GARZÓN BUENAVENTURA

CONTROL JUDICIAL DIALÉCTICO DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE  
LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS MEDIANTE EL CUAL LOS  
MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA SON RETIRADOS DEL SERVICIO  
ACTIVO

Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho

Directora de la tesis de grado:

Tania Gicela Bolaños Enríquez

Codirectora

Norhys Esther Torregrosa Jiménez

UNIVERSIDAD LIBRE  
FACULTAD DE DERECHO  
INSTITUTO DE POSGRADOS  
DOCTORADO EN DERECHO  
BOGOTÁ D.C.

2019

Nota de aceptación

---

---

---

Presidente del jurado

---

Jurado

---

Jurado

Bogotá D.C., octubre de 2019

**Universidad Libre**

Facultad de Derecho – Instituto de Posgrados

Doctorado en Derecho

Presidente nacional:

Jorge Alarcón Niño

Rector nacional:

Fernando Dejanón Rodríguez

Presidenta seccional:

María Elizabeth García Gonzáles

Rector seccional:

Fernando Arturo Salinas Suárez

Decano de la Facultad de Derecho:

Luis Francisco Ramos Alfonso

Director del Instituto de Posgrados:

Nohora Elena Pardo Posada

Director del doctorado en derecho:

Ricardo Sánchez Ángel

Directora de la tesis de grado:

Tania Gicela Bolaños Enríquez

Codirectora

Norhys Esther Torregrosa Jiménez

## **Dedicatoria**

*Esta tesis doctoral deseo dedicarla inicialmente a Dios, que me permitió, realizar este proceso de crecimiento espiritual y académico; en segundo lugar, a mi madre que me consagró la vida, brindándome su cariño y amor; en el mismo nivel de importancia a la Universidad Libre facultad de derecho, sede Bogotá por darme la oportunidad de crecer cognoscitivamente, a mis directoras de Tesis, son seres especiales a quienes anhelo seguir los pasos académicos y son un ejemplo a seguir. A mis amigos, colegas, alumnos, semillero James Goldschmidt e intermediarios, he finalizado esto gracias a ustedes, su apoyo es invaluable como el “Búho de Minerva se desplaza en la noche”*

## RESUMEN

Tomando en consideración el sistema de promoción de la Fuerza Pública en Colombia, conformado por los parámetros legales contemplados en las Leyes 1790 y 1799 de 2000, las directivas internas y las disposiciones de la justicia castrense<sup>1</sup>, esta investigación analiza el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, denominado “llamamiento a calificar servicios”, y como objeto de estudio, tomó la posibilidad de ascenso del grado de mayor del Ejército Nacional a teniente coronel en la misma institución.

El llamamiento a calificar servicios que interesa a esta investigación, es aquel que se produce después de que los oficiales han cumplido los requisitos establecidos en la ley para ascender al siguiente grado, no obstante, son retirados sin que en el acto administrativo se encuentre motivación alguna, situación que le dificulta, al funcionario retirado, acudir al control judicial del acto en cuestión.

Mediante el estudio de las normas de adscripción<sup>2</sup> o criterios interpretativos en materia constitucional, emanados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CT-IDH), se establece la relación simétrica o antagónica de los principios derivados de las líneas jurisprudenciales de los órganos jurisdiccionales internos y el juez interamericano y de esta forma se concluye, que la motivación de los actos administrativos constituye un deber del Estado en garantía del debido proceso, específicamente en su concepción del derecho de defensa.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se entrega a fecha 30 de Julio del 2019, con el fin de hacer un estudio de los precedentes judiciales Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Interamericana de derechos humanos, sobre el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, dado que las líneas jurisprudenciales sean factibles de variar después de la fecha señalada.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Sevilla: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. ISBN: 9788425908354. p.53. “las normas adscritas de derecho fundamental son aquellas que la jurisprudencia y la ciencia del derecho real adscriben a las normas de derecho fundamental estatuidas directamente”

Para obtener las normas de adscripción referidas, esta tesis doctoral utiliza la metodología de líneas jurisprudenciales y redes dialógicas institucionales jurídicas representadas en una matriz horizontal y vertical, lo cual permite visualizar el acogimiento o distanciamiento de cada una, y el diálogo que existe entre las Cortes y el Sistema Interamericano sobre este tema.

Después de establecer que la motivación del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios debe ser expresa, pues forma parte de las obligaciones internacionales del Estado en materia de garantía y protección de los derechos humanos, en esta disertación se propone cambiar la causal tradicionalmente empleada para controlar judicialmente este tipo de actos administrativos, cual es la de desviación de poder y en su lugar acudir a la causal de nulidad por desconocimiento de las normas en que debía fundarse . Lo anterior fundamentado en que la falta de motivación del acto administrativo configura un vicio formal, no meramente material, que compele al juez a analizar la legalidad de la medida adoptada, realizando un juicio dialéctico administrativo que le permita ser guardián de la Constitución y la Convención Americana, al tiempo que evalúa el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios no como una decisión aislada, sino como un acto complejo impropio per se, conformado por las decisiones que le anteceden, a las cuales, por regla general, no tiene acceso el militar.

Para desarrollar la investigación, esta tesis se divide en tres capítulos; el primero aborda un objetivo descriptivo-analítico a través del cual se busca identificar y comprender el sistema de ascenso del Ejército Nacional, del grado de Mayor al de Teniente Coronel. El segundo, contentivo de un objetivo de carácter hermenéutico-comparativo, busca determinar en los organismos jurisdiccionales colombianos y en el interamericano, las normas adscritas relacionadas con la motivación del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

Finalmente, el tercer capítulo, en el marco de un objetivo argumentativo-propositivo, presenta una nueva forma de control judicial para el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, que en esta disertación se denomina *control judicial dialéctico administrativo*, el cual representa la facultad del juez administrativo para mediar entre la discrecionalidad de la administración pública cuando decide retirar a un integrante de la Fuerza Pública que cumple con los requisitos objetivos para su ascenso, y la motivación de dicho acto, sin que la una excluya a la otra, esto es, el juez limita la motivación dada en la ley en el trámite administrativo, pero la mantiene en la decisión de ascender o retirar del servicio activo al servidor público.

**PALABRAS CLAVES:** Teoría Legal, Derecho Público, Función Pública, Derecho Administrativo, Sistema Político, Doctrina Política.



## Contenido

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>14</b>
<b>1. PERSPECTIVAS Y VISIONES DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS</b>	<b>14</b>
<b>PRELUSIÓN</b>	<b>14</b>
<b>SUMARIO</b>	<b>15</b>
<b>1.1. SISTEMA DE ASCENSOS EN LAS FUERZAS MILITARES. EJÉRCITO NACIONAL- ESCALA DE OFICIALES DE MAYOR A TENIENTE CORONEL</b>	<b>15</b>
<b>1.2. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS</b>	<b>25</b>
1.2.1. Problemas del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.	29
1.2.2. Respeto por la garantía y derechos de los administrados.	33
<b>1.3. DIÁLOGOS JURISDICCIONALES O COMUNICABILIDAD CONSTITUCIONAL</b>	<b>38</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>57</b>
<b>2. HERMENÉUTICA JUDICIAL Y PRINCIPIOS VECTORES DE INTERPRETACIÓN: MOTIVACIÓN EXPRESADA EN LA LEY Y DEBER DE MOTIVACIÓN.</b>	<b>57</b>
<b>PRELUSIÓN</b>	<b>57</b>
<b>SUMARIO</b>	<b>58</b>
<b>2.1. DELIMITACIÓN Y NECESIDAD DE LOS MECANISMOS</b>	<b>59</b>
2.1.1. Acción de tutela.	59
2.1.2. Acción de Inconstitucionalidad.	66
2.1.3. Clases de Sentencia, metodología de la línea: criterios hermenéuticos de la Corte Constitucional.	70
<b>2.2. ANÁLISIS DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL</b>	<b>84</b>
2.2.1. Acción de nulidad y restablecimiento del Derecho.	89
2.2.2. Clases de Sentencia y metodología de la línea, criterios hermenéuticos del Consejo de Estado.	94
2.2.3. Análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado	100
2.2.4. Clases de sentencia y metodología de la línea	110
<b>2.3. MATRIZ Y RED DE INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO IUS-FILOSÓFICO DE LA COMUNICABILIDAD CONSTITUCIONAL</b>	<b>116</b>
2.3.1. Ecología intelectual (matriz horizontal)	118

<b>2.4. CONCLUSIONES DE LA ECOLOGÍA INTELECTUAL: MATRIZ HORIZONTAL REDES DIALÓGICAS INSTITUCIONALES JURÍDICAS Y MATRIZ VERTICAL</b>	<b>138</b>
2.4.1. Responsabilidad internacional hechos ilícitos (subjetivo- objetivo)	146
2.4.2. Responsabilidad internacional por Derechos Humanos	152
<b>CAPITULO III</b>	<b>167</b>
<b>3. CONTROL JUDICIAL DIALÉCTICO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS</b>	<b>167</b>
<b>PRELUSIÓN</b>	<b>167</b>
<b>SUMARIO</b>	<b>168</b>
3.1. PROLEGÓMENOS DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS	168
3.2. VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO DISCRECIONAL	171
3.3. CONTROL JUDICIAL DIALÉCTICO ADMINISTRATIVO	179
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>208</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>216</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>229</b>

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Diagrama de flujo del sistema de ascenso (ejército nacional-oficiales-mayor a teniente coronel) .....	19
Gráfico 2. Diagrama de flujo del sistema de ascenso (ejército nacional-oficiales-mayor a teniente coronel) .....	21
Gráfico 3. Sistema de apertura .....	52
Gráfico 4. Procedimiento de la acción de tutela.....	65
Gráfico 5. Procedimiento de la acción de constitucionalidad .....	69
Gráfico 6. Nicho Citacional de la Corte Constitucional.....	86
Gráfico 7. Procedimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho	93
Gráfico 8. Nicho citacional Consejo de Estado .....	104
Gráfico 9. Procedimiento en el SIDH (CIDH-CT-IDH) .....	108
Gráfico 10. Procedimiento en el SIDH (CIDH-CT-IDH).....	109
Gráfico 11. Nicho citacional de La Corte Interamericana de Derechos Humanos	114
Gráfico 12. Matriz de orden horizontal .....	126
Gráfico 13. Redes dialógicas instituciones jurídicas .....	141
Gráfico 14. Redes dialógicas intrínsecas verticales Corte Constitucional.....	142
Gráfico 15. Redes dialógicas intrínsecas verticales Consejo de estado .....	143
Gráfico 16. Redes dialógicas intrínsecas verticales Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	145
Gráfico 17. Régimenes de la responsabilidad internacional .....	151
Gráfica 18. Trilogía de la investigación. ....	182
Gráfico 19. Escala normativa, llamamiento a calificar servicios.....	188
Gráfico 20. Presupuesto del acto de llamamiento a calificar servicios.....	194
Gráfico 21. Control dialéctico administrativo (material).....	195
Gráfica 22. Control judicial dialéctico administrativo (análisis lo formal-material)	205

## LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Escalonamiento fuerzas militares .....	19
Tabla 2. Nombre de tabla normas jurídicas sobre el llamamiento a calificar servicios .....	27
Tabla 3. Nombre de tabla normas jurídicas sobre asignación de retiro .....	28
Tabla 4 Distinción Fuerzas Armadas y Policía Nacional .....	77
Tabla 5. Determinación del problema jurídico y las providencias .....	85
Tabla 6. Cuadro comparativo tesis afirmativa y negativa.....	99
Tabla 7. Determinación del problema jurídico y las providencias .....	100
Tabla 8. Determinación del problema jurídico y las providencias .....	113

## **ANEXOS**

Anexo A. Línea jurisprudencial Corte Constitucional .....	229
Anexo B. Línea jurisprudencial Consejo de Estado .....	250
Anexo C. Línea jurisprudencial Corte Interamericana de Derechos Humanos ....	266

## INTRODUCCIÓN

El llamamiento a calificar servicios es un acto administrativo de la función pública utilizado para depurar a los funcionarios de las fuerzas militares (Ejército, Fuerza Aérea, Armada Nacional) y la Policía Nacional; su naturaleza jurídica es la de un acto discrecional que no requiere motivación alguna por parte del funcionario público, en términos del art. 102 del Decreto 1790 de 2000, solo se tienen en cuenta el tiempo de servicio y el concepto definitivo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia señaló mediante sentencia de unificación que:

“los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública por la causal denominada llamamiento a calificar servicios tienen una motivación expresa y extra-textual que se encuentra claramente contenida en la misma ley”<sup>3</sup>.

La investigación pretende hacer claridad respecto del control judicial aplicado a la figura del llamamiento a calificar servicios en los grados superiores, como consecuencia de una amplia discrecionalidad que reviste el acto administrativo. Por lo tanto, para el siguiente caso se determina la siguiente pregunta: ¿Cómo efectuar un control judicial administrativo al acto de llamamiento a calificar servicios para los mayores del Ejército nacional que aspiran ascender a Teniente Coronel?

Problema de investigación que conlleva a hacer un análisis de los actos administrativos en el trámite de ascenso de Mayor a Teniente Coronel y en el control de legalidad de estos, teniendo en cuenta la jurisprudencia de tres instituciones: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, se determina la forma en que, se hace necesario aplicar un control

---

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. SU-091 (25, febrero, 2016) [M.P Jorge Ignacio Pretel Chaljub]

judicial efectivo que limite la discrecionalidad de los actos administrativos que declaran el llamamiento a calificar servicios sin motivación alguna, dando paso a la vulneración de garantías y derechos fundamentales del uniformado.

En este sentido, del problema propuesto, se plantea la siguiente hipótesis:

Que el funcionario público, oficial adscrito al Ejército Nacional en grado Mayor se encuentra en estado de indefensión cuando es retirado del servicio activo por la decisión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, toda vez que el trámite de retiro no es motivado debidamente por la institución, razón por la cual el funcionario retirado, desconoce cómo fueron valorados los requisitos para mantenerse o ascender en la institución, entre los que se encuentran, la hoja de vida, las calificaciones obtenidas durante los cursos, las distinciones, etc. conocimiento que es necesario para garantizar los derechos constitucionales y convencionales (CADH) del servidor público.

Propuesto el problema de investigación y la hipótesis ha desarrollar, es pertinente aclarar que la investigación tiene el siguiente objetivo general:

Establecer el control judicial administrativo al acto de llamamiento a calificar servicios para los Mayores del Ejército Nacional que aspiran ascender a Teniente Coronel en el Ejército Nacional de Colombia. Este objetivo se toma en torno a dos razones fundamentales: la viabilidad de cumplir con la suma de quince años de servicio activo en la carrera militar que corresponde al grado de los oficiales, que en el caso de Mayores que aspiran a Teniente Coronel, representan la jerarquía funcional y administrativa o línea de mando en las fuerzas militares; y en segundo lugar, el Ejército Nacional es el principal cuerpo armado terrestre que defiende la soberanía, la interdependencia y la integridad del territorio colombiano.

Y los siguientes objetivos específicos:

El primer objetivo descriptivo-analítico, identifica en el sistema de ascenso del Ejército Nacional en el grado de Mayor a Teniente Coronel, los requisitos legales del trámite del año primero al quinto, observándose la actuación de los órganos colegiados y del uniformado. Así, a medida que se avanza en el tiempo, resulta necesario cumplir con unos requisitos formales, entre los que se destacan la evaluación del folio de vida y la lista respectiva para ser llamado a Curso de Estado Mayor (CEM) y posteriormente al ascenso. Se encontró que hay medidas discrecionales de fácil manejo por los superiores del servidor público, que pueden inducir a actos arbitrarios en lo legal y doctrinal. Se definieron las características, incidencias y problemáticas de aquellos presuntos actos a la luz de la teoría de la comunicabilidad constitucional o diálogos judiciales, de donde se obtiene que el acto, en la mayoría de veces, está en contra de los estándares internacionales a raíz de la no motivación

El desarrollo del segundo objetivo hermenéutico-comparatista, permitió identificar, en la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las normas adscritas relacionadas con el deber de motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios. En este sentido, se implementó la *“metodología de la ecología intelectual”*, mediante la cual se establece la doctrina administrativa, el desarrollo filosófico y se analiza el pensamiento del precedente desde una perspectiva de las formas relativas a las intenciones ideológicas de los órganos jurisdiccionales internos e interamericano, con el fin de ubicar la interacción entre las redes dialógicas que permitieran un análisis explicativo de dichas normas, concluyendo que, al ser las decisiones de los órganos internos contrarias a los fallos de la CT-IDH, se configura unas obligaciones internacionales y por ende, la responsabilidad por hecho ilícito internacional.



Finalmente, el tercer objetivo argumentativo-propositivo, expone la teoría del *control judicial dialéctico administrativo* para establecer el deber de motivar expresamente el acto de llamamiento a calificar servicios en el trámite de ascenso y a su vez, manteniendo la discrecionalidad en la decisión.

En esta medida, la investigación se justifica en cuanto a que el acto administrativo que declara el llamamiento a calificar servicios es de amplia relevancia, ya que ha sido un tema de amplio estudio en el Derecho Administrativo y Procesal Administrativo; pues constituye la posibilidad de retirar del servicio activo a los uniformados de manera discrecional, es decir, sin ninguna motivación, tan solo con la decisión de la junta asesora y el cumplimiento de quince años de servicio por parte del uniformado que le otorga la asignación de retiro.

De esta manera, se torna necesario que la discrecionalidad de dicho acto administrativo se limite, hecho que justifica la propuesta de aplicar un control judicial dialéctico, este representa una innovación en el ejercicio del derecho aplicado al acto de llamamiento a calificar servicios en las fuerzas militares; esto por cuanto los trabajos rastreados no abordan dicha problemática desde esta óptica; así, se encontraron como antecedentes cuatro trabajos de investigación pos-gradual de la Universidad Militar Nueva Granada; el primero de Jhon Fredy Henao Vanegas y Yuly Hasneidy Pacheco titulado “Posición de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado frente al retiro del personal uniformado Policía Nacional” y que describe los retiros discrecionales en la fuerzas militares; el segundo, de Emma Elizabeth Barreto Uribe denominado “¿Llamamiento a calificar servicios y retiro discrecional para cometer arbitrariedades o una simple falla del sistema?” y que versa sobre las arbitrariedades en el llamamiento a calificar servicios; el tercero de Gabriela Ramos Navarro, titulado “Llamamiento a calificar servicios en las FFMM: sanción o instrumento de relevo de líneas jerárquicas” y finalmente un cuarto documento de investigación denominado “Evolución jurisprudencial en los actos administrativos discrecionales de retiro en la fuerza pública” de Edgar Hernando Vallejo Castillo.

Adicionalmente, se encontró un artículo denominado “Alcance de la causal por llamamiento a calificar servicios en la fuerza pública” de Mhimy del Pilar Guerrero publicado en la Revista Verba Iuris 2011 número 26 de la Universidad Libre.

Frente al deber de motivar el acto de llamamiento a calificar servicios se evidenció en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ésta se ha pronunciado en veinticuatro sentencias sobre este aspecto. El Consejo de Estado lo ha hecho en aproximadamente treinta y dos, y a nivel internacional, en sede de la Corte Interamericana, no se evidenció pronunciamiento alguno frente al caso concreto de llamamiento a calificar servicios; sin embargo, bajo la conocida vía de interpretación (*res interpretata*)<sup>4</sup>, dicha Corte ha desarrollado el deber de motivar los actos discrecionales de destitución de funcionarios públicos mediante ocho sentencias, mismas que fueron tenidas en cuenta en el desarrollo de esta investigación.

Por lo anterior, la investigación se lleva a cabo mediante una metodología de tipo cualitativo, correlacional y hermenéutico, a partir de un análisis historiográfico y procedimental, dentro del entorno de las actuaciones administrativas en Colombia, por medio de la aplicación de la técnica de reconstrucción de las líneas jurisprudenciales, e igualmente el desarrollo de un ejercicio deontológico en la construcción de una matriz vertical y horizontal. Se realizó una comparación de las normas de adscripción y se construyó una tríadica dialéctica (tesis-antítesis-síntesis), con la cual se llegó al análisis final de las normas adscritas para el llamamiento a calificar servicios en las fuerzas militares de Colombia.

---

<sup>4</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs Uruguay. (20 de marzo del 2013). Ferrer Mac-Gregor Poisot. Eduardo párrafo.53 “Lo anterior es de importancia para comprender que la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados Parte de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la jurisprudencia interamericana sobre el derecho humano en cuestión” Resolución de supervisión de cumplimiento.

La investigación utiliza fuentes documentales, primarias y secundarias de información tales como: libros, artículos científicos, y reglas jurídicas. La técnica empleada sobre esta base fue la observación documental de doctrinantes, alrededor del tema planteado en materia administrativa sobre la discrecionalidad de la función y el control judicial a los actos administrativos.

De lo anterior surgió una nueva postura teórica-práctica en el campo administrativo que fue acorde con el derecho constitucional e internacional de los Derechos Humanos, sin dejar de lado el aspecto práctico en las áreas del derecho procesal-probatorio, lo cual permite estar acorde con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y un nuevo rol en la tarea que desarrolla el juez administrativo.

En cuanto al marco teórico este se determina haciendo un estudio preliminar de algunos apartes de la investigación, que lleven al análisis general, en donde se utiliza como referencia la doctrina española, especialmente en dos sentidos: i) a favor de un control judicial a los actos discrecionales, posición representada por los profesores Eduardo García de Enterría, Thomas Ramón Fernández y Alejandro Nieto García-, y ii) a favor de mantener una discrecionalidad administrativa, dado que cuando la ley explicita las razones de hecho y derecho, no es necesario un control posterior, posición representada por Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón. Estas posiciones se explicaron a partir de las líneas jurisprudenciales formuladas por Diego Eduardo López Medina.

Del mismo modo, se tuvieron en cuenta a Randal Colins & Stephen Toulmin desde los fundamentos de la sociología funcionalista y la ecología intelectual, para formular el concepto de redes dialógicas institucionales jurídicas (matriz horizontal y vertical). Así, tenemos como estudio preliminar:

## **1. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**

Es un acto discrecional de la función pública, mediante el cual se retira al uniformado del ejercicio activo de la carrera militar. Dicha facultad está amparada por la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, que es la encargada de analizar el cumplimiento de los requisitos de ley, antes mencionados (tiempo de servicio, idoneidad, estudios desarrollados, entre otros), elementos definitivos del ascenso o promoción.

Como acto administrativo discrecional, no requiere motivación alguna o explicación adicional, ya que obedece a los presupuestos señalados por la Ley (Decreto 1790 de 2000), según la jurisprudencia constitucional (Sentencias relacionadas en el nicho citacional de la Corte Constitucional) y contenciosa administrativa (Sentencias relacionadas en Consejo de Estado).

El llamamiento a calificar servicios, tiene las siguientes características: i) es un acto administrativo exclusivo de las fuerzas militares, y que inicia al momento de no ser llamado a curso CEM lo que implica ser removido del cargo; el uniformado que se promociona continua con un nivel escalonado, y jerarquizado con la expectativa a llegar a la cumbre del sistema de los oficiales; ii) este acto administrativo implica el retiro del ejercicio activo de la carrera militar a los oficiales, sub oficiales y nivel ejecutivo, se aplica sin distinción a toda la fuerza militar y policial: ejército, armada, fuerza aérea y policía nacional; iii) genera como consecuencia directa la asignación de retiro que es equiparable a la pensión de vejez; iv) no es un acto disciplinario; v) es un acto extra textual, no requiere explicación adicional dado que su fundamento se encuentra en la ley; v) es un acto definitivo que requiere de la evaluación del comité de estudio CEM o comité de estudio de ascensos y el concepto favorable de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

## 2. DIÁLOGOS JURISDICCIONALES O COMUNICABILIDAD CONSTITUCIONAL

En el ordenamiento jurídico colombiano se aplica la teoría del constitucionalismo multinivel<sup>5</sup>, no obstante bajo los nuevos estándares de la interpretación jurídica, persiste un sistema dialógico o de comunicabilidad constitucional (Rosseau, minuto 49": 42 a 1h:04") que puede ser analizado a través de redes conexas.

En el siglo XX y XXI, el sistema judicial ha tenido un papel protagónico en la creación e interpretación de las reglas, tomando como referencias la relaciones entre el poder judicial, las sentencias y las resoluciones que entre sí construyen varios hitos, a saber: i) la opción metodológica comparada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>6</sup>; ii) la globalización de fuentes; iii) la interpretación cruzada; iv) el cosmopolitismo normativo y vi) la red judicial.

Así mismo, los tipos de diálogos han generado una red judicial, como lo señala Jenny Martínez en el artículo titulado "*Towards an International Judicial System*": "1) entre tribunales internacionales y tribunales internacionales; 2) entre tribunales internacionales y tribunales nacionales 3) entre tribunales nacionales y tribunales

---

<sup>5</sup> HOYOS, Luis Miguel y MESA RODRIGUEZ, Francisco. El Constitucionalismo multinivel y el constitucionalismo ideológico: nuevas perspectivas de interpretación jurídica en Colombia. En: revista *Advocatus*. (No.22) [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/4UtwXR>> p.131. "El llamado Constitucionalismo Multinivel es de tipo inclusivo en la medida que asume la disolución del monopolio del Estado clásico como único punto constitucional. Se comprueba la propagación tanto de los sujetos como de los ámbitos y de los propios medios institucionales de la política constitucional. De modo que, la organización y los procedimientos de decisión expresivos de esta nueva pluralidad han de ser, en resultado, más complejos y de una mayor articulación. No se parte de un principio de unidad, sino que pretende llegar a este como consecuencia de un proceso incesante e incansable de acuerdos entre las distintas instituciones"

<sup>6</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego. Derecho de los jueces. Bogotá: Editorial Legis, 2009. p. 65 "Con este concepto hago referencia a un cierto tipo literatura, ideas y argumentos *ius-teóricos* que cruzan las fronteras nacionales mucho más fácilmente que los libros y análisis de doctrina o comentario legal-positivo"

nacionales” (2003).

Pese a las diferencias de contextos (culturales, sociales, y políticos) en el mundo occidental, coexisten problemas comunes entre ellos, como es el caso de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la internacionalización del Derecho Constitucional<sup>7</sup>.

La primera interacción que interesa a esta investigación, “es el efecto horizontal o externo entre los sistemas regionales CT-IDH-, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH”<sup>8</sup> Es importante señalar el valor argumentativo de la sentencia, cuando se constituye en norma adscrita y lo que en adelante se considera, como uno de los principios vectores de interpretación donde subyacen los valores comunes, en materia de Derechos Humanos o fenómenos identitarios. Esto permite resolver en la sentencia internacional un derecho, cuando se incumple una obligación internacional, para declarar responsable al Estado por hecho ilícito internacional.

---

<sup>7</sup> POBLETE NÚÑEZ, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos, 2012. [En línea] Disponible en <<http://bit.ly/33zkVA0>> “Al primer fenómeno se le puede llamar proceso de constitucionalización del Derecho Internacional, mientras que el segundo puede denominarse desnacionalización o internacionalización del Derecho Constitucional. Mientras la desnacionalización del derecho público interno supone el agotamiento de la soberanía nacional y la Constitución Estatal como último parámetro de legitimidad del ordenamiento interno, la constitucionalización del Derecho Internacional implica el reconocimiento de ciertas funciones materialmente constitucionales en algunos segmentos del fragmentado ordenamiento internacional. Cualquiera que sea el fenómeno predominante con relación a un Estado determinado, lo cierto es que ambos procesos conducen inevitablemente a la difuminación de las barreras y conceptos propios de lo nacional frente a lo internacional”

<sup>8</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence & MONTOYA CESPEDES, Nicolas. El Dialogo Judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Pág. 332 en Los Sistemas Interamericanos de Derechos Humanos y Europeo de protección de derechos humanos. Lima, 2017 Palestra Editores.

### 3. VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO DISCRECIONAL

El Estado se manifiesta desde la noción de la Ley, también desde la posición con sus administrados exteriorizándose a través de los reglamentos o los actos administrativos<sup>9</sup>.

Un primer acercamiento de la definición de acto administrativo, se encuentra en la Ley Federal alemana del procedimiento administrativo cuyo art. 35 indica que el acto administrativo, “es toda disposición, decisión u otra medida del poder público dictada por una autoridad administrativa para reglamentación de un caso individual dentro del ámbito del derecho público y destinado a producir efecto jurídico inmediato externo”<sup>10</sup>. Lo anterior, permite concluir que, la naturaleza del acto administrativo, es el que regula las relaciones de sus administrados, en la acción de la función administrativa (los hechos, operaciones, vías de hecho, y contratos) en el entendido que, está representado bajo el poder omnímodo del Estado. Por tal razón, se hace necesario, partir de la clasificación de la teoría de los actos administrativos<sup>11</sup> en torno

---

<sup>9</sup> “Para entender la maldición administrativista, conviene decir algo más sobre los reglamentos. Los reglamentos (bajo su variada nomenclatura de reales decretos, decretos, ordenes y ordenanzas) son siempre generales que contienen normas (...) Se comprende que el derecho administrativo se vea particularmente impelido a procurar la legalidad y la seguridad jurídica en las relaciones de este deus ex machina, sobre todo en las que traba con las personas privadas (...) Con ellos, el gobierno se propone atar en corto a la administración. Pero no como sujeta a una res brava: como una soga recia. Sino como ataron los liliputienses al gigante Gulliver: con una infinidad de finas lazadas cuya suma fue capaz de inmovilizarlo. Sin embargo, lo mismo intentaron los balleneros con Mobby Dick con mucho menos éxito, pues sólo lograron que el leviatan arrastra consigo un fenomenal lío de arpones y cables y enredara en él fatalmente algunos de sus perseguidores. Y mucho me temo que la administración se parece mas una ballena que a un gigante, por su imponente masa corporal revestida de mucha grasa, por su aspecto inexpresivo y por su querencia a sumergirse en profundidades insondables cuando se sabe perseguida” Caballería Vaquer, Marcos. El discreto encanto del derecho administrativo. Editorial Tirant lo blanc, Valencia 2016. Pág. 11

<sup>10</sup> PEDRO ABERASTURY. Ley alemana de procedimiento administrativo. [En línea] Disponible en: <<https://bit.ly/2UndJ4X>> [Consultado el 23/02/2019]

<sup>11</sup> GARCÍA- TREVIJANO FOS, José Antonio. Los actos administrativos. Madrid: Civitas, 1986. p.184 “Estos tres tipos de contenido deben así conectarse con la gran división tantas veces citada entre actos discrecionales, vinculados y reglados, (...) sobre la existencia de partes regladas y partes discrecionales en la mayor parte de los actos administrativos, se puede trazar el siguiente cuadro: - **Actos de contenido vinculado**. No pueden contener un contenido eventual, ya que el necesario y el implícito están predeterminados de forma precisa en la norma, agotando, prácticamente, la

a la discrecionalidad, con el fin de comprender sus alcances y efectos jurídicos, lo que Pierry Arrau define como poder discrecional:

“hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la administración de un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar y qué contenido debe dar a su actuación. El poder discrecional consiste en la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer”<sup>12</sup>

#### 4. CONTROL DE JUICIO DIALÉCTICO

*El control de juicio dialéctico administrativo*, surge como una potestad del juez de revisar los actos administrativos preparatorios y el acto definitivo como un conjunto, con miras a la toma de decisiones; así, para desarrollar este concepto se tuvieron en cuenta: (i) las posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en donde señalan que la motivación para el llamamiento a calificar servicios está dada en la ley; y (ii) la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que manifiesta que los actos administrativos discrecionales se deben motivar explicitando las razones fácticas y jurídicas con el fin de no contravenir un derecho humano. De estas dos posiciones contrarias surge la propuesta de motivar los actos preparatorios de ascenso en la actuación administrativa y a su vez, que sean discrecionales en cuanto a la decisión de ascenso o retiro. Por lo tanto, el control de juicio dialéctico va dirigido propiamente al acto complejo impropio per se y no a la motivación, entender el acto preparatorio y definitivo conjuntamente, atiende a que

---

especie. – **Actos de contenido discrecional**. En ellos, el contenido necesario está imprecisamente fijando en la norma, la cual utiliza conceptos indeterminados cuya unidad de medida deber ser prefabricada por la propia administración a través de actos no normativos. El implícito, o no existe o, aunque sea parcialmente vinculado no impide su carácter discrecional. - **Actos de contenido parcialmente vinculado y parcialmente discrecional**. Forman la parte más importante de actos en el mundo real, bien entendido que esta parcialidad puede afectar al contenido o a los demás elementos” (el qué, el cuándo y cómo)

<sup>12</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. El control de la discrecionalidad administrativa. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/NTSDA2> > p.161



el juez no tiene como objeto la motivación implícita en la ley sino solo el acto administrativo complejo. Esto se debe a que la ley resulta arbitraria al concebir amplia discrecionalidad al acto y tan solo sustentarse en dos requisitos, haber cumplido quince años de servicio y el concepto de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, condiciones que no son una causa válida para sustentar el acto administrativo.

Cuando el juez indaga sobre la motivación del acto discrecional, utiliza dos presupuestos: i) una vía sustantiva (material), con base en los diálogos judiciales o comunicabilidad constitucional, esto es, las obligaciones internacionales emitidas por la jurisprudencia de la CT- IDH. A su vez, toma como criterio la teoría denominada “*Ermessensreduzierung auf null*” o discrecionalidad reducida a cero, doctrina del derecho administrativo alemán, en donde prima el eje protector de los derechos fundamentales, lo cual permite aplicarlo al caso del uniformado, con el fin de limitar o anular la motivación dada en la ley en el trámite administrativo, para el ascenso de Mayor a Teniente Coronel. ii) Una vía procesal (formal), donde una vez presentada la acción en vía contenciosa administrativa por parte del uniformado, mediante la causal de desviación de poder (vicio material), el juez tiene la facultad, a través del principio *iura novit curia*, de adecuar el cambio de causal a las normas en que debería fundarse. Así, permite valorar la actuación administrativa como un acto complejo impropio *per se*<sup>13</sup>, en donde permite levantar la reserva de los actos de trámite y dinamizar la carga de prueba hacia la administración.

Finalmente, el control de juicio dialéctico administrativo fundamentado en Fichte y Hegel, con la teoría de la lógica dialéctica, y los conceptos asociados al complejo impropio de Luis Enrique Berrocal Carreño.

---

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03882-02 (17 de agosto de 2017) [M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés] Sección primera. “Los cuales mantienen su carácter de complejo por la pluralidad de declaraciones con unidad de contenido; Se identifican como complejos impropios o internos; Son los que están constituidos por varios pronunciamientos, dados en momentos distintos y consecutivos, pero emanados de un mismo órgano; Se puede decir que la complejidad es interna en tanto la pluralidad de actos se da en el interior de un solo órgano o entidad”

Con los fundamentos teóricos anteriores se construyó una propuesta teórica que busca demandar el acto de llamamiento a calificar servicios, en donde el juez administrativo tenga la potestad para velar por la protección de los derechos fundamentales y el respeto de las obligaciones internacionales, que evite la responsabilidad del Estado por hecho ilícito internacional derivada de la ausencia de motivación expresa del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

Finalmente, para desarrollar la investigación, esta tesis se divide en tres capítulos; el primero aborda un objetivo descriptivo-analítico a través del cual se busca identificar y comprender el sistema de ascenso del Ejército Nacional, del grado de Mayor al de Teniente Coronel. El segundo, contenido de un objetivo de carácter hermenéutico-comparativo, busca determinar en los organismos jurisdiccionales colombianos y en el interamericano, las normas adscritas relacionadas con la motivación del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

Por último, el tercer capítulo, en el marco de un objetivo argumentativo-propositivo, presenta una nueva forma de control judicial para el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, que en esta disertación se denomina *control judicial dialéctico administrativo*, el cual representa la facultad del juez administrativo para mediar entre la discrecionalidad de la administración pública cuando decide retirar a un integrante de la Fuerza Pública que cumple con los requisitos objetivos para su ascenso, y la motivación de dicho acto, sin que la una excluya a la otra, esto es, el juez limita la motivación dada en la ley en el trámite administrativo, pero la mantiene en la decisión de ascender o retirar del servicio activo al servidor público.

# CAPÍTULO I

## 1. PERSPECTIVAS Y VISIONES DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS

*“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa”*

Montesquieu

### PRELUSIÓN

En el presente capítulo, se expone el marco contextual de la investigación, para ello se requiere de la descripción de los elementos esenciales al Sistema de Ascenso, haciendo énfasis en el grupo poblacional a estudiar, que en este caso particular son los militares (Ejército Nacional), cuyo grado va de Mayor a Teniente Coronel, haciendo especial énfasis en la discrecionalidad administrativa y las posibles arbitrariedades que pueden emerger de las decisiones en esta vía (Comités de Estudios CEM y/o Comité de Ascensos).

También se analiza la naturaleza jurídica del acto de retiro discrecional de llamamiento a calificar servicios, con este fin, se busca revisar las características y los principios en los que se materializa: motivación dada en la ley y el deber de motivación expresa.

Para el desarrollo de los propósitos mencionados, se emplea una nueva teoría de interpretación jurídica, a partir de la comparación de los distintos diálogos judiciales en los que se entablan la comunicabilidad constitucional, gracias a la guía de los principios de adecuación e interpretación conforme (*pro homine*), base esencial del deber de atención de las normas constitucionales y las reglas internacionales de los Derechos Humanos, en el caso específico de retiro de los funcionarios públicos al interior del Ejército Nacional.

## **SUMARIO**

1.1. SISTEMA DE ASCENSOS EN LAS FUERZAS MILITARES. EJÉRCITO NACIONAL- ESCALA DE OFICIALES DE MAYOR A TENIENTE CORONEL. 1.2. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS. 1.2.1. Problemas del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.1.2.2. Respeto por la garantía y derechos de los administrados.1.3. DIÁLOGOS JURISDICCIONALES O COMUNICABILIDAD CONSTITUCIONAL

### **a. SISTEMA DE ASCENSOS EN LAS FUERZAS MILITARES. EJÉRCITO NACIONAL- ESCALA DE OFICIALES DE MAYOR A TENIENTE CORONEL**

El Ejército Nacional de Colombia, nace durante el periodo de las guerras emancipadoras de 1810. En principio, se caracterizó por una visión patriota frente al proyecto de nación que se desarrollaba, este proceso es descrito por José Manuel Pico de la siguiente manera:

“El 23 de julio la junta anuncia que se crearía un batallón llamado voluntarios de la guardia nacional por la recomendación del criollo Pedro Groot se propone la creación de cuatro escuadrones de patriotas, situación que da lugar a que el 26 de Julio se fijaran carteles anunciando la creación de cuatro escuadrones y dos compañías de artillería”<sup>14</sup>

Antes de la Independencia no se contaba con un régimen militar, tan solo la idea de organizar un proceso de perfeccionamiento técnico y profesional, que se derivó en la escuela militar de Santa Fe el 26 de noviembre de 1810, por la Junta Suprema a cargo del Coronel José Raymon Leyva que tan solo duro 2 dos años por la guerra civil hasta 1812.

---

<sup>14</sup> PICO, José Manuel. Historia militar del Ejército de Colombia. Bogotá: Centro de Estudios Históricos, 2007. p. 66

En este momento histórico el Ejército de Colombia no contó con un proceso escalonado de ascenso, la promoción de los oficiales eran producto de los éxitos militares en el campo de batalla, más que de una experticia técnica en el conocimiento de la guerra, al respecto, también José Manuel Pico alude que:

“Durante el desarrollo de la guerra independencia, los grados se fueron dando en reconocimiento a los méritos militares y personales hechos en el campo de combate, debido al fracaso de la escuela militar, no permitió un desarrollo académico formal del cuerpo de los oficiales. Los primeros títulos fueron otorgados con base a la posición social que tenían los criollos al estallar la revolución. El orden jerárquico adoptado por el ejército patriota es tomado de la organización española que regulaba el servicio militar en el ejército del rey”<sup>15</sup>

Estas prácticas de gradación y de ascenso al interior del incipiente ejército, generó incertidumbres en el desarrollo de la carrera militar, a este aspecto se suman los desórdenes administrativos provocados por el reclutamiento de milicias campesinas, por parte de los movimientos independentistas y que posteriormente derivaron en las guerras civiles entre (1810-1815) entre los centralistas (Antonio Nariño) y los federalistas (teniente Baraya). Este conflicto interno, derivó en la desintegración de la unidad de la naciente República y en la posterior retoma del poder por parte de España a cargo del General Pablo Morillo, El Pacificador, el 15 de marzo de 1815 y la consecuente dispersión del ejército.

Posteriormente, el ejército se consolida durante la Independencia, a partir de la necesidad latente, de construir un cuerpo armado capaz de defender la soberanía nacional, y el Estado nacional, tal como lo explica José Manuel Pico:

---

<sup>15</sup> Ibid. p. 68.

“con los documentos elaborados, publicados con la firma del general Francisco de Paula Santander partir de 1819, entra las que sobresalen el reglamento para la conservación de los Ejércitos de la Republica, fechado el 26 de noviembre de 1819 en Santa fe; y, el reglamento provisional para la reorganización de los cuerpos de caballería en la nueva granada el 10 de diciembre de 1819”<sup>16</sup>

Con el surgimiento de la Gran Colombia, Simón Bolívar forma un Ejército Federal en el que se involucran el Virreinato de la Nueva Granada, la Capitanía General de Venezuela, el Gobierno de Quito y el Gobierno Guayaquil, a partir de este modelo transfronterizo nace el Ejército Regular.

Posteriormente, y gracias a las guerras de la desintegración de la Gran Colombia (1819-1831) los ejércitos federales, pasaron a ser ejércitos nacionales más pequeños, así mismo, el nuevo modelo de Estado de la Nueva Granada de 1832, obligó a la reorganización de la fuerza pública, que emerge de la ley orgánica del 2 de junio de 1833.

A finales del siglo XIX el Ejército Nacional, con el fin de efectivizar sus actividades profesionales expide el Decreto 103 de 1888, y con éste se establece un centro educativo militar que duró tan solo 12 años, debido a la poca formación de los cadetes (en los niveles de educación primaria y media vocacional), lo que impidió el desarrollo de las metas propuestas en el Decreto en mención. Esto obligó a un cambio curricular anual; porque, precisamente, existía un déficit en el conocimiento especializado requerido en el curso de oficiales. Sumándose a esto, las dificultades económicas, obligaron al cierre de la escuela militar el 15 de Julio de 1896.

A partir de la Ley 127 de 1896 el Congreso de la República impulsa nuevamente la formación profesional en las filas del Ejército Nacional; no obstante, su estructura

---

<sup>16</sup> Ibid. p.92

es fortalecida solo hasta 1907 con el Decreto 434<sup>17</sup>, con el que se inaugura la Escuela Militar de Cadetes, como medida estratégica en el proceso institucional de diseño de las fuerzas militares.

De lo anterior, se deriva el primer decreto de ascensos en el Ejército Nacional (1313 de 1908) estableciendo un tiempo para el ascenso, así como también un comité examinador que exigía los requisitos para la promoción de la fuerza pública, lo que promovió un proceso positivo de credibilidad institucional.

Gracias al Decreto 453 del 1 de mayo de 1909 que organizó la Escuela Superior de Guerra, se establecen parámetros para la estabilización en los procesos de los oficiales en formación y en la administración de los recursos de tal manera, como se describe en la edición conmemorativa de los noventa años de la Escuela José María Córdova:

“En los claustros de la escuela militar de cadetes se dio origen a nuestra Escuela superior de guerra, con el fin de atender la preparación de los oficiales que no habían tenido oportunidad de ser instruidos en la Escuela Militar recién creada. El decreto 453 del 1 de mayo de 1909 organizó la escuela superior de guerra, la cual dependió inicialmente del director de la Escuela militar, para comenzar, realizó un curso con nueve alumnos denominado curso de aplicación, destinado a dar la oficialidad del ejército la conveniente homogeneidad, curso que tuvo una duración de seis meses”<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Reforma llevada a cabo en el gobierno del general Rafael Reyes en 1907 A partir de ella se crea la Escuela Militar de Cadetes como institutos de formación de oficiales del Ejército y la Armada Nacional, para el perfeccionamiento profesional superior de las fuerzas militares en los servicios del Estado mayor. La Escuela militar de cadetes contó para su fundación con el apoyo decidido de Gobierno.

<sup>18</sup>Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova. Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova: edición conmemorativa de los noventa años de Historia. Santafé de Bogotá: Escuela José María Córdova. 1997. p. 53.

La Escuela superior de guerra, promueve una serie de cursos a nivel profesional con fin de formar un cuerpo armado en estrategia militar, ética y valores humanos. También se impartió el curso de estado mayor (CEM) en los oficiales en el grado de mayor a teniente coronel, como requisito de ascenso y de formación en el desempeño del uniformado en el grado de oficial superior.

La Constitución de 1991, produjo cambios sustanciales en las actuaciones institucionales en sentido constitucional- administrativo. Uno de los cambios más notorios en el pie de la fuerza pública, fue la necesidad de tener reglas claras de ingreso, selección, escalafón, y promoción, entendidas como tiempo mínimo de servicio en cada grado, condensadas en el Decreto 1211 de 1990. Y por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares con el siguiente escalonamiento:

Tabla 1. Escalonamiento fuerzas militares



Oficiales	Suboficiales
<b>Oficiales Generales</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• General (GR)</li> <li>• Mayor General (MG)</li> <li>• Brigadier General (BG)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sargento Mayor de Comando Conjunto (SMCE)</li> <li>• Sargento Mayor de Comando (SMC)</li> <li>• Sargento Mayor (SM)</li> <li>• Sargento Primero (SP)</li> <li>• Sargento Viceprimero (SV)</li> <li>• Sargento Segundo (SS)</li> <li>• Cabo Primero (CP)</li> <li>• Cabo Segundo (CS)</li> <li>• Cabo Tercero (C3)</li> </ul>
<b>Oficiales Superiores</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Coronel (CR)</li> <li>• Teniente coronel (TC)</li> <li>• Mayor (MY)</li> </ul>	
<b>Oficiales Subalternos</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Capitán (CT)</li> <li>• Teniente (TE)</li> <li>• Subteniente (ST)</li> </ul>	

Nota: Fuente Elaboración propia

Tabla 2. Tiempo mínimo de servicio en cada grado

Oficiales	
Rango	Tiempo de servicio
Subteniente a Teniente	4 años
Teniente a Capitán	4 años
Capitán a mayor	5 años
Mayor a Teniente Coronel	5 años *
Teniente Coronel a Coronel	5 años
Coronel a Brigadier general	5 años
Brigadier general a Mayor general	4 años
Mayor general a General	3 años

Nota: Fuente Elaboración propia<sup>19</sup>

En el art. 217, de la Constitución de 1991 por primera vez se identifican a las fuerzas militares: Ejército, Armada y Fuerza Aérea, y se le diferencia de la fuerza civil:

<sup>19</sup> Entiendase a razón de la sumatoria de tiempo exigido es de 15 años para presentarse el llamamiento a calificar servicios, la figura se presenta desde el grado de Mayor a teniente Coronel \*.

Policía Nacional en el art. 218. Con el fin de definir funciones, las fuerzas militares se encargan de la tarea de defender la soberanía nacional, mientras que la fuerza civil es la encargada de la seguridad de los ciudadanos miembros de un Estado.

La carrera militar cuenta con diferentes rangos o niveles a saber: alto, al que pertenecen los oficiales, medio en el que se encuentran los sub-oficiales, y un nivel ejecutivo en el que se encuentran los miembros regulares de las instituciones, estos niveles o rangos se encuentran parametrizados en la Ley 489 de 1998 (art.3)

También en la Constitución Política de 1991 (art 125<sup>20</sup> .), se exige que los mejores calificados, a razón del estudio en la evaluación y la lista, dentro del curso de ascenso sean promovidos, pero no deben tener sanciones disciplinarias o penales.

Por otro lado, el Consejo de Estado (2015) identifica que las características de las fuerzas militares tienen la naturaleza de carrera administrativa, lo que implica para ellas un régimen especial, en el que se asimilan disposiciones y directrices que reglamentan la estructura de la función pública de los uniformados, mediante un sistema escalonado de jerarquía.

En el marco de la función ejecutiva, el acceso y ascenso dentro de la carrera militar, ha de ser meritocrático y delegado; es decir, que son las unidades de gestión de la fuerza armada, quienes determinan el proceso de evaluación y clasificación de los

---

<sup>20</sup> Entiendase “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido” (subrayado fuera de texto)

uniformados, año por año, a través de los comités de estudios, cuyo principal propósito es velar por el principio de la correcta administración y la función social del buen servicio público.

A pesar de las características, a finales de los años 90, con la facultad de una paz negociada entre el gobierno nacional y las FARC-EP (Andrés Pastrana Arango-Manuel Marulanda Vélez), las fuerzas militares proponen una reforma institucional a sus estatutos, solicitando a la función ejecutiva una nueva reestructuración, en función de las responsabilidades específicas de las fuerzas armadas, en el contexto particular del conflicto armado no internacional.

Este nuevo escenario, creó las condiciones propicias para expedir el decreto ley 578 de 2000, mediante el cual se faculta al presidente de la Republica Andrés Pastrana Arango, a proferir el decreto 1790 de 2000 en el que se regula la carrera de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, así como el decreto 1799 de 2000 en el que se reglamenta la evaluación y clasificación de oficiales y suboficiales en las fuerzas militares. Las dos normas jurídicas establecen un marco legal actualizado en la carrera militar de los oficiales, en el que se condiciona el sistema de ascensos como una facultad reglada<sup>21</sup> de la función pública, y que se halla en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional, encargado de delegar el comité de estudio de ascensos, que tendrá como principal función la revisión del folio de vida y la lista respectiva de ascensos a partir de los niveles de calidad (acciones positivas, felicitaciones o condecoraciones), para promocionar o remover del servicio, a los miembros de la carrera militar, como se explica a continuación:

“la asignación de los valores o pesos de las calificaciones objetivas son prerrogativas de cada una de las Fuerzas. A lo largo de la historia y no únicamente en Colombia, los militares han probado ser sumamente recelosos

---

<sup>21</sup> Entiéndase Decreto ley 1790 de 2000, Decreto 1799 de 2000, Directiva permanente 0379 del 2016, Disposición 06 del 2018, Decreto 460 de 2018, circular de ascenso 5 de febrero del 2019.

con los asuntos que les conciernen. Posición entendible, debido a la gravedad de los temas que manejan, por lo que dependen de la confidencialidad, el hermetismo y el secreto para ser exitosos”<sup>22</sup>

Teniendo en cuenta que el ingreso, ascenso, promoción y desvinculación, al interior de las fuerzas militares cuenta con un marco legal de pluralidad normativa, se pueden presentar posibles dificultades de interpretación, dados los constantes cambios institucionales, en torno al sistema escalonado de mando al interior del Ejército Nacional; es desde esta perspectiva que toma relevancia la presente investigación, en la que se propone una ruta para la comprensión de los marcos generales y específicos del sistema de ascensos de la carrera militar, a partir del control judicial dialéctico, en el proceso de ascenso del grado de oficial mayor a teniente coronel del Ejército Nacional de Colombia.

Según la disposición (004) del artículo 151 del 2016, el sistema de ascensos en las fuerzas militares, específicamente en el Ejército Nacional parte del comando personal “(COPER)” de Bogotá, cuya sede orgánica es la Jefatura de Estado Mayor Generador de Fuerza “(JEMGF)” y que tiene la facultad de administrar y promocionar el talento humano dentro del Ejército nacional.

Las reglas generales de ascenso se condensan en el Decreto Ley 1790 de 2000, el Decreto 1799 de 2000 y la Ley 1104 de 2006. Por otro lado, en el núcleo específico de ascenso de Mayor a Teniente Coronel, que es el caso que nos compete, la normatividad se encuentra en la directiva permanente 0379 de 2016, la Disposición 06 del 2018, el Decreto 406 de 2018 y la circular de ascenso del 5 de febrero de 2019. Así mismo, existen dos momentos dentro del proceso de ascenso de la carrera militar de la fuerza armada a saber:

---

<sup>22</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Programa de fortalecimiento legislativo. Tema estructura organizacional y legal de las fuerzas militares y su sistema de escalonamiento. Comisión segunda de la República. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/5dr5ae>> p. 8

i) **Evaluación**: es un proceso continuo y anual a partir de la adquisición del título profesional en ciencias militares, que se obtiene en el grado de Subteniente, es decir, una vez egresa de la Escuela Militar José María Córdova. El periodo anual de la evaluación va desde el 1 de octubre al 30 de septiembre del siguiente año. En esta evaluación participan las autoridades evaluadoras y de revisión, así como la junta clasificadora.

**a) La autoridad evaluadora**: esta función es otorgada a un oficial del servicio activo, que, dentro de la estructura orgánica de la dependencia o unidad, sea el jefe inmediato o superior del evaluado. En el Ejército la competencia como autoridad evaluadora, inicia a partir del grado de Comandante de Unidad Fundamental, seguido por los escalafones de mando, en cada pelotón, en ningún caso un oficial podrá evaluar a otro de mayor grado o antigüedad. El mecanismo evaluador comienza con el diligenciamiento de tres formularios, a saber: (1) Información básica. (2) Programa Personal de Desempeño. (3) Folio de vida.

**b) La autoridad revisora**: es el órgano encargado de garantizar el máximo grado de justicia en las decisiones de escalonamiento y retiro de los uniformados. La autoridad revisora analiza las evaluaciones y clasifica a los evaluados, consignado en el folio de vida la relación a los informes rendidos por las autoridades evaluadoras, para su correspondiente notificación.

**c) La junta clasificadora**: es el órgano, dentro del sistema de ascensos, encargado de tomar decisiones tanto de los ascensos aceptados, como de los recursos de apelación presentados por parte de los uniformados.

**ii. El ascenso**: para acceder a la promoción son necesarios, además de los formularios (1,2,3) ya mencionados, los siguientes requisitos:

**a)Tiempo:** el tiempo mínimo de servicio para ascender, es contado a partir del último ascenso<sup>23</sup> en el caso de Mayor a Teniente Coronel es de cinco años y tener dos años mínimos en el grado mando.

Desde el primer año de servicio, el oficial Mayor del Ejército, comienza a contar con los requisitos emanados de la costumbre de la institución castrense, con el fin de tener mando, requisito esencial, para ascender al grado de Teniente Coronel, debe ser miembro de Estado Mayor, Brigada o hacer parte de la Fuerza de Tarea. En el segundo año el oficial en grado S3 (Mayor), se mantiene en la función de instrucción y operaciones, para luego, en el tercer año Ejecutivo y segundo como Comandante de Batallón, no solo adquiera experiencia, sino que se le tenga en cuenta para realizar el curso de escalonamiento CEM.

Aunque estos son presupuestos necesarios no es obligatorio que se den en todos los casos, teniendo en cuenta que la disponibilidad del pie de fuerza puede otorgarle a la carrera individual particularidades específicas, por ejemplo, es posible comenzar en el primer año siendo Ejecutivo y en el segundo, ser comandante de batallón, o ser en este mismo año miembro de Estado Mayor, brigada o fuerza de tarea.

En el cuarto año el director de la institución (DIPER) expide una circular, con el fin de nombrar un comité de estudio (CEM), este se encargará de verificar la información básica de oficiales y suboficiales, así como el programa personal de desempeño, el folio de vida, la evaluación y clasificación de los oficiales, la evaluación de contrainteligencia y la evaluación de 360, a partir de la evaluación de desempeño, se determina su clasificación en la lista.

---

<sup>23</sup> 1) Subteniente o teniente de corbeta cuatro años, 2) teniente o teniente de fragata cuatro años, 3) capitán o teniente de navío cinco años, 4) mayor o teniente de corbeta cinco años, 5) teniente coronel o capitán de fragata cinco 5 años, 6) coronel o capitán de navío cinco 5 años, 7) brigadier general o contraalmirante cuatro años,8) mayor general o vicealmirante cuatro años.

El Comité de Estudio, luego de la clasificación en la lista, emite una circular a raíz de una Matriz, la cual es un acto preparatorio<sup>24</sup> de recomendación, en donde se observa que a pesar de ser por su naturaleza discrecional, el administrado no tiene claridad con respecto a las razones que motivaron al acto de llamado a curso o retiro de la carrera militar. Dicha circular es la que informa a los oficiales, si son llamados a curso en la Escuela Superior de Guerra o, por el contrario, si procede su retiro de la carrera militar.

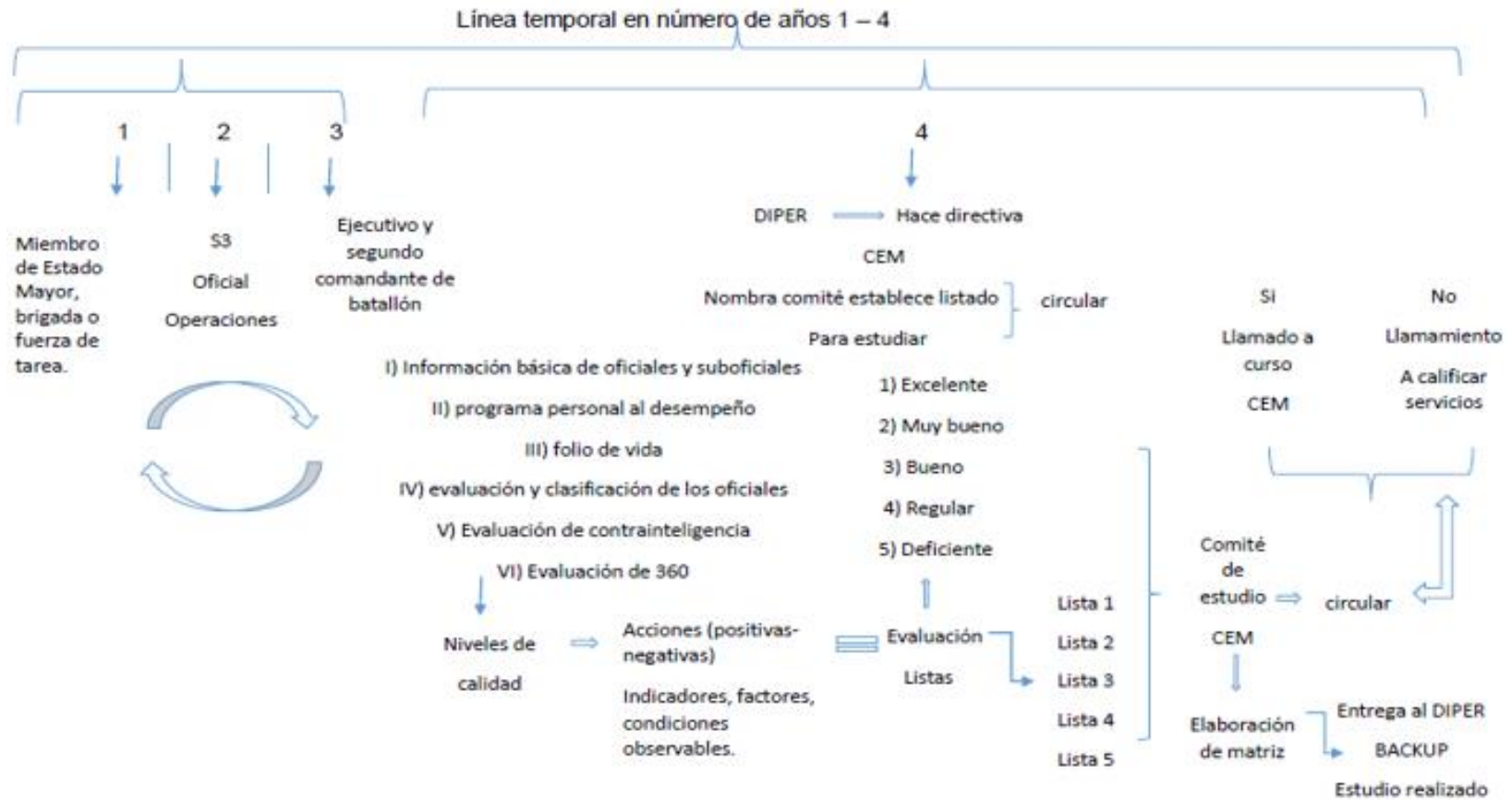
Adicionalmente, la matriz, la cual contiene las razones y argumentos de la decisión, es de carácter discrecional y, por ende, no es de conocimiento público a diferencia de la circular que cumple fines puramente informativos. Al ser de carácter reservado, adquiere la condición de carácter confidencial, debiendo ser entregada al *diper* a través de un BackUp.

Es posible que el uniformado tenga una excelente evaluación o esté bien clasificado en la lista respectiva, y aun así ser desvinculado sin motivo aparente, es allí donde se presentan cuestionamientos a la decisión; máxime si se tiene en cuenta que no se comunican las razones del retiro, debido a que la evaluación se profiere en el marco del principio de confidencialidad y está sujeta a la reserva de la institución.

---

<sup>24</sup> CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 18001-23-31-000-2011-00044-01(1237-16) [C.P. William Hernández Gómez] Sección segunda subsección “Ello por cuanto la recomendación contenida en el acta es un acto preparatorio para la expedición del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios. Empero, ello no quiere decir que no sea viable examinar su contenido con la finalidad de analizar la presunción de legalidad del decreto que retiró del servicio al actor” (Subrayado fuera de texto)

Gráfico 1. Diagrama de flujo del sistema de ascenso (ejército nacional-oficiales-mayor a teniente coronel)



Nota: elaboración propia



En el último año (quinto) se cumplen varios requisitos que son concomitantes a la carrera militar y que se exponen brevemente, a continuación:

**a. Aprobar el Curso de Estado Mayor (CEM):** El curso CEM, es riguroso y exige como trámite necesario su aprobación, es realizado solamente por las fuerzas militares (ejercito- fuerza aérea- armada) como un requisito para el ascenso de Mayor a Teniente Coronel o Capitán de Navío, según la institución a la que pertenece. No obstante, el llamamiento a realizar el curso, de ningún modo implica la promoción del militar.

El director de la institución (DIPER) dicta una circular, con el fin de nombrar un comité de estudio de ascenso, este se encargará de verificar la información básica de oficiales y suboficiales, así como el programa personal de desempeño, el folio de vida, la evaluación y clasificación de los oficiales, la evaluación de contrainteligencia y proceso de sanidad y justicia.

El Comité de Estudio de Ascensos, luego de analizar los documentos obligatorios para el ascenso, se encarga de emitir un acta del acto preparatorio MATRIZ, que, posteriormente, es enviada a la Sección de Cursos, instancia que se encarga de verificar la necesidad del arma (logística, infantería, caballería e ingeniería) y la observación del Decreto de Planta<sup>25</sup>, del ciclo correspondiente al ascenso.

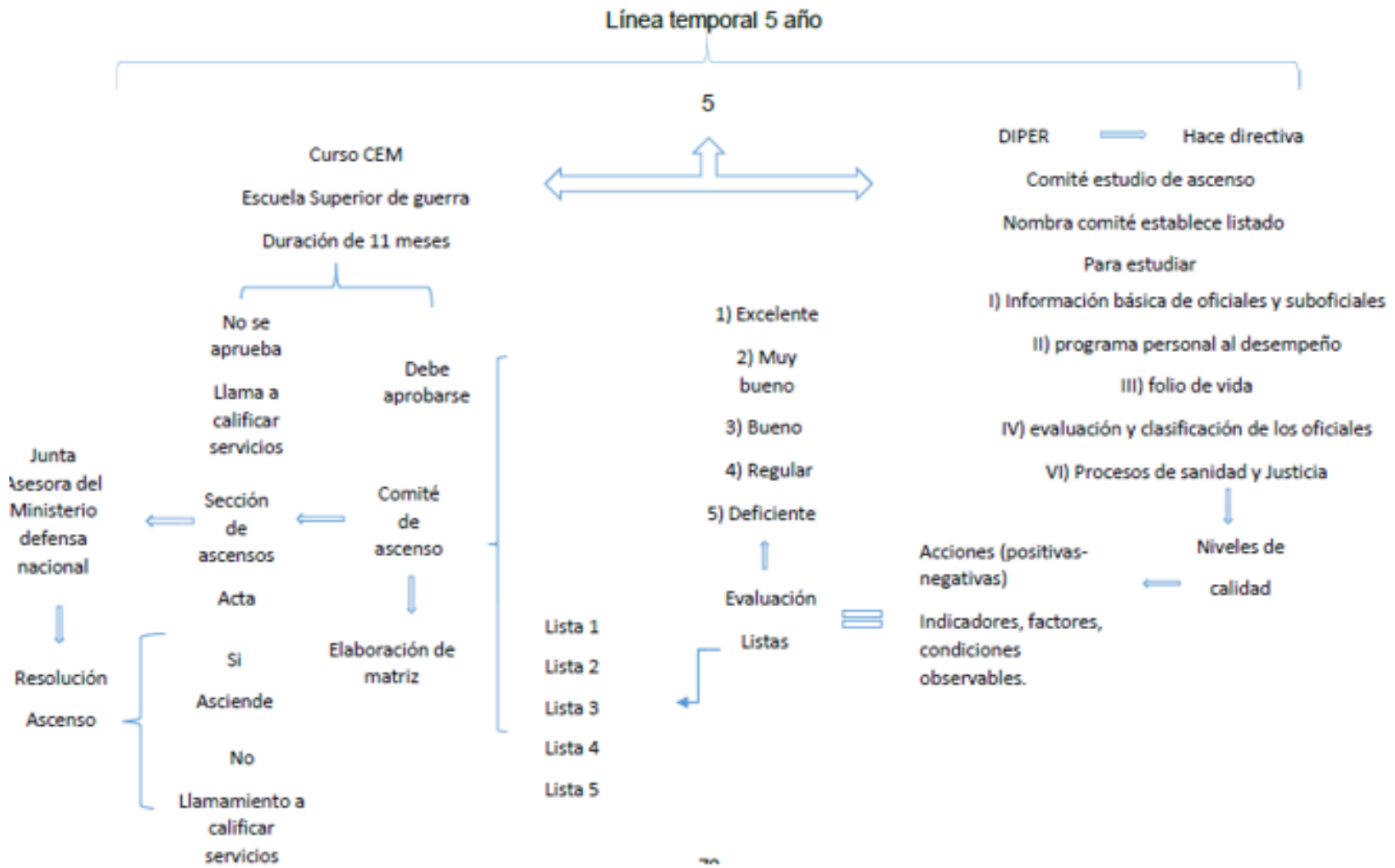
El proceso pasa, finalmente, por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, quien dicta la resolución de ascenso al Comando General de la respectiva fuerza<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 460 (9 de marzo de 2018) Por el cual se modifica la planta de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. Decreto de Planta. Documento inédito.

<sup>26</sup> La sección de curso promueve a los oficiales, al momento correspondiente que expide la circular, por ejemplo, la circular más reciente es la del 5 de febrero del 2019 en ella se nombran para su ascenso a 142 Mayores quienes deben asumir el cargo durante el mes de junio de 2019, mientras que, los que hicieron el curso y o aparecen en la circular son llamados a calificar servicios inmediatamente.

Gráfico 2. Diagrama de flujo del sistema de ascenso (ejército nacional-oficiales-mayor a teniente coronel)



Nota: elaboración propia

Por otra parte, es importante señalar que, no todos los uniformados dentro de los periodos de ascenso, son llamados a CEM, esto se debe a múltiples factores, que pueden derivar del proceso individual del uniformado (puede ser que no se cuenta con el tiempo de mando requerido, o no cuenta con el puntaje necesario en la evaluación o clasificación de lista, etc., es decir, que no reúne los requisitos para ser llamado al curso).

El segundo factor alude a que mientras el oficial (Mayor), se encuentra realizando el curso CEM durante el quinto año y en el ciclo correspondiente, el comando del ejército a través del comando de personal selecciona al Comité de Ascensos, lo que implica que, el primer filtro de ascenso, es el resultado de un trabajo conjunto de las diferentes secciones de ascenso, que revisan las historias laborales, los conceptos dados por la junta clasificadora y la dirección de personal, junto con los cursos y comisiones, bases de datos, planes y estadísticas individuales, que también influyen en la toma de decisión del Comité de Ascensos .

La segunda fase, le corresponde al Comité de Estudios para Ascensos<sup>27</sup>, en el que participa simultáneamente el Comando de Combate y Contrainteligencia Militar, siendo este ente el responsable de la credibilidad y confiabilidad de las fuerzas militares. El Comité de Ascensos verifica cada uno de los elementos en el proceso de ascenso,<sup>28</sup> hasta este momento, se considera como un trámite reglado;

---

<sup>27</sup> Está integrado 1) Un señor Brigadier General (presidente del comité. 2) ocho Oficiales de Grado Coronel como ponentes. 3) El Director personal del Ejército. 4) El Jefe de la Sección Jurídica DIPER. 5) Jefe de Medicina Laboral DISAN. 6) Jefe de la Sección de Historias Laborales DIPER. 7) Delegado jurídico de Coper y Disan respectivamente.

<sup>28</sup> a) Efectúa coordinaciones con la dirección de sanidad, sección jurídica, dirección personal del ejército nacional sección de historias laborales, y sección de ascensos con el fin de realizar el estudio de personal y seleccionar a quienes cumplan con el perfil requerido, teniendo en cuenta la necesidad de la fuerza y la disponibilidad de la planta. b) Elabora el documento para el estudio del personal considerado para el ascenso considerado el decreto Ley 1790 de 2000 y Decreto Ley 1799 de 2000 (Ley 1104 de 2006 y Ley 1406 de 2010). c) Comunicar por medio o radiograma a cada uno de los oficiales en el estudio de las novedades en el proceso d) verifica de manera detallada que el folio de vida se refleje en la plantilla de evaluación. e) Coordinar la prueba física de los oficiales, estableciendo las fechas y orden de dicha prueba. f) Se debe tener en cuenta que el estudio que

posteriormente, la labor discrecional de la administración elabora una MATRIZ INSTITUCIONAL, en la que reposa la información del oficial, a partir del grado de subteniente, hasta la fecha de ascenso a Teniente Coronel, este acto preparatorio, solo es de conocimiento del Comité de Estudios de Ascensos. Luego de la elaboración de la MATRIZ INSTITUCIONAL, se establece la lista del personal adecuado para ascender; no obstante, y en este punto de sistematización de la lista, es factible alterar o modificar el orden según su mérito, de quienes allí aparecen, independientemente de la prelación de la lista que se tenga de los oficiales, lo que implica que se sustituyen las acciones regladas hasta ese momento por un acto discrecional, abriendo paso a la arbitrariedad y la irregularidad del proceso.

Se tienen en cuenta así, dos particularidades de retiro, por un lado, en la restricción a ser llamados al curso CEM y por el otro lado, en la denegación de ascenso al no cumplir con los requisitos del curso obligatorio de ascenso. Las dos formas de retiro dan cuenta de la resolución administrativa de llamamiento a calificar servicios.

---

realiza el comité es de carácter CONFIDENCIAL. No se puede divulgar la información acerca de los aspectos estudios. g) Presentar en la reunión con el General Comandante del Ejército Nacional, el acta debidamente firmada por los integrantes del comité donde se especifique el personal que se recomienda y no se recomienda llamar a curso con la motivación correspondiente h) Coordinar e intercambiar información permanente con todos los que intervienen en el proceso de estudio de personal, con el fin de agilizar y dar solución oportuna a las situaciones pendientes, colocando plazos mediante radiogramas, oficios, correos electrónicos u otros medios efectivos para tal fin. i) Realizar el estudio por armas de acuerdo a las necesidades vigentes. g) Programar reuniones internas con el propósito de verificar el avance del estudio que permitan corregir las observaciones que se puedan presentar. k) Solicitar a la dirección de personal los extractos de hoja de vida considerados para el curso de Estado Mayor y curso de información militar, es importante recalcar al comité de evaluación el estudio detallado debe realizarse con la historia laboral de éste personal. l) Solicitar el concepto de aptitud psicofísica a la dirección de sanidad y medicina laboral. m) Solicitar la situación jurídica de registro de procesos penales y disciplinarios de la dirección personal. n) Efectuar y mantener comunicación permanente con la Dirección de Personal del Ejército Nacional Sección de Ascensos, con el fin de no postular personal que se encuentre en trámite para el retiro. o) Elaborar las listas incluyendo el resultado realizado de acuerdo con el anexo "A" Ética moral, debidamente motivada la decisión no se admite ningún otro modelo p) una vez finalizada el estudio los comités deben entregar a la dirección de personal del ejército nacional, un BACKUP con la información del resultado de estudio que permita consultar (medio físico y magnético). q) El Comité de Estudio deberá tener en cuenta, fuera de los criterios establecidos en las directivas transitorias de ascensos semestrales, la siguiente información: 1) hoja de vida 2) situación jurídica (investigaciones disciplinarias, administrativas y penales), 3) situación de sanidad 4) situación familiar r) certificación suscrita por el señor oficial, en donde manifieste bajo la gravedad del juramento que no posee investigaciones en curso, de carácter penal y no manifestar el oficial se verá obligado a desistir del curso.

En consecuencia, dentro del proceso de estudio del Sistema de Ascenso Militar existen fisuras legales, que se pueden demandar, como es el caso de los actos preparatorios, es decir dos MATRICES, la primera se determina en la circular para el curso CEM y la segunda materializada en el acta que es entregada a la sección de ascensos. En estas no se precisan las motivaciones para el llamamiento a calificar servicios, o en su defecto, las motivaciones que implican la baja del funcionario, convirtiéndose en el factor principal de arbitrariedad de la administración, en donde es factible no promocionar a quienes sí cumplen con los requisitos en mayor medida en contra de los intereses del Estado y los procesos de meritocracia, que se promocionan al interior de toda función pública, además de vulnerar los Derechos Fundamentales de los Uniformados.

Lo más lamentable, es que el Consejo de Estado ha señalado que las matrices de recomendación de curso y de ascensos, son actos de tramites o preparatorios que no son enjuiciables por la vía contenciosa<sup>29</sup>. Así mismo, se señala que el acto definitivo de llamamiento a calificar servicios, no requiere motivación adicional, además de que la información que reposa del estudio es reservada y confidencial, generando como consecuencia directa un blindaje jurídico a favor de la administración.

---

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 15001-23-33-000-2014-00499-01(4710-15) (28 de marzo de 2019) [C.P. Cesar Palomino Cortes] Sección segunda. “El acto administrativo que recomienda el retiro del personal Oficial y Suboficial de la Policía Nacional constituye una declaración autónoma e independiente de aquella decisión que efectivamente retira a los miembros de dicha institución; en efecto, el primer acto contiene una decisión de naturaleza preparatoria para la expedición de acto administrativo definitivo de llamamiento a calificar servicios; Ello quiere decir, que los mismos difieren de su objeto y contenido, así como de la relación de interdependencia y aún de la capacidad de modificar, crear o extinguir una situación jurídica, razón por la que no es procedente solicitar el control de legalidad de ambos ante la jurisdicción contenciosa administrativa”

## **b. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**

Es un acto discrecional de la función pública, mediante el cual se retira al uniformado del ejercicio activo de la carrera militar. Dicha facultad está amparada por la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, que es la encargada de analizar el cumplimiento de los requisitos de ley, antes mencionados (tiempo de servicio, idoneidad, estudios desarrollados, entre otros), elementos definitivos del ascenso o promoción.

Como acto administrativo discrecional, no requiere motivación alguna o explicación adicional, ya que obedece a los presupuestos señalados por la Ley (Decreto 1790 de 2000), según la jurisprudencia constitucional (Sentencias relacionadas en el nicho citacional de la Corte Constitucional) y contenciosa administrativa (Sentencias relacionadas en Consejo de Estado).

El llamamiento a calificar servicios, tiene las siguientes características: i) es un acto administrativo exclusivo de las fuerzas militares, y que inicia al momento de no ser llamado a curso CEM lo que implica ser removido del cargo; el uniformado que se promociona continua con un nivel escalonado, y jerarquizado con la expectativa a llegar a la cumbre del sistema de los oficiales; ii) este acto administrativo implica el retiro del ejercicio activo de la carrera militar a los oficiales, sub oficiales y nivel ejecutivo, se aplica sin distinción a toda la fuerza militar y policial: ejército, armada, fuerza aérea y policía nacional; iii) genera como consecuencia directa la asignación de retiro que es equiparable a la pensión de vejez; iv) no es un acto disciplinario; v) es un acto extra textual, no requiere explicación adicional dado que su fundamento se encuentra en la ley; v) es un acto definitivo que requiere de la evaluación del comité de estudio CEM o comité de estudio de ascensos y el concepto favorable de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

Es necesario indicar que el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, se sustenta en dos principios legales y constitucionales de la carrera militar: a) la jerarquía funcional y b) la sostenibilidad presupuestal<sup>30</sup>. La regulación del acto administrativo está dada por decretos con fuerza de ley. No obstante, su aplicación es confusa, dada la subdivisión administrativa del mando en cada una de las especialidades (oficiales-suboficiales y soldados profesionales), también con finalidades y organismos de aplicación diferentes entre sí.

Otro factor de ambivalencia son los constantes cambios de las reglas jurídicas, que transforman el ordenamiento jurídico colombiano, para hacerse acreedores por el tiempo de servicio prestado que le genere a los uniformados la asignación de retiro<sup>31</sup>. Entre el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios y la asignación de retiro, es necesario indicar que tienen una relación simétrica, el primero, es el hecho originario y el segundo, la consecuencia jurídica, permitiendo establecer que al militar que le cesan sus funciones dentro del ejercicio del servicio activo, le es factible un derecho adquirido por ley, a razón del tiempo prestado, a una asignación prestacional.

---

<sup>30</sup> MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 484 (23 de marzo de 2016) Por el cual se modifica la planta de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. Decreto de planta. Documento inédito.

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO. Número radicado **11001-03-25-000-2013-00543-00** (14 de julio de 2014) No interno 1060-2013 [C.P. Cesar Palomino Cortes] sección segunda, subsección b. “La asignación de retiro goza de una naturaleza prestacional, que es susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo, al igual que la pensión de vejez que se le otorga a los trabajadores que se rigen bajo la normatividad de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Esta prestación tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares]. Por consiguiente, la asignación de retiro, que se encuentra excluida de la regulación de la Ley 100 de 1993, se constituye en prestación económica especial para los integrantes de la fuerza pública, y en particular de la Policía Nacional, que se retiran del servicio activo por las excepcionales funciones públicas que realizan en cumplimiento de su actividad policial que tiene como objetivo la financiación de sus necesidades básicas, tales como alimentación, vivienda, vestido, acceso a los servicios públicos domiciliarios, recreación, atención en salud, entre otras, y familiares, a la que se accede siempre y cuando se acrediten los presupuestos normativos para ello”.

Para una mejor comprensión de las figuras jurídicas se presenta a continuación, una descripción de las normas que regulan el llamamiento a calificar servicios y el tiempo requerido para acreditarse a la asignación de retiro.

Tabla 3. Nombre de tabla normas jurídicas sobre el llamamiento a calificar servicios

<b>Fuerzas armadas</b>	<b>Normas jurídicas de llamamiento a calificar servicios</b>		<b>Personas destinatarias</b>
Militares	<b>Constitución de 1886</b>	<b>Constitución de 1991</b>	Oficiales- suboficiales
	Decreto 1211 de 1990 Art. 128 -129 numeral 3	Ley 578 de 2000	
		Decreto ley 1790 art. 100, 103 Ley 1792 de 2016 Art. 100 literal a numeral 3	Decreto 4433 de 2004 Art. 16

Nota: Fuente de Elaboración propia

La anterior tabla permite identificar las normas que regulan el llamamiento a calificar servicios dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la mayoría de éstas se derivan principalmente de la Constitución de 1886. Sólo el Decreto de ley 1790 de 2000 (art.100), numeral tercero art 103<sup>32</sup> emerge de la Constitución de 1991 y se constituye en el eje dinamizador de la figura de llamamiento a calificar servicios.

<sup>32</sup> **“Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares sólo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años o más de servicio,** salvo lo dispuesto en el artículo 117 de este Decreto” (Subrayado fuera de texto)



Tabla 4. Nombre de tabla normas jurídicas sobre asignación de retiro

Fuerzas armadas	Normas jurídicas de la asignación de retiro (llamamiento a calificar servicios)	Tiempo de servicio para obtener el derecho	Personas destinatarias
Militares	Decreto 4433 de 2004 (escalafonados después del 31 de diciembre de 2004) Declaratoria de nulidad fallo Consejo de Estado Expediente No. 0290-06 (1074-07)	18 años 20-25 años	Oficiales-suboficiales
	Decreto 0991 de 2015 (escalafonados antes del 31 de diciembre del 2004)	15-20 años	
	Decreto 4433 de 2004	20 años	Soldados profesionales

Nota: Fuente de Elaboración propia

En la tabla sobre asignación de retiro, se presenta el derecho prestacional, con el que cuenta el uniformado para obtener una manutención por ser llamado a calificar servicios, en esta se condensan los parámetros normativos actuales, teniendo en cuenta el tiempo de servicio.

En el año 2004, el Presidente de la Republica Álvaro Uribe Vélez, ordena incrementar el tiempo de servicio para ser llamados a calificar servicios, dicha ordenanza se condensa en el posterior Decreto 4433, la Ley 1104 de 2006,<sup>33</sup> y finalmente el Decreto 0991 de 2015, que cobijan tanto a las fuerzas militares, como a la fuerza civil y en los que se establece, que aquellos miembros escalonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, tendrían derecho a la asignación de retiro después de 15 años, cuando sean retirados por las causales de llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, (por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución de la capacidad psicofísica, por incapacidad profesional y los que se retiren por solicitud propia, sean retirados o

<sup>33</sup> RAMOS NAVARRO, Gabriela. Llamamiento a calificar en las FFM: sanción o instrumento de relevo de las líneas jerárquicas. Universidad Militar Nueva Granada. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/VchnWA>> p. 19) “Con la expedición del Decreto Ley 4433 de 2004 que modificó el régimen de asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, artículo 14 y 24, se incrementó en tres años la permanencia en la institución para acceder a la asignación de retiro; Lo motivó a la expedición de la Ley 1104 de 2006 que estableció que el llamamiento a calificar servicios se podría aplicar cuando el uniformado tenga derecho a asignación de retiro, en otras palabras, contara con 18 años de servicio”

separados en forma absoluta después de 20 años de servicio), para aquellos que se escalonaron posteriormente al 31 de diciembre de 2004, sean retirados después de veinte años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso por los mismos factores, pero los que se retiren por solicitud propia, serán retirados o separados de forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a la asignación de retiro).

### **1.2.1. Problemas del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.**

El acto administrativo de llamamiento a calificar servicios al ser un acto discrecional,<sup>34</sup> se torna ambiguo y problemático, porque no requiere motivación alguna por parte de la función pública y por lo tanto, es un acto extra textual, en palabras de Hugo Marín: “Según la Doctrina Francesa, la motivación está por fuera del texto del acto administrativo, sin que ello afecte su legitimidad. La motivación es la justificación del acto y al encontrarse en este caso en la ley es extra textual pero igualmente valida”<sup>35</sup>. Esta particularidad del acto hace que se convierta jurídicamente, en concepto vacío e indeterminado, exigiendo unos estándares, descritos por medio del Decreto 4433 de 2004, (art. 24)<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 142. Entiéndase “cuando estamos en presencia facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le confieren ese mayor o menor libertad de juicio y decisión habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica no ha sido agotadora y plenamente agotada por el legislador”

<sup>35</sup> Ibid. p. 35

<sup>36</sup> VALLEJO CASTILLO, Edgar Hernando. Evolución jurisprudencial en los actos administrativos discrecionales de retiro en la fuerza pública. Tesis maestría derecho administrativo. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Z6VG4y>> El miembro de la Fuerza Pública debe cumplir las condiciones de un tiempo mínimo de servicio. Los requisitos son: 1) En cuanto al otorgamiento y recomendación: ...Ser acreedor de la asignación de retiro. 3. Debe existir un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. 57 4. Los candidatos deben ser analizados de acuerdo a la clasificación en el escalafón de personal y a las calificaciones por competencias y perfiles, seleccionando aquellos que se ubiquen en los niveles más bajos de acuerdo a su promoción, esto le servirá a cada junta asesora como sustento de la motivación en la aplicación de la facultad discrecional. 5. Las revisiones de las calificaciones deben ser anuales, en donde se podrá llamar a calificar servicios a aquellos que tengan las calificaciones más bajas, lo cual permitirá

En el año 2016, se decreta frente a la figura del llamamiento a calificar servicios, la imposibilidad de recurrir a la vía constitucional a través de la acción de tutela, pese a la amenaza que sugiere las posibles violaciones a derechos fundamentales del administrado, tales como, el debido proceso, publicidad, o contradicción. El principal argumento de esta medida, es la existencia del control administrativo (la acción de nulidad y restablecimiento de derecho). Adicionalmente, se deja en manos del administrado el peso probatorio para que sea él mismo, quien demuestre que el acto administrativo es sospechoso, caprichoso o subjetivo, en otras palabras, es el mismo administrado, quien debe demostrar la causal de desviación de poder. Esta medida, pone frente a una situación paradójica al sujeto de derecho porque, no tiene acceso a las pruebas, ni tampoco le es posible conocer las razones que mueven al comité CEM, o comité de la sesión de ascensos a su retiro, por ser éste un proceso de orden discrecional reservado. Esta imposibilidad, queda en evidencia al interior de la Sentencia SU 091 de 2016 que regla el acto:

“quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que

---

estar renovando la planta de personal y la dinámica en la jerarquía y estructura piramidal de la Fuerza Pública y la terminación normal y objetiva del servicio. 6. Cuando la Junta de evaluación y clasificación se reúna para postular la planta de personal para ascensos, se debe basar en un escalafón actualizado a la fecha de la reunión y de acuerdo a las plazas disponibles y por las necesidades del servicio, se propondrán para ascenso los primeros clasificados y aquellos que estén en los últimos niveles, si es del caso, se propondrán para llamamiento a calificar servicios. Al tener en cuenta los numerales anteriores, el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios cumple con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio. **Siendo fácil para el nominador justificar legalmente la toma de decisiones en aplicación de esta facultad.**

se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento”<sup>37</sup>

En el salvamento de voto de la sentencia SU 091 de 2016, el Magistrado Jorge Iván Palacio, enfatiza en los dos aspectos fundamentales, la vía administrativa y la vía jurisdiccional. Sobre la vía administrativa señala que, en el comité de la sesión de ascensos, quien recomienda la desvinculación o la promoción del funcionario militar, le es posible que represente condiciones ocultas o contrarias a los Derechos Fundamentales del uniformado; en tal medida, al no solicitarse la motivación, es fácil justificar la decisión, siendo legal, pero en detrimento a los derechos del servidor público.

Con respecto a la vía se hace notar que, al no tener certeza el medio de prueba o estándar de prueba, que determine la convicción en el proceso jurisdiccional, el juez administrativo solicita las pruebas al administrado para demostrar la desviación de poder,<sup>38</sup> lo que implica la imposibilidad de declarar la nulidad del acto. El problema

---

<sup>37</sup> Sentencia SU-091, 2016. Op cit.

<sup>38</sup> Ibid. incluye una consideración denominada: “control judicial posterior para la figura del llamamiento a calificar servicios”, en la cual indica que no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto mediante el cual retiran a un uniformado por esta causal; sin embargo, se mantiene la posibilidad de un control judicial posterior ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al señalar que esta figura no puede ser utilizada como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder. En consecuencia, la providencia propone que quienes consideren haber sido víctimas del uso fraudulento o indebido de esa figura discrecional pueden hacer uso de los recursos pertinentes que ofrece la jurisdicción contencioso administrativa. Esta posición, de la cual nos apartamos, limita en el plano judicial la carga de la prueba dejándola en manos del afectado con el retiro, de manera que genera una imposición excesiva y olvida por completo el principio probatorio de la *carga dinámica de la prueba*, el cual establece que la parte procesal que se encuentra en una situación más favorable, es quien tiene que probar determinado hecho. Lo anterior, puesto que resulta excesivo y desproporcionado dentro del sistema judicial, imponer de una manera drástica e inflexible las reglas derivadas de la carga de la prueba, a quien se encuentra en dificultad de probar. En el caso de uniformados retirados por el causal llamamiento a calificar servicios, por regla general, es la entidad quien se encuentra en mejor condición para probar los hechos, ya que los documentos relevantes y los estudios previos, de haberlos, reposan en manos de la institución, entonces resulta desproporcionado en contraposición con los derechos del afectado y contrario al orden constitucional, fijar la carga de la prueba únicamente en el retirado. Así las cosas, los derechos fundamentales de quienes adelantan la carrera especial en la Fuerza Pública se verían perjudicados toda vez que la persona retirada de su cargo

cobra interés dado que, al presentarse la acción de nulidad y restablecimiento de derecho por parte del uniformado, tanto el abogado y el juez deben analizar el caso particular; es decir, que para que proceda la nulidad del acto, es necesario demostrar la causal de desviación de poder, en razón del precedente del contencioso administrativo y constitucional, obligando al administrado a recabar las pruebas que demuestren, que el acto de los comités es caprichoso, subjetivo o injusto.

Por lo tanto, la tarea resulta muy difícil para el uniformado a razón de que la resolución de retiro, que se da en la figura de llamamiento a calificar servicios, es un acto definitivo, que no explicita las razones de desvinculación, mientras que el acto de recomendación, elaborado por los comités en la matrices, son reservadas, impidiendo que sean del conocimiento del interesado, ni que un tercero (abogado defensor dado el caso), pueda tampoco acceder a ellas, así sea por medio de derecho de petición. Esto implica que es imposible demostrar, en materia jurisdiccional, el acto arbitrario y en contra de los derechos de los militares y crea un blindaje jurídico a favor de la administración, constituyéndose en un absurdo legal, con recompensa vana, mediante la asignación de retiro por el tiempo prestado.

---

por esta causa, no solo desconoce los motivos reales y específicos que llevaron a un posible uso fraudulento o discriminatorio del llamamiento a calificar servicios, sino que adicionalmente, debe recaudar las pruebas con el fin de demostrarlo. El afectado sufre una vulneración desproporcionada de su derecho de defensa, porque no sabe las razones que llevaron a su desvinculación del servicio activo, presupuesto básico para cuestionar la actividad de la administración. Aunado a lo anterior, el demandante tiene la carga de demostrar la desvinculación de la facultad discrecional, obligación que es muy difícil de cumplir dado que no tiene en su poder los medios de convicción” (Subrayado fuera de texto)

### 1.2.2. Respeto por la garantía y derechos de los administrados.

El acto administrativo de llamamiento a calificar servicios de las fuerzas militares (Ejército nacional) genera dos problemas importantes en materia de derechos, a saber:

**i) Los derechos de la administración:** en este caso los derechos de jerarquía funcional y sostenibilidad presupuestal, en donde se faculta al poder discrecional de la administración, de promocionar o desvincular al funcionario de las fuerzas militares, que han cumplido los requerimientos de ley (tiempo y servicio), surtiendo así el efecto de asignación de retiro a favor del servidor público; en este sentido, al cumplirse la medida, la administración no tiene el deber de expresar y argumentar las razones del retiro, partiendo de la presunción de legalidad del acto, que tiene un control a *posteriori* a la vía contenciosa administrativa, mediante la causal de la desviación de poder<sup>39</sup> que pueda generar la administración en los casos particulares.

A favor de esta medida se encuentra la Corte Constitucional desde la que se ha emitido como norma de adscripción la siguiente determinación:

“no es necesaria una motivación adicional del retiro cuando se trata de la causal denominada llamamiento a calificar servicios, pues dicha motivación está

---

<sup>39</sup> GORDILLO, Agustín Tratado de derecho administrativo. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/6uVxiV>> “Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta perseguida a la ley. El acto está viciado, aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico. En efecto, se interpreta que las normas que confieren una determinada facultad al administrador lo hacen para que el funcionario satisfaga, la finalidad expresa o implícita del ordenamiento jurídico, no para realizar lo que a él le plazca. El administrador tiene su competencia circunscripta a lo que las normas determinan, por lo cual la facultad que ellas confieren está necesariamente restringida y orientada al cumplimiento de la propia finalidad del sistema normativo. Cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por el sistema, su conducta es por ello sólo antijurídica: no estaba jurídicamente autorizado para usar el poder de las normas sino con la finalidad previstas por ellas”

contenida en el acto de forma extra textual, ya que claramente sus requisitos los determina la Ley. En consecuencia, exigir una motivación adicional desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de la Fuerza Pública, así como su facultad discrecional de ascender a sus miembros<sup>40</sup>

El acto de discrecionalidad se fundamenta en los principios de bienestar general, moralidad administrativa, y eficacia de la función pública, tal como lo expresa Jessica Murillo: “la facultad discrecional emana de la ley, bien porque la ley, lo manifiesta de forma expresa o porque se le atribuye a la autoridad administrativa, la posibilidad de valorar las circunstancias singulares con el fin de tomar una determinada decisión administrativa”,<sup>41</sup> esto significa que, esencialmente, se parte de la idea de que la administración, cumpliendo con su deber de proporcionalidad<sup>42</sup> y razonabilidad<sup>43</sup>, actuará de buena fe teniendo como fundamento legal y jurisprudencial el principio de jerarquía<sup>44</sup> funcional de las fuerzas militares.

---

<sup>40</sup> Sentencia. SU-091, 2016. Op. cit.

<sup>41</sup> MURILLO MENA, Jessica. Las Facultades discrecionales en el Estado Social de Derecho Colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia. Bogotá. Universidad Rosario de Colombia. Pág. 46

<sup>42</sup> OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Interpretación y dogmática constitucional. Bogotá: Doctrina y ley, 2005. ISBN: 9789586763240. p.102. “Según Arango propugna porque al resolver la colisión de principios mediante la ponderación no se sacrifique ninguno de los dos principios (proporcionalidad o razonabilidad), sino que ambos se realicen en la mayor medida posible, como cuando se admite la penalización del consumo de droga- pero no la penalización de la dosis personal- con la que se equilibran, la potestad de política criminal del Estado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad”

<sup>43</sup> “La razonabilidad hace alusión a que un juicio, raciocinio o idea este conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad” Desdentado Daroca Eva, El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad. En los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, Ediciones La Ley, Madrid, 2010. 2010, pág. 177

<sup>44</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1079 (5 de diciembre de 2002) [M.P Rodrigo Escobar Gil] “la especial sujeción a la que están sometidos, que naturalmente se manifiesta en las distintas expresiones de jerarquía constitucionalmente reconocidas, como lo es aquella que tiene su origen en la estructura administrativa de la función pública (común a todos los servidores del Estado), y también aquella que se identifica con el quehacer de la organización castrense” (Subrayado fuera de texto)

No obstante, en el ordenamiento jurídico colombiano no se permite la discrecionalidad absoluta de la administración, dado que esto apoyaría la arbitrariedad en la decisión del acto administrativo, ya que como afirma Jaime Santofimio:

“la discrecionalidad administrativa no es sinónimo de arbitrariedad (en su concepción clásica u originaria de por si era arbitraria, al permitirse total libertad a la administración y considerarse por eso mismo incontrolable ante los tribunales contencioso administrativos; el funcionario ejecutor de una potestad de esta naturaleza se encuentra evidentemente sometido a los extremos determinados en el bloque de legalidad y en la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública”<sup>45</sup>

En consecuencia, los derechos de los administrados se fragmentan en la garantía constitucional del derecho fundamental y el debido proceso, porque al denegarse a motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, el uniformado no conoce las razones que implicaron su salida de la carrera militar, al tiempo que se genera la imposibilidad jurídica de apelar o discutir, tanto por la vía administrativa, como contenciosa, la decisión, convirtiéndose en una franca y directa violación de sus derechos.

Las garantías constitucionales no son solamente para el servidor público, el deber ser de una buena administración que se desprende de la función pública, es velar por el cumplimiento del debido proceso<sup>46</sup> y los derechos fundamentales tanto de sus administrados como de la sociedad en general:

---

<sup>45</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. 2003. Op. cit. p.43

<sup>46</sup> CAMARGO, Pedro Pablo. El debido Proceso. Bogotá: Leyer, [2005]. ISBN: 9586907082. p.128 “El debido proceso es un derecho constitucional de aplicación inmediata, es entonces el conjunto de garantías sustanciales para que haya un verdadero juicio y verdadero procedimiento, tanto en el orden jurisdiccional como en el administrativo”



“es deber de una buena administración, poner al administrado en situación de indefensión o de transgredirle el derecho al debido proceso, especialmente cuando se encuentren en juego Derechos Fundamentales, supuesto este en el cual la exteriorización de los motivos de la intervención de la administración en un ámbito tan señalado, de la esfera individual del interesado debe ser especialmente detallada, razonada y razonable”<sup>47</sup>

Por otro lado, en el ordenamiento de la Constitución Política de Colombia de 1991; se origina el principio de publicidad<sup>48</sup> descrito en el art. 209, con el que toda administración pública, debe dar a conocer las razones de hecho y derecho del acto de desvinculación, en este caso específico, el llamamiento a calificar servicios del militar, teniendo como propósito que el administrado, conozca las razones (explícitas o implícitas) del acto por el cual fue retirado del servicio activo de las fuerzas militares, a esto se le denomina el deber de motivación del acto. Santofimio Gamboa se refiere a la necesidad de este principio de la siguiente manera:

“Para exponer una idea sobre ella podíamos entenderla como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo, y básica para garantizar el debido proceso y la defensa de las personas relacionadas con la administración, al igual que la transparencia en la actividad pública”<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. La motivación del acto administrativo en el Estado Constitucional. En: La Constitucionalización del derecho administrativo XV Jornadas internacionales del derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

<sup>48</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 4ª ed. ISBN: 9789586167055. p.78. “El principio de publicidad incorporado en el artículo 209 constitucional y desarrollado en el artículo 3 del CCA, constituye una de las formas en el que el principio de la transparencia del Estado democrático se manifiesta, dentro de la estructura de las actuaciones administrativas. Su punto de partida lo constituye la necesidad por regla general, de que la totalidad de las actuaciones y decisiones de las autoridades se caractericen por ser públicas y abiertas a la totalidad de los asociados [...] Dentro del contexto del Estado de derecho, este principio es importante y aun trascendental, e implica que por regla general la actividad de la administración debe ser pública, clara y transparente y que se niegue la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general, o que produzcan sus efectos jurídicos de manera sorpresiva frente a los sujetos relacionados en un actuación administrativa”

<sup>49</sup> Ibid. p.153.

En este orden de ideas, el principio de jerarquía funcional, contradice los principios de publicidad y el debido proceso de los administrados, ya que la medida de discrecionalidad del comité de estudio CEM y el comité de ascensos, niega directamente la premisa del deber de publicidad de los actos en el ejercicio del deber de motivación. Al respecto se identifica que:

“La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando así, que se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo”<sup>50</sup>

Lo anterior, pone en evidencia que los actos discrecionales, como el llamamiento a calificar servicios, bajo la premisa del Estado Social de Derecho, no solo son arbitrarios, sino que deben estar sometidos a un control judicial tanto por la vía contenciosa administrativa, como por las vías constitucional e interamericana, para así evitar la arbitrariedad administrativa o la corrupción institucional.

Los principios de debido proceso y publicidad de los actos administrativos, se constituyen en la base legal del deber de motivación, lo que se describe en el (art. 8.1) CADH acerca de las garantías judiciales, que se identifican en las características propias del acto administrativo discrecional y los Derechos Humanos.

Sobre todo, cuando la ley y la constitución ya no son parte de la supremacía, sino de una interrelación de las normas internacionales y de las normas locales,

---

<sup>50</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. SU-250 (28 de enero de 1998) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

generando un nuevo enfoque de la interpretación jurídica proclive a las decisiones judiciales entorno a los derechos humanos, denominado diálogos jurisdiccionales o comunicabilidad constitucional.

### **c. DIÁLOGOS JURISDICCIONALES O COMUNICABILIDAD CONSTITUCIONAL**

En el ordenamiento jurídico colombiano se aplica la teoría del constitucionalismo multinivel<sup>51</sup>, no obstante bajo los nuevos estándares de la interpretación jurídica, persiste un sistema dialógico o de comunicabilidad constitucional (Rosseau, minuto 49": 42 a 1h:04") que puede ser analizado a través de redes conexas.

En el siglo XX y XXI, el sistema judicial ha tenido un papel protagónico en la creación e interpretación de las reglas, tomando como referencias la relaciones entre el poder judicial, las sentencias y las resoluciones que entre sí construyen varios hitos, a saber: i) la opción metodológica comparada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>52</sup>; ii) la globalización de fuentes; iii) la interpretación cruzada; iv) el cosmopolitismo normativo y vi) la red judicial.

Así mismo, los tipos de diálogos han generado una red judicial, como lo señala

---

<sup>51</sup> HOYOS, Luis Miguel y MESA RODRIGUEZ, Francisco. El Constitucionalismo multinivel y el constitucionalismo ideológico: nuevas perspectivas de interpretación jurídica en Colombia. En: revista *Advocatus*. (No.22) [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/4UtwXR>> p.131. "El llamado Constitucionalismo Multinivel es de tipo inclusivo en la medida que asume la disolución del monopolio del Estado clásico como único punto constitucional. Se comprueba la propagación tanto de los sujetos como de los ámbitos y de los propios medios institucionales de la política constitucional. De modo que, la organización y los procedimientos de decisión expresivos de esta nueva pluralidad han de ser, en resultado, más complejos y de una mayor articulación. No se parte de un principio de unidad, sino que pretende llegar a este como consecuencia de un proceso incesante e incansable de acuerdos entre las distintas instituciones"

<sup>52</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego. Derecho de los jueces. Bogotá: Editorial Legis, 2009. p. 65 "Con este concepto hago referencia a un cierto tipo literatura, ideas y argumentos *ius-teóricos* que cruzan las fronteras nacionales mucho más fácilmente que los libros y análisis de doctrina o comentario legal-positivo"

Jenny Martínez en el artículo titulado “*Towards an International Judicial System*”: “1) entre tribunales internacionales y tribunales internacionales; 2) entre tribunales internacionales y tribunales nacionales 3) entre tribunales nacionales y tribunales nacionales” (2003).

Pese a las diferencias de contextos (culturales, sociales, y políticos) en el mundo occidental, coexisten problemas comunes entre ellos, como es el caso de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la internacionalización del Derecho Constitucional<sup>53</sup>.

La primera interacción que interesa a esta investigación, “es el efecto horizontal o externo entre los sistemas regionales CT-IDH-, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH”<sup>54</sup> Es importante señalar el valor argumentativo de la sentencia, cuando se constituye en norma adscrita y lo que en adelante se considera, como uno de los principios vectores de interpretación donde subyacen los valores comunes, en materia de Derechos Humanos o fenómenos identitarios. Esto permite resolver en la sentencia internacional un derecho, cuando se incumple una obligación internacional, para declarar responsable al Estado por hecho ilícito internacional.

---

<sup>53</sup> POBLETE NÚÑEZ, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos, 2012. [En línea] Disponible en <<http://bit.ly/33zkVA0>> “Al primer fenómeno se le puede llamar proceso de constitucionalización del Derecho Internacional, mientras que el segundo puede denominarse desnacionalización o internacionalización del Derecho Constitucional. Mientras la desnacionalización del derecho público interno supone el agotamiento de la soberanía nacional y la Constitución Estatal como último parámetro de legitimidad del ordenamiento interno, la constitucionalización del Derecho Internacional implica el reconocimiento de ciertas funciones materialmente constitucionales en algunos segmentos del fragmentado ordenamiento internacional. Cualquiera que sea el fenómeno predominante con relación a un Estado determinado, lo cierto es que ambos procesos conducen inevitablemente a la difuminación de las barreras y conceptos propios de lo nacional frente a lo internacional”

<sup>54</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence & MONTOYA CESPEDES, Nicolas. El Dialogo Judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Pág. 332 en Los Sistemas Interamericanos de Derechos Humanos y Europeo de protección de derechos humanos. Lima, 2017 Palestra Editores.

Además, los puntos comunes, de los diferentes sistemas legales particulares [regionales e internacionales], se convierten en principios de autoridad en pro de la protección de Derechos Humanos, estos elementos isotópicos establecen un sistema de comunicación bidireccional (entre lo particular-regional y lo general-internacional), reconocido como Sistema Internacional de Derechos Humanos [en adelante SIDH]. En el SIDH, se pueden generar diversos diálogos, a nivel jurisdiccional, Corte interamericana de derechos humanos [en adelante Ct-IDH]; a nivel estatal (informe de recomendación, supervisión de cumplimiento) y en torno a la participación de terceros en el proceso jurisdiccional.

Este marco legal permite encontrar los diálogos, en los diferentes casos contenciosos, cuando se recurre a la interpretación de otro organismo jurisdiccional transnacional, gracias a los cuales se puede resolver o, por lo menos explicar de una mejor manera la sentencia, porque precisamente, como explica Laurence Larsen:

“Estos vectores son los principales responsables de la libre circulación de los fallos, y más precisamente de los argumentos entre las dos jurisdicciones de Derechos Humanos. [...] Ahora bien, una consecuencia directa de la labor propia de la de la CIDH como vector entre la jurisprudencia interamericana y europea es que, en sus votos razonados de los jueces interamericanos, particularmente Antonio Cançado Trindade y Diego García- Sayan, tienden a recurrir a argumentos extraídos del sistema europeo de derechos humanos 2013”<sup>55</sup>

En el sistema europeo de Derechos Humanos, el diálogo comenzó siendo un acto novedoso a través de los grupos de presión (ONG, centros académicos y víctimas), donde señalan como herramienta formal a la interpelación realizada por la Ct-IDH.

---

<sup>55</sup> LARSEN BURGORGUE, Laurence; CÉSPEDES MONTOYA, Nicolás. El Dialogo judicial entre la Corte Interamericana de derechos Humanos y la Corte Europea de derechos Humanos. En Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Lima Perú: Editorial Palestra, 2017.

“En el continente europeo el rol de vectores no ha sido emprendido por los integrantes del sistema directamente. Esta situación ha llevado a que sean terceros los principales responsables de acercar la jurisprudencia interamericana al tribunal de Estrasburgo. Es así como, con el correr de los años, dos vectores se fueron desarrollando: de una parte, las organizaciones NO gubernamentales (ONG), los grupos académicos y las víctimas de otra parte”<sup>56</sup>.

Se puede analizar diferentes derechos que han permitido reconstruir los sistemas regionales (CT-IDH-TEDH), entre ellos: i) las obligaciones positivas<sup>57</sup> ii) plazo razonable,<sup>58</sup> iii) interpretación de sentencias (aspectos inmodificables en una sentencia),<sup>59</sup> y iv) acceso a la información.<sup>60</sup>

En un segundo aspecto, se cuenta con los diálogos internos y verticales (CT-IDH-Estados Americanos), que se derivan de la (*res interpretata*),<sup>61</sup> como cláusulas para dar resultado al diálogo:

---

<sup>56</sup> Ibid. p.12-14

<sup>57</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras & TEDH. (Gran sala). (18 de septiembre de 2009), Varnava y otros Turquía Req 16094/90

<sup>58</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Genie Lacayo vs Nicaragua. Fondo, (29 de enero 1997) TEDH. Motta vs Italy. Req 11557/85. (19 de febrero 1991).

<sup>59</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suarez Rosero vs Ecuador. (29 de mayo de 1999), Interpretación de la sentencia de reparaciones y costas. TEDH *Allenet de Ribemont vs France*. (7 agosto de 1996). Req 15175/89

<sup>60</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros vs Chile. (19 de septiembre de 2006). Fondo, reparaciones y costas. TEDH *Stoll vs Switzerland*. (10 de diciembre de 2007) Req. 69698/01

<sup>61</sup> Caso *Gelman vs Uruguay*, 2013. Op. cit. “La eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana (*res interpretata*) deriva directamente de la obligación de los Estados Parte de la Convención del respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1º y 2º del propio Pacto, teniendo en consideración que conforme a la propia Convención Americana la “Corte Interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido y “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” cuando decida que hubo violación de los mismos Así, la aplicación nacional del estándar interpretativo interamericano asegure el mínimo de efectividad de la norma convencional”

i) **Incorporación**: Esta establece primacía del derecho internacional de los derechos humanos, sobre las normas constitucionales y legales;<sup>62</sup>

ii) **Complementariedad**: Esta establece a la falta de descripción, expresa de normas *ius-cogens* en la norma constitucional, la posibilidad de integrar la laguna jurídica con normas internacionales o convenios internacionales en busca de una protección amplia de los Derechos Humanos;<sup>63</sup>

iii) **Interpretación**: Establece las normas o sub reglas en materia de Derechos Humanos, existiendo criterios hermenéuticos dirigidos a los órganos jurisdiccionales internos;<sup>64</sup> y

iv) **Operativas**: Establece acciones o normas procesales para la ejecución a nivel Estatal de los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos.<sup>65</sup>

Se identifica entonces, una relación entre las cláusulas estatales y la norma convencional en la CADH, encontrados en las reglas: art. I.I, 2, 8, 25, 29, 63 y 68, coexistiendo en un marco axiológico de principios entre los cuales se pronuncian en la siguiente regla de la lógica (efecto útil = armonización = deber de adecuación).

En la relación con las cláusulas internas, reglas convencionales y principios interamericanos, estas se fundan en una sola, dando como origen a la interpretación conforme<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Constitución política de Bolivia de 2009 (Art. 13 numeral IV). Constitución política de Venezuela de 1999 (título III capítulo I). Constitución política de Colombia de 1991 (Art. 93). Constitución política de Guatemala de 1985 (Art. 46).

<sup>63</sup> Constitución de Nicaragua de 1987 art. 46, Constitución de la República de Argentina de 1853, reforma de 1994 Art. 33, Constitución de la República federativa de Brasil de 1988 art 5 párrafo 76 (2), Constitución política de Colombia, 1991. Op. cit. Art. 94

<sup>64</sup> Constitución de Ecuador de 2008 art. 172, Constitución de Perú de 1993 cuarta disposición final y transitoria, Constitución de los Estados Mexicanos de 1917 Art. 1.2, Constitución de la República Dominicana de 2010 art. 74 numeral 4.

<sup>65</sup> CONSTITUCIÓN DE ECUADOR DE 2008 Art. 93, Constitución de Honduras de 1982 art.15 párrafo 2, normas de carácter legal Colombia Ley 288 de 1996, Perú Código Procesal Constitucional Ley 28237 del 2004.

<sup>66</sup> FERRER MAC- GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. Op. cit. "La cláusula contiene un "principio de armonización" entre la Constitución y el tratado internacional. **Lo anterior significa que el intérprete debe procurar una interpretación que**

“Se trata, por tanto, de una interpretación *secundum conventionem* que deben hacer los tribunales de derecho interno, para darle recepción a la interpretación de los derechos, conforme a la jurisprudencia internacional correspondiente. Por lo cual, se trata de un diálogo responsable y deferente de los tribunales de derecho interno para con el tribunal internacional, intérprete, auténtico y final de los derechos reconocidos en el tratado respectivo”<sup>67</sup>

La interpretación conforme, genera un sistema coherente y funcional, que coadyuva al diálogo e igualmente a la recepción de Teoría Transnacional del Derecho (en adelante TTD)<sup>68</sup> (foráneo SITDH – interno Estatal), es decir, un derecho interpretativo de doble vía, un diálogo y un *cross fertilization*; en el universo interamericano, se dan muchos ejemplos como es el núcleo de la investigación sobre el deber de motivar los actos administrativos discrecionales, tomándose las reglas convencionales en las sentencias interamericanas, con el fin de resolver las diferentes dudas metódicas en el sistema jurídico.

---

**permita "armonizar" la "norma nacional y la internacional". No se trata de dos interpretaciones sucesivas (primero la interpretación conforme a la Constitución y luego la interpretación conforme al tratado inter-nacional), sino de una interpretación conforme que armonice ambas. Cuando la fórmula constitucional se refiere a que las normas de derechos humanos se interpretarán "de conformidad con" "esta Constitución y con los tratados inter-nacionales...", la conjunción "y" gramaticalmente constituye una "conjunción copulativa" que sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos al indicar su adición. De ahí que esta cláusula cumple con una "función hermenéutica" de armonización. Y entre las posibles interpretaciones conformes de armonización, el intérprete deberá optar por la protección más amplia.** En todo caso, ante una eventual antinomia debe aplicarse la norma que favorezca "a las personas la protección más amplia" como solución interpretativa que la parte final de la cláusula establece; de ahí que podría prevalecer la norma nacional en términos del artículo 29.b) de la CADH" (Subrayado fuera de texto).

<sup>67</sup> CORAO AYALA, Carlos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. México: Editorial Porrúa, 2013. p.36

<sup>68</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego. 2009. Op. cit. p. 65. “Con este concepto hago referencia a un cierto tipo literatura, ideas y argumentos *ius-teóricos* que cruzan las fronteras nacionales mucho más fácilmente que los libros y análisis de doctrina o comentario legal-positivo”



La idea de la red judicial, va construyendo un camino denominado el *ius-comune* latinoamericano, “entendemos por red aquel conjunto de herramientas, instituciones organizadas, formal o informalmente, para la consecución de un determinado fin u objetivo común”<sup>69</sup>.

Mediante la CADH o carta convencional, es una norma viviente, que da vida cuando el ciudadano presenta la petición de denuncia, por la vulneración de un derecho y mediante opiniones consultivas, medidas provisionales, sentencias de supervisión de cumplimiento.

Es decir, el juez internacional genera el diálogo y el juez nacional está atento a la recepción, ambos con la posibilidad de crear intereses a favor de los ciudadanos, “siendo los jueces artistas, los cuales, con la ayuda tanto de manos, de la cabeza como del corazón, abren horizontes novedosos a los ciudadanos, sin ignorar la realidad y las situaciones concretas”<sup>70</sup>, los cuales se ha señalado con el nombre denominado bloque de convencionalidad.<sup>71</sup>

No obstante, se deduce que en los países americanos el diálogo judicial da recepción jurisprudencial de las sentencias interamericanas, se dan en su totalidad, a través de tres condiciones de aplicabilidad y cumplimiento: alta, media y baja.

**I) Alta:** En Bolivia<sup>72</sup>, la configuración de la constitución plurinacional de Bolivia del 2009, en su discurso de preámbulo denota, que realiza un proceso de

---

<sup>69</sup> ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El dialogo judicial interamericano un camino de doble vía hacia a la protección efectiva. p. 250 en Mezzeti, Lucca & Conci Arcaro Luiz Diálogo entre Cortes. Universidad Externado de Colombia, 2016

<sup>70</sup> Ibid. p.32

<sup>71</sup> MURILLO CRUZ, David. La dialéctica entre bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. En: Revista de derecho Público (36).91. En línea] disponible en: < <https://bit.ly/2Kgl3r>> “por un conjunto de normas homogéneas se ha consolidado por medio del diálogo armónico entre jueces internos e internacionales de derechos humanos”

<sup>72</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. 0020/2013 M.R Mirtha Camacho Quiroga “La Constitución es la Norma Suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de

transformación por medio de su cosmovisión<sup>73</sup>, teniendo en cuenta la CT-IDH y el tribunal Plurinacional de Bolivia, ha realizado la aplicación de 14 sentencias<sup>74</sup> que toman un criterio jurídico para resolver sus diferentes causas, en una justicia de red dialógica.

**II) Media:** Colombia ha sido considerado un país receptivo al diálogo judicial que se concretó en la Corte Constitucional Colombiana, su desarrollo se concentra en mayor medida en su segunda etapa, como se señala en la sentencia C-225 de 1995.

---

primacía frente a cualquier otra disposición normativa...’, precepto a partir del cual, debe ser desarrollado el principio de interpretación ‘desde y conforme a la constitución’; asimismo, en virtud al art. 14.IV y 256.I y II de la CPE, **se establece la disciplina constitucional de la pauta ‘desde y conforme al bloque de convencionalidad, criterios a partir de los cuales, debe operar el fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, para que toda norma infra-constitucional, en su contenido, responda a los postulados tanto de la Constitución como del bloque de constitucionalidad** en los términos ya desarrollados en el Fundamento Jurídico III.2 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, en este contexto, al haberse desarrollado una descomposición de contenidos del art. 28.I.2 de la Ley 060, corresponde en este estado de cosas, realizar el test de constitucionalidad de la disposición cuestionada, a la luz de las dos pautas de interpretación antes señaladas, para establecer su conformidad o en su caso su incompatibilidad con las normas supremas invocadas en la presente acción” ( Subrayado fuera de texto).

<sup>73</sup> FITZPATRICK, Peter. El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo y legalismo. Bogotá: Editorial Siglo del hombre, 2010. p.156. “El desarrollo de un paradigma inclusivo de los derechos humanos requiere pensar la forma que tradicionalmente se han pensado el derecho y la modernidad. Un derecho inclusivo-menos injusto requerirá de una nueva epistemología. Esta nueva epistemología deberá propender por un paradigma que se funde en la coexistencia y se oponga al “paradigma de la novedad”, propio de la modernidad, y que fomenta la competencia, la guerra, la lucha por los privilegios y el éxito de lo individual”

<sup>74</sup> Sentencias. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia 0998/2014-S1, 26 de octubre de 2015 M.R Macario Lahor Cortez Chávez. Acción de Amparo Constitucional; 0572/2014, 10 de marzo de 2014 M.R Tata Gualberto Cusi Mamani. Acción de Amparo Constitucional. 0491/2013, 12 de abril de 2013. M.R Neldy Virginia Andrade Martínez. Acción de inconstitucionalidad concreta; 0897/2013, 20 de junio de 2013 M.R Mirtha Camacho Quiroga Acción de Cumplimiento; 2007/2013, 13 de noviembre de 2013 M.R Tata Gualberto Cusi Mamani. Acción de libertad. 2114/2013 21 de noviembre de 2013 M.R Tata Gualberto Cusi Mamani Acción de amparo de inconstitucionalidad; 1977/2013, 4 de noviembre de 2013. M.R Tata Gualberto Cusi Mamani. Acción de libertad; 0121/2012, 2 de mayo de 2012. M.R Ligia Mónica Velásquez Castaños, acción de amparo constitucional, 0998/2015-S1, 26 de octubre de 2015 M.R Macario Lahor Cortez Chávez. Acción de Amparo Constitucional, 1617/2013, 4 de octubre de 2013, M.R Tata Gualberto Cusi Mamani, Acción de Amparo Constitucional. 0437/2013. 3 de abril de 2013, M.R Neldy Virginia Andrade Martínez. Acción de Amparo Constitucional. 2114/2013, 21 de noviembre de 2013, M.R Tata Gualberto Cusi Mamani, 2170/2013, 21 de noviembre de 2013 M.R Tata Gualberto Cusi Mamani. Acción de inconstitucionalidad concreta, 0572/2014, 10 de marzo de 2014 M.R Tata Gualberto Cusi Mamani, 0020/2013, 4 de enero de 2013 M.R Mirtha Camacho Quiroga.

“Corpus normativo de los Derechos Humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto, como los convenios de derecho humanitario, son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana”<sup>75</sup>, siendo su iniciador, y difusor el Magistrado Alejandro Martínez Caballero”<sup>76</sup>.

A partir de la Constitución Política de 1991, se abre la pluralidad institucional de los organismos de cierre, como es el caso de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y la Corte Suprema de Justicia. También y, gracias a la aparición de estos nuevos escenarios jurídicos, como son el Tribunal Constitucional y los controles de constitucionalidad (abstracto y concreto), Colombia comienza hacer uso de una tesis media, evidente en la figura de la cosa juzgada constitucional<sup>77</sup>, lo que esencialmente, genera una visión transformadora de la Constitución de 1991, por la fuerte inspiración de nuevos paradigmas en la filosofía del derecho (Hart, Dworkin, Alexy).

“Por ello, con la entrada en vigencia de la constitución de 1991, que también es una constitución llena de valores y principios (rematerializada), se puso de presente la coexistencia de las concepciones mencionadas que, gracias al interés y militancia de los juristas frente a uno u otro modelo, dieron lugar a tensiones, disputas y luchas entre los partidarios y los defensores del *ancien regime*”<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225 de 1995. [M.P Alejandro Martínez Caballero]; Sentencia C-010 (19 de enero de 2000). [M.P Alejandro Martínez Caballero]

<sup>76</sup> Sentencia C-010, 2000. Op. cit.

<sup>77</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-083, 1995. Op. cit., C-836 de 2001 [M.P Rodrigo Escobar Gil], C-590 de 2005 [M.P Jaime Córdoba Triviño].

<sup>78</sup> AGUDELO, OSORIO, Julián David. Choque de trenes: tutelas contra sentencias, concepciones del derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano. Universidad de Antioquia 2016. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/C4vEUL> > p. 16-17

A partir del nuevo escenario judicial, el compromiso de los Derechos Humanos, y las sentencias internacionales de la CT-IDH; reflejan en el seno de la Corte Constitucional mediante las acciones públicas de inconstitucionalidad, la interacción de derechos como la prohibición de suspender la garantía de *habeas corpus* en los estados de excepción, o la declaratoria de inexecutable de la homosexualidad como causal disciplinaria para ejercer la docencia, gracias a los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Eduardo Cifuentes Muñoz<sup>79</sup>.

Además, el Consejo de Estado, no ha sido ajeno en materia administrativa, bajo las acciones de reparación directa resueltas por los Consejeros de Estado en la sección tercera (Enrique Gil Botero, Orlando Santofimio Gamboa, Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Hernán Andrade Rincón),<sup>80</sup> que trasplanta al ordenamiento jurídico colombiano los desarrollos interamericanos bajo las actuaciones de desaparición forzada y la falta de garantías judiciales a las víctimas<sup>81</sup>.

Propiciando una red judicial, para la construcción y desarrollo de herramientas de la comunicabilidad constitucional, tomada y ampliada bajo la figura del Control de Convencionalidad, que interviene en el ámbito (sustantivo- procesal), y señala un claro seguimiento a la función jurisdiccional, pública, legislativa, y hasta los particulares en materia de los Derechos Humanos.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Sentencias. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-225 de 1995, C-135 de 1996, C-481 de 1998.

<sup>80</sup> Sentencias. CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera subsección c, radicado numero: 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679), Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02368-01(29764), sala plena Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), subsección b Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03380-01(26669), Radicación número: 08001-23-31-000-1991-06344-01(22076), sub sección a Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02419-01(28224)

<sup>81</sup> Sentencias. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caballero Delgado y Santana vs Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Caso Las Palmeras vs Colombia. Fondo. Sentencia 6 de diciembre de 2001. Caso 19 de comerciantes vs Colombia. Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia 5 de Julio de 2004.

<sup>82</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-012 (20 de enero de 2012) [M.P Jorge Iván Palacio Palacio]

Esta nueva perspectiva, ha implicado una proliferación en asuntos constitucionales, para construir normas adscritas o derechos innominados, e igualmente a la red judicial entre las que se destacan los pronunciamientos; a) los celos como causal de divorcio<sup>83</sup>; b) la protección de la capacidad jurídica a personas con vulnerabilidad<sup>84</sup>; y c) el derecho a la revisión judicial en fallos condenatorios en materia penal,<sup>85</sup> que apoya el diálogo judicial interamericano<sup>86</sup>.

Con el pasar del tiempo, Colombia cambió su postura a favor de un comportamiento intermedio frente a los Derechos Humanos, por medio de una tesis ecléctica, que aunque, parece la piedra filosofal que alumbraría el orden constitucional internacional colombiano, persistió un enfoque contrario, identificado en la sentencia del tribunal constitucional Kelseniano de la carta de 1991, siendo ambigua y de poco referente, en donde se deduce de su lectura y sus argumentos, más una falacia *ad vericundiam*<sup>87</sup>, que sentar un precedente constitucional.

“La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado”<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-967 (15 de diciembre de 2014) [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

<sup>84</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-182 (13 de abril de 2016). [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

<sup>85</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-792 (29 de octubre de 2014). [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]

<sup>86</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-500 (16 de julio de 2014) [M.P. Mauricio Gonzales] Sentencia C-496 (15 de marzo de 2016). [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

<sup>87</sup> TRIGLIA, Adrián. Los 10 tipos de falacias lógicas y argumentativas. [en línea] disponible en: <<https://goo.gl/eBmcoZ>> “vincula la veracidad de una proposición a la autoridad de quien la defiende, como si eso proporcionase una garantía absoluta. Por ejemplo, es corriente argumentar que las teorías de Sigmund Freud sobre los procesos mentales son válidas porque su autor era neurólogo”

<sup>88</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-941 (24 de noviembre de 2010). [M.P. Jorge Iván Palacio]

Pero aun así su recepción, algunas veces, contradice el estándar interamericano, como es el caso de la facultad de los organismos de control de destituir a los funcionarios públicos elegidos popularmente<sup>89</sup>.

**III) Baja:** El estandarte de los Derechos Humanos ha colonizado el continente americano, siendo una idea triunfal en los ordenamientos Constitucionales, pero aún persiste en el ideal de algunos Estados, una fuerte resistencia a dejarse impregnar por un discurso comparativo a favor de un *ius-comune* latinoamericano, entre el diálogo judicial y recepción, la mayoría de razones son forjadas por un temor a la delegación de la soberanía, o la revisión judicial de sus fallos por conveniencias políticas o económicas, entre los más representativos, se circunscribe Venezuela.

En el Estado venezolano aunque se identifica la gestión en la apelación de la soberanía y a la defensa del principio *interpretatio a favor constituione*, se encuentran contradicciones, una de las más importantes es la inejecutabilidad de las sentencias de la CT-IDH, que generó entre la sentencia internacional y la sentencia constitucional, un diálogo ininterrumpido, en contravía al principio de progresividad de los Derechos Humanos descrito en el art. 19<sup>90</sup> de la Constitución venezolana de 1999, y de las resoluciones judiciales al servicio de la política.

“La CT-IDH persiste en desviar la teología de la convención americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del poder público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral) usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer un país

---

<sup>89</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-101 (24 de octubre de 2018). [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

<sup>90</sup> “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”

soberano e independiente de criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional”<sup>91</sup>

En el 2012 Venezuela, por su parte, se retira del SIDH <sup>92</sup>, esto evidencia el poco compromiso y la denegación en la construcción de una red dialógica jurisprudencial, en la construcción del derecho internacional de los Derechos Humanos del Estado venezolano, siendo una tesis baja.

Los diálogos entre cortes nacionales o tribunales de cierre, buscan resolver en sus sentencias problemas jurídicos propios, con este fin, han generado diferentes nichos citacionales, nutriéndose de incomparables normas adscritas. Esto se denomina diálogo directo “cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre tribunales estatales del mismo nivel”<sup>93</sup>.

El diálogo jurídico se mantiene entre un emisor, receptor, código, canal, y un mensaje, la comunicación se origina en la medida de la utilización de la sub regla jurisprudencial, dictada por los órganos de cierre a los órganos inferiores o como criterio hermenéutico, para las demás corporaciones del mismo nivel, mientras que en el código se da la razón de los vectores de interpretación, i) la seguridad jurídica, ii) el principio de interpretación auténtica de la constitución, y iii) acceso a la administración de justicia, entre otros; siendo el canal la sentencia, o el auto, y por último, el mensaje de la interpretación de la regla.

---

<sup>91</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA EN SALA CONSTITUCIONAL. Expediente 11-1130 (17 de octubre de 2011). [M.P. Arcadio Delgado Rosales]

<sup>92</sup> CORAO AYALA, Carlos. Inconstitucionalidad de la Denuncia Convención Americana sobre derechos Humanos por Venezuela. [En línea] Disponible en: <<https://bit.ly/2NOy6pp>>p. 186. [Consultado el 15/02/2019]

<sup>93</sup> BONILLA MIRANDA, Haideer. Dialogo Judicial Interamericano. Bogotá: Nueva Jurídica, 2016 p. 258.

“La finalidad del diálogo judicial no sólo presupone intercambio mutuo y consciente de ideas, también la existencia de un conflicto previo que los órganos judiciales dialogantes que deben resolver de forma consensuada, en tanto no existe regla clara de resolución de conflictos aplicable”<sup>94</sup>

El diálogo entre máximos tribunales jurisdiccionales internos, ha conllevado a unas características del sistema jurídico: la consolidación del precedente, la dinamización de herramientas procesales constitucionales (declaración de inconstitucionalidad–amparo), la interrelación con jurisprudencias extranjeras (uso de jurisprudencias constitucionales comparadas) y, la armonización del derecho (*ius-comune* latinoamericano).

El derecho no es entendido como solo la producción de las normas del Estado, sino a su vez, es un proceso dialógico global, en la esfera que la productividad de una norma internacional o adscrita, puede ser interpretada o aplicada en un caso concreto (TTD) mediante un trasplante jurídico<sup>95</sup>.

El orden jurídico normativo, genera un sistema de apertura<sup>96</sup> global y epistemológico, que permite comprender en su núcleo esencial una red dialógica judicial, que se focaliza en la presente investigación a partir del dialogo que se

---

<sup>94</sup> CREGO DÍAZ, María. Dialogo judicial. En: Revista en la cultura legalidad. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/Tcqui3> >

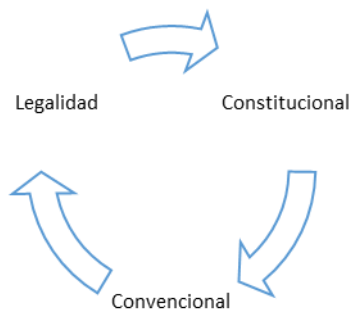
<sup>95</sup> MALDONADO BONILLA, Daniel. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009. ISBN: 9789586651462. p.20 “El modelo pragmático considera que los trasplantes jurídicos son herramientas para solucionar problemas concretos. El agente importador escoge, o el agente exportador impone un conjunto de normas o instituciones porque en otros contextos enfrentaron con éxito retos análogos a las que ahora se enfrentan. Los trasplantes son entonces interpretados porque quienes defienden este modelo como medios que permiten alcanzar un fin determinado, hacer más eficiente la administración de justicia, alcanzar el equilibrio macroeconómico o fortalecer el Estado de Derecho, por Ejemplo

<sup>96</sup> HERRERA, Juan Camilo. Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la Carta Jamaica. En: Colombia Internacional [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/tUHJz8> > p. 170 “Son las que permiten conectar el derecho interno de un Estado con el derecho internacional. Ello aplica para el derecho de los tratados, en general, así como para materias claves de la supranacionalidad como los Derechos Fundamentales o la integración regional”



establece entre los Derechos Humanos (CADH), la corte constitucional (CP), y el marco legal (CPACA), mediante los diferentes controles: de convencionalidad, constitucionalidad y legalidad.

Gráfico 3. Sistema de apertura



El sistema de apertura, abre la posibilidad de recurrir a las fuentes internacionales como los diálogos judiciales para resolver el conflicto, cuando la norma jurídica nacional, sea ambigua, equivoca, o no exista en torno a los derechos fundamentales o humanos.

En el caso del trabajo de investigación, se presenta un equívoco que hace necesario aplicar la norma internacional *prima facie* en materia de derechos humanos, como la CADH mediante el control de convencionalidad,<sup>97</sup> para materializar las obligaciones internacionales y los estándares de las normas adscritas como pautas interpretativas. Lo que implica la defensa de derechos humanos y su armonía con

---

<sup>97</sup> “En la semántica del Sistema interamericano de Derechos humanos (SIDH) se conoce bajo el nombre de control de convencionalidad al procedimiento mediante el cual un tribunal verifica si determinado acto legislativo o, en su caso la omisión de dictarlo, es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en un determinado Estado por parte del Sistema. Si el acto en cuestión no supera ese test de fiscalización, el tribunal deberá declararlo anticonvencional o inconvencional, es decir contrario a alguno o algunos de los artículos que establecen tratados derechos humanos que ese país suscribió y en el caso se negó a cumplirlo” Midon Mario. El Control de convencionalidad. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina 2016, pág. 71

las normas locales, a saber, la concreción a nivel nacional de la internacionalización del derecho constitucional<sup>98</sup>.

El control de convencionalidad cumple una doble función desde el campo de la teoría general de las fuentes del derecho, a través de las redes dialógicas, en los diálogos jurisdiccionales, se desarrolla un espacio propicio de intercomunicación entre órganos jurisdiccionales de interpretación y creación jurídica de las normas adscritas, de lo externo a lo interno o parafraseando mejor, lo internacional-nacional, nacional-internacional.

Esto ha permitido, que el Estado no sea el único capaz de propender reglas, sino maximizar los derechos del ciudadano al tener una visión cosmopolita, generando una relación de interdependencia con el ámbito regional del Sistema interamericano, mediante una influencia directa del control de convencionalidad y las normas adscritas generadas a los controles judiciales (legales- constitucionales)

---

<sup>98</sup> POBLETE NÚÑEZ, Manuel. Op. cit. "Al primer fenómeno se le puede llamar proceso de constitucionalización del derecho internacional, mientras que el segundo puede denominarse desnacionalización o internacionalización del derecho constitucional. Mientras la desnacionalización del derecho público interno supone agotamiento de la soberanía nacional y la constitución estatal como último parámetro de legitimidad del ordenamiento interno, la constitucionalización del derecho internacional implica el reconocimiento de ciertas funciones materialmente constitucionales en algunos segmentos del fragmentado ordenamiento internacional; Cualquiera que sea el fenómeno predominante con relación un Estado determinado, lo cierto es que ambos procesos conducen inevitablemente a la difuminación de las barreras y conceptos propios de lo nacional frente a lo internacional"

como son: i) en materia derechos civiles políticos<sup>99</sup>, ii) propiedad comunal,<sup>100</sup> y iii) orientación sexual,<sup>101</sup>.

Este punto es de vital interés, teniendo claro que el control de convencionalidad no solo es una herramienta (sustantiva – procesal), pues hace partícipe a la comunidad interamericana en las interpretaciones jurídicas emitidas por la CT-IDH, por tanto, se resalta en la investigación que todo acto administrativo parte de la presunción de legalidad, pero debe estar demarcado en el interés de la primacía del derecho constitucional, teniendo como fundamento una adecuación con las normas interamericanas.

La CT-IDH favorece el control judicial de los actos administrativos discrecionales, todo procedimiento administrativo, cuando tenga la finalidad de dictar una sanción de tipo penal, administrativa o disciplinaria impuesta por el Estado al funcionario.

---

<sup>99</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Indígena Sawhoyomaxa vs Paraguay. (26 de marzo de 2006). Fondo, reparaciones y costas. párrafo 108; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Gustavo Francisco Petro Urrego vs Colombia Medida Cautelar 374/13. (18 de marzo de 2014); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Mendoza vs Venezuela. (septiembre 1 de 2011). fondo reparaciones y costas. párrafo 108. opinión compartida Resolución 05 de 2014. “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”

<sup>100</sup> “este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana<sup>100</sup>. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”

<sup>101</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. (4 de febrero de 2012) Fondo, reparaciones y costas. párrafo 92 “la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”

Así mismo, el Estado debe propender su decisión al tenor de los derechos fundamentales y una correspondencia con lo alegado y aportado mediante un debido proceso administrativo.

La CT-IDH, desarrolla un discurso narrativo a favor de una hermenéutica convencional globalizadora de los intereses de los sujetos americanos, generando posturas epistemológicas como son, los derechos innominados (normas adscritas)<sup>102</sup> y por otro lado, el control judicial de convencionalidad (concentrado-difuso), que gracias al denominado fenómeno de la globalización judicial, se ha materializado en el ámbito interamericano, así:

“Se ha extendido como una manera de dar respuesta a problemas comunes y que está creciendo a través de los distintos canales de comunicación que los jueces utilizan para mantenerse en contacto, [...] los tribunales que interactúan entre sí, ya no solo toman como referencia los casos resueltos en otro países para aplicarlos y adaptarlos a sus propias jurisdicciones, sino también ofreciendo sus propios razonamientos para participar en un proceso que está cambiando con la simple recepción al diálogo entre órganos jurisdiccionales<sup>103</sup>”.

El seguimiento del precedente (constitucional-interamericano) y los diálogos institucionales en materia de Derechos Humanos, trae consecuencias por vía directa (interamericana, nacional) – y por vía indirecta (nacional, interamericana).

**Directa interamericana:** El control de convencionalidad interpreta y desarrolla la convención americana de derechos humanos. Establece el efecto de las obligaciones internacionales que a su quebrantamiento por parte del Estado genera

---

<sup>102</sup> CAMPOS BIDART, German. Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional. [en línea] Disponible en: <<https://goo.gl/rsNE7N>> “En definitiva, queremos decir que hay derechos "con normas" y "sin normas" porque los derechos no se agotan en el catálogo escrito”

<sup>103</sup> BRITO MELGAREJO, Rodrigo, El Dialogo entre los tribunales Constitucionales. Mexico: 2011. ISBN 9786070908729 Editorial Porrúa. P 11.

como consecuencia, la responsabilidad por hecho ilícito internacional, piénsese en las normas adscritas o derechos innominados (principios vectores de interpretación), como las medidas de reparación a las víctimas, verbigracia las excusas públicas.

**Directa nacional:** Las reglas jurisprudenciales de la CT-IDH tiene un efecto constitucional, siendo factible utilizar el argumento jurídico en materia de tutela contra providencias judiciales, por la causal de defecto especial en el desconocimiento del precedente constitucional-interamericano.

**Indirecta nacional:** Aplicación directa de los principios constitucionales-convencionales del precedente.

**Indirecta interamericana:** Un efecto expansivo- dialógico de las sentencias de la CT-IDH, siendo re-interpretada en casos concretos en materia del derecho de daños, en sede contenciosa administrativa – control concreto de constitucionalidad tutela, e igualmente en las medidas de no repetición (capacitaciones a funcionarios públicos, leyes derogatorias inconvencionales para los demás países signatarios).

## CAPÍTULO II

### 5. HERMENÉUTICA JUDICIAL Y PRINCIPIOS VECTORES DE INTERPRETACIÓN: MOTIVACIÓN EXPRESADA EN LA LEY Y DEBER DE MOTIVACIÓN.

*“No os dejéis ante todo seducir por el mito del legislador, más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del derecho, un ordenamiento jurídico, se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces”*

*Francesco Carnelutti*

#### **PRELUSIÓN**

A continuación, se analiza a partir de la hermenéutica jurídica, los principios vectores de interpretación. Para tal fin, es esencial partir de una reconstrucción historiográfica de las categorías centrales, en el acto de llamamiento a calificar servicios: *Motivación expresada en ley y Deber de Motivación*.

Es fundamental para el desarrollo de la investigación un análisis de las competencias procesales constitucionales, administrativas, y transnacionales del acto administrativo del llamamiento a calificar servicios de las Fuerzas Armadas y Civiles en Colombia.

Es por ello que, en la primera parte del presente capítulo se realizará una descripción de los mecanismos de defensa, controles, acciones y procesos, desde un marco dogmático-jurídico. La segunda parte, se centrará en la metodología y, tiene como pilar el papel que juegan los organismos jurisdiccionales y las normas adscritas<sup>104</sup> como es el caso de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el CT-IDH, entorno a la discrecionalidad administrativa del acto de llamamiento a

---

<sup>104</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial centro de Estudios Constitucionales, 2012. p.53 “las normas adscritas de derecho fundamental son aquellas que la jurisprudencia y la ciencia del derecho real adscriben a las normas de derecho fundamental estatuidas directamente”

calificar servicios. En este apartado, se hace necesario con el fin de encontrar en las normas adscritas que se derivan del análisis de las líneas jurisprudenciales antes mencionadas al estudio, a través de diferentes sentencias que se han convertido en precedentes de las vías constitucional y contenciosa administrativa con respecto al deber ser de la motivación de los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios, este mismo procedimiento se realizará en el nivel jurisprudencial interamericano (desarrollado por la Corte Internacional de Derechos Humanos) con respecto a los actos administrativos (de destitución) que contienen características de discrecionalidad en su expedición<sup>105</sup>.

En la tercera y última parte se toman las sentencias precedentes, seleccionadas en la segunda parte del capítulo y se analizarán por medio de las redes de influencia o la denominada ecología intelectual del pensamiento *ius-filosófico* en sede jurisdiccional. Para esto, se realiza un análisis teórico-metodológico en torno a la sociología funcionalista, de la mano de autores como Randall Collins y Stephen Toulmin, de tal manera se intenta establecer si el Estado Colombiano está aplicando las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos, en cuanto al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, y si ello genera algún tipo de responsabilidad internacional.

## **SUMARIO**

2.1. DELIMITACIÓN Y NECESIDAD DE LOS MECANISMOS.2.1.1. Acción de tutela. 2.1.2. Acción de Inconstitucionalidad. 2.1.2. Clases de Sentencia, metodología de la línea: criterios hermenéuticos de la Corte Constitucional. 2.2. ANÁLISIS DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL 2.2.1. Acción de nulidad y restablecimiento del Derecho.2.2.2. Clases de Sentencia y metodología de la línea, criterios hermenéuticos del Consejo de Estado.2.2.3. ANÁLISIS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO2.2.4.

---

<sup>105</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego ¿Por qué de hablar una teoría impura del derecho? Para américa latina. En: teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del hombre, 2009

Clases de sentencia y metodología de la línea.2.3. MATRIZ Y RED DE INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO IUS-FILOSÓFICO DE LA COMUNICABILIDAD CONSTITUCIONAL.2.3.1. Ecología intelectual (matriz horizontal)2.4. CONCLUSIONES DE LA ECOLOGÍA INTELECTUAL: MATRIZ HORIZONTAL REDES DIALÓGICAS INSTITUCIONALES JURÍDICAS Y MATRIZ VERTICAL 2.4.1. Responsabilidad internacional hechos ilícitos (subjetivo- objetivo).2.4.2. Responsabilidad internacional por Derechos Humanos.

#### **a. DELIMITACIÓN Y NECESIDAD DE LOS MECANISMOS**

Los mecanismos jurisdiccionales permiten defender los derechos de los ciudadanos ante a los órganos institucionales, que, en el tema de investigación, recae en la figura de llamamiento a calificar servicios, que se han discutido en el ámbito constitucional, administrativo y por interpretación extensiva en sede interamericana.

Por tanto, para una comprensión universal del lector en el eje de las líneas jurisprudenciales se realizó una breve descripción; historiográfica, conceptual y procedimental, resaltando la importancia de las acciones en sede de tutela, inconstitucionalidad, nulidad y restablecimiento del derecho y finalmente en el procedimiento interamericano.

##### **2.1.1. Acción de tutela.**

La figura del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es posible rastrear diferentes momentos de la historia como afirma Roberto Gargarella: “particularmente a partir de la última oleada de reformas que surgió a finales del siglo XX y principios del XXI (Colombia 1991, Argentina 1994, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009”<sup>106</sup>. El nacimiento y desarrollo del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

---

<sup>106</sup> GARGARELLA. Roberto. El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Revista Universitaria Volumen 48, número 1, 2015. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2KLMXzD>>



se remontan a la corriente de la colonia española, tal como lo señala Juan Antonio Berardinelli: “las instituciones actuales fueron concebidas en la época de la colonia inspiradas en la ley natural defendida por Tomás de Aquino, característica de la concepción latina del derecho, garantía del buen gobierno”<sup>107</sup>

Partiendo de esta base histórica, persiste un derecho común comparatista, o fenómeno identitario latinoamericano que se divide en cuatro etapas, que el ya citado Roberto Gargarella organiza de la siguiente manera: “[...]el constitucionalismo *experimental* (1810-1850); el *fundacional* (1850-1917); el *social* (1917-1980); y el de los Derechos Humanos (1980-2000)”<sup>108</sup> De esta organización histórica, se deduce que, como hipótesis ontológica del constitucionalismo social, y el constitucionalismo de los Derechos Humanos se haya la acción de amparo o tutela en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

También la acción de tutela, subyace como instrumento formal y material de derechos, entre el siglo (XVIII- XIX) en Norte América esencialmente en Estados Unidos (EEUU). Por otro lado, en México se mantiene como herramienta procesal constitucional en la defensa de los derechos del hombre y del ciudadano como se muestra en el estudio de Alfredo Gozaini: “el amparo puede tener dos lecturas: como derecho inalienable de las personas que lo conservan en situaciones de emergencia suprema y como garantía procesal destinada a dar un procedimiento para reclamar contra perjuicio o afectación sufrido”<sup>109</sup>

Se observar que la acción de tutela, en el siglo XIX se retomó en el derecho internacional público, como herramienta para la protección de los derechos

---

<sup>107</sup> BERARDINELLI BARRERO, Juan Antonio. Jurisprudencial Constitucional, precedentes judiciales de la humanidad. Editorial Legis. 2014. p.135

<sup>108</sup> GARGARELLA, Roberto. Op cit p 4

<sup>109</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Tratado de derecho Procesal Constitucional. México: Porrúa, 2011. ISBN: 9786070908859. p.381

humanos en un recurso efectivo y sencillo, descrito en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 (art 2 literal b) y, en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en su art. 25 se concreta, en principio, como figura de la internacionalización del derecho para el resguardo y la protección de los Derechos Humanos como un recurso efectivo y sencillo, siendo un derecho cosmopolita de la acción judicial.

El Estado colombiano requería de una acción que permitiera la protección de los derechos constitucionales fundamentales solo se protegían el derecho a la libertad en el habeas corpus, y los derechos políticos en la acción pública de inconstitucionalidad. En consecuencia y por el interés de la universalización del Derecho, nace la acción de tutela, en el art. 86 de la Constitución Política de 1991 junto con la regulación de sus decretos estatutarios (2591 de 1991) y los decretos 2067 (1991), 306 (1992) y el más reciente el decreto 1983 (2017).

Adicionalmente, se implementa en la administración de justicia, la Jurisdicción Constitucional en Colombia, y dos elementos procesales constitucionales: el Control Concreto de Constitucionalidad y la Excepción de Constitucionalidad. Hoy la acción de tutela, es un derecho en contra de la sujeción abusiva y arbitraria del Estado o de los particulares, en palabras de Manuel Quinche en su estudio sobre la acción de tutela en Colombia:

“Esta acción denominada recurso o acción de amparo en la mayoría de los países de Iberoamérica, es la acción judicial más importante del sistema colombiano y la de mayor influencia (cuando menos hasta el momento), pues luego de veintitrés años de vigencia, ha suscitado sensibles modificaciones en Colombia, materializadas en lo que se ha dado en llamar procesos de constitucionalización del derecho”<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La acción de tutela. Bogotá: Temis, 2015. 2ª. Ed. ISBN: 9789583510786

Así las cosas, la acción de tutela pasa de ser el instrumento de una idea en el Derecho Internacional, a formar parte activa en la construcción equitativa de derechos, como acción preferente, sumaria y eficaz, en contra de la violación de los Derechos Fundamentales por las autoridades públicas o por los particulares. En tal caso, cuando se presta un servicio público, en estado de subordinación o indefensión, con la facultad del Juez Constitucional, gracias a sus poderes coactivos, la acción de tutela permite reparar el daño, de forma eficaz y ágil.

A partir de las Sentencias C-083 de 1995 y T-123 de 1995 la Corte Constitucional, bajo el principio de igualdad y autonomía judicial, se ubica en un lugar fundamental en la ejecución de los efectos obligatorios de la acción de tutela. Tal como se señala en la Sentencia C-037 de 1996:

“Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36); sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional; con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución”<sup>111</sup>

Pero es solamente hasta la Sentencia T-175 de 1996 donde se estableció:

“específicamente el derecho a la igualdad de trato jurídico desde la formulación de dos reglas: la regla de prevalencia de los fallos de tutela de la Corte

---

<sup>111</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-037 (5 de febrero de 1996) [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]

Constitucional sobre los fallos de tutela de otras cortes, tribunales o jueces; y la regla de obligatoriedad del precedente de tutela en cumplimiento del condicionamiento dispuesto en la sentencia C-037 de 1996”<sup>112</sup>

Este camino de la acción de tutela, permite cimentar en el Tribunal Constitucional el efecto *intercommunis* o acción colectiva de la acción de tutela, es decir, la extensión de fallos a personas ausentes en el litigio constitucional que eventualmente pueden verse avocados o cobijados por un fallo de tutela, exigiendo unos condicionamientos para que se dicte: i) **un efecto preventivo real**; ii) **la imposibilidad**; iii) **la homogeneidad**. De acuerdo con lo anterior, la primera sentencia explícita donde la Corte Constitucional expone el efecto *intercommunis*, fue en la Sentencia SU 1023-2001, en donde se señala que:

“Este supuesto se presenta cuando la protección de Derechos Fundamentales de los peticionarios atente contra Derechos Fundamentales de los no tutelantes y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de Derechos Fundamentales de aquellos no tutelantes”<sup>113</sup>

Es evidente que, la acción de tutela genera nuevas reglas de hermenéutica constitucional en el campo de la discrecionalidad judicial, entre las que cabe mencionar: el test de igualdad de origen anglosajón<sup>114</sup>; el test de razonabilidad; el test de proporcionalidad de origen alemán<sup>115</sup> así mismo, colabora en el ejercicio de la acción de la tutela los instrumentos de creación de derechos, entre los que se

---

<sup>112</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. 2015. Op. cit. p.112

<sup>113</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1023 (3 de agosto de 2001) [M.P. Jorge Córdoba Triviño]

<sup>114</sup> Rentería Araujo, Jaime. Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia ente derechos derechos fundamentales critica.2006 [En línea] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-10.pdf>

<sup>115</sup> SWEET STONE, Alec & MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2013

destacan la teoría de los derechos innominados como: i) el Derecho a la sexualidad reproductiva<sup>116</sup>; ii) el Derecho al agua como Derecho Fundamental<sup>117</sup>, iii) Derecho a la vivienda digna <sup>118</sup>, entre otros.

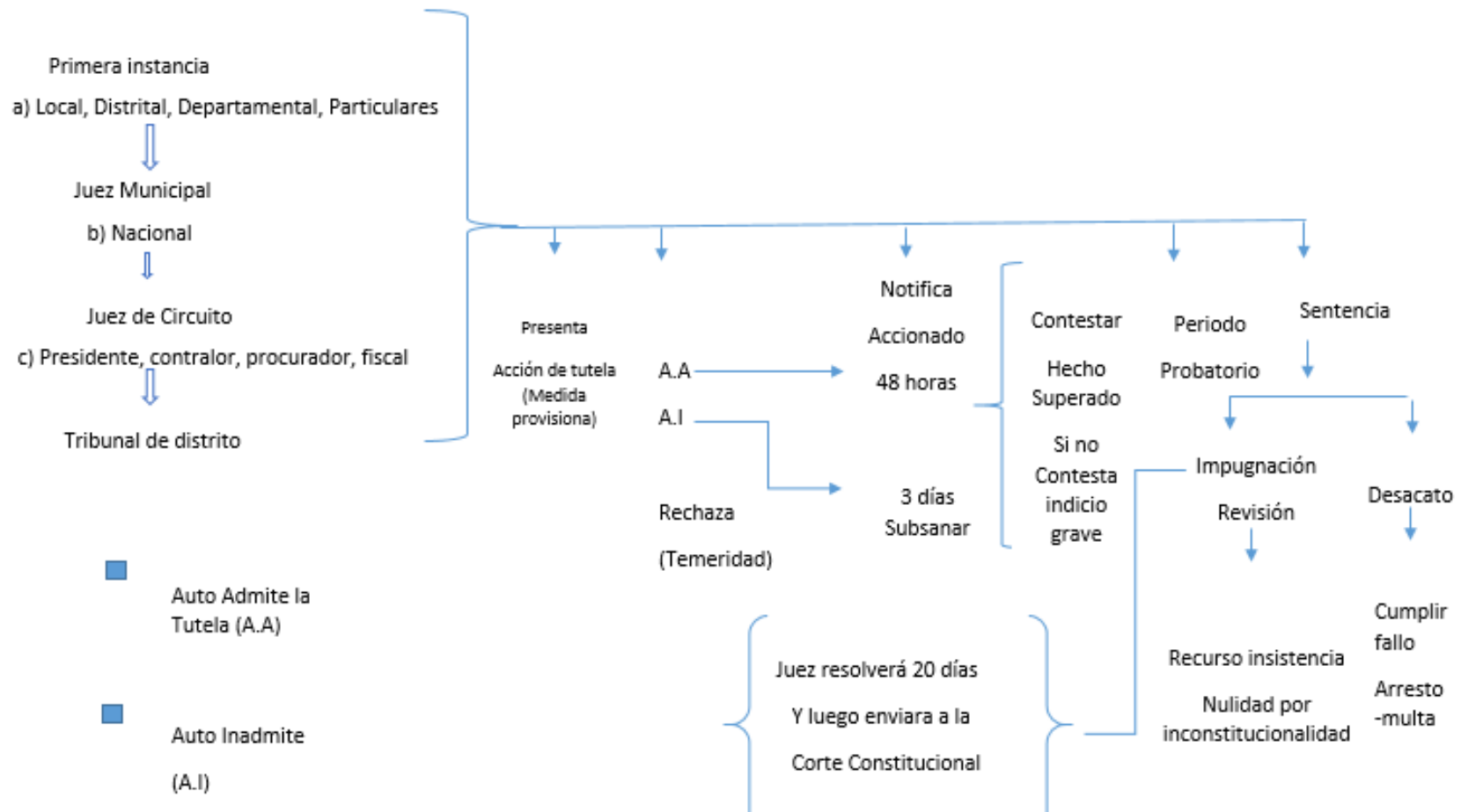
---

<sup>116</sup> Como es el caso de la fertilización in vitro con lavado de semen de paciente con VIH y la prostitución como el derecho al trabajo sexual (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-375 de 2016 [ M.P. Gabriel Mendoza]) (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-594 de 2016 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado])

<sup>117</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-740 de 2011 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]

<sup>118</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1165 de 2001 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

Gráfico 4. Procedimiento de la acción de tutela



Nota: Fuente elaboración propia, teniendo en cuenta el procedimiento de la acción de tutela

### **2.1.2. Acción de Inconstitucionalidad.**

Es una herramienta con la cuentan los ciudadanos para demandar una norma jurídica adscrita en la Constitución, cuando dicha norma no está en concordancia con las reglas de la Supremacía Constitucional aludiendo a la declaratoria de invalidez de las normas, de esta manera, el ciudadano cuenta con la acción de inconstitucionalidad para demandar ante el Tribunal Concentrado de Constitucionalidad, con el fin de excluirla del ordenamiento jurídico.

En el desarrollo de la historia constitucional colombiana, la acción de inconstitucionalidad ha tenido tres momentos importantes, a saber: i) fundacional, ii) consolidación, iii) intuitivo.

**i) fundacional (1811-1812):** Se da en el eje de las constituciones municipales, demarcándose como una fuente material del derecho, es decir, ciento nueve años, antes de la propuesta del Control Constitucional Europeo (Kelsen), los ciudadanos granadinos estaban facultados para demandar la usurpación por parte de las funciones del poder público, que atentaran en contra de la suprema norma jurídica<sup>119</sup>

**ii) consolidación (1853-1863):** Después de la Independencia, y el comienzo del federalismo con la Constitución de 1853 (art. 42 numeral 6) se faculta a los departamentos y municipios, para interponer la acción pública de inconstitucionalidad<sup>120</sup>. En la constitución de Rio Negro de 1863 se mantiene la facultad del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, a favor de un control ciudadano en competencia a la Corte Suprema federal (art. 72).

---

<sup>119</sup> Constitución de Cundinamarca de 1811 art. 9 y en la Constitución de Cartagena de 1812 art. 32.

<sup>120</sup> “Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República”

**iii) Intuitivo (1886-1991):** En la Constitución de 1886, Rafael Núñez elimina la acción de inconstitucionalidad pero mantiene el control abstracto de constitucionalidad en manos de la Corte Suprema, y procede solo por vía de la función ejecutiva, y solicitud en la objeción de inconstitucionalidad del artículo 151 numeral 4<sup>121</sup>, esta medida dura hasta la Ley 2 de 1904<sup>122</sup>, 10 años antes de que se creara el Tribunal Constitucional austriaco y 19 años antes de que Kelsen realizara una fundamentación teórica sobre el tema.<sup>123</sup>

El acto legislativo 3 de 1910, se consagra en el ordenamiento jurídico las cuatro características importantes que forjan el control de constitucionalidad en Colombia: i) principio de supremacía de constitución,<sup>124</sup> ii) acción pública de inconstitucionalidad,<sup>125</sup> iii) excepción de inconstitucionalidad, y iv) el control concretado de constitucionalidad<sup>126</sup>.

En la Constitución de 1991, se desarrollan normas perentorias que regulan el procedimiento constitucional (decreto 2067 de 1991, acuerdo 05 de 1992, acuerdo 02 de 2015).

Posteriormente, mediante la Sentencia C-1052 de 2001 la Corte Constitucional, dicta, normas adscritas, que los accionantes deben tener en cuenta al interponer una acción de inconstitucionalidad (Sentencia C-1052 de 2001),<sup>127</sup> que pese a su

---

<sup>121</sup> “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por inconstitucionales”

<sup>122</sup> MENDIETA GONZALEZ, David. Op. cit. ¿puede la corte Constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción? 2017. p. 214

<sup>123</sup> Ibid. p. 71-72

<sup>124</sup> Acto legislativo 3, 1910. Art.40 “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales”

<sup>125</sup> Ibid. Art.41 “sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”

<sup>126</sup> Ibid. Art. 41. “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución”

<sup>127</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. C-1052 (4 de octubre de 2001). [M.P Manuel José Cepeda Espinosa]



formalidad, ha permitido un control directo del ciudadano, favoreciendo los intereses de los Derechos Fundamentales, preservando así, una progresividad de la democracia constitucional, por medio de la carta política colombiana.<sup>128</sup>

La acción de inconstitucionalidad tiene la característica de ser un control incidental formal, donde se establece un ejercicio de validez, es decir que, el ciudadano revisa si se respetan cada uno los elementos estructurales que cimientan el ordenamiento jurídico, observando el procedimiento constitucional ordenado (órgano competente, función legislativa o ejecutiva) cuando sea el caso, y en cuanto a la producción de la Ley que respete los requisitos o los debates establecidos en la Ley Orgánica 5 de 1992, esto permite un control formal a favor del ciudadano en los actos legislativos, leyes y decretos con fuerza de ley.

Lo anterior, sirve como un mensaje al legislador para que tenga en cuenta los estándares de la Jurisprudencia Constitucional, y a su vez, permite llenar las fisuras de las omisiones legislativas relativas, ya que como afirma Allan Brewer:

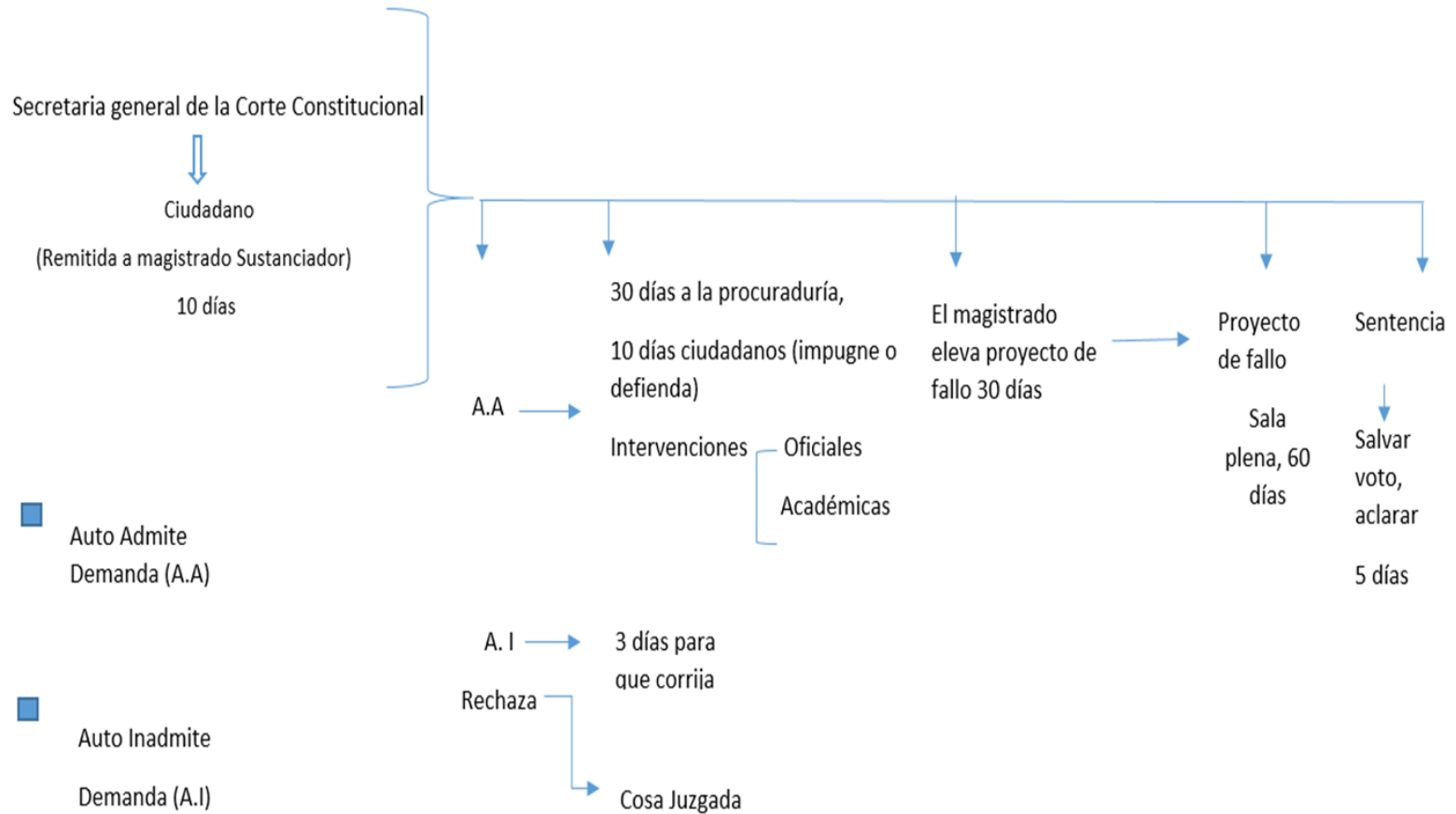
“el papel más importante y común de los jueces constitucionales, al declarar su inconstitucionalidad e incluso anular las leyes, es interpretarlas de conformidad o en armonía con la constitución, proporcionando directrices o pautas al legislador en su tarea de legislar”<sup>129</sup> Los ciudadanos comparten simétricamente un control de oficio ante la Corte Constitucional porque son guardianes de la Supremacía Constitucional, en cualquier caso, sea que atente someramente o quebrante el orden constitucional.

---

<sup>128</sup> ORUNESU, Claudia. Positivismo jurídico y sistemas constitucionales. Madrid: Marcial Pons, 2012.

<sup>129</sup> BREWER-CARIAS Allan R. Derecho Administrativo Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009. ISBN: 9789803652067. p.167

Gráfico 5. Procedimiento de la acción de constitucionalidad



Nota: Fuente elaboración propia, teniendo en cuenta el proceso la acción de inconstitucionalidad.

### **2.1.3. Clases de Sentencia, metodología de la línea: criterios hermenéuticos de la Corte Constitucional.**

La línea jurisprudencial que se analizará a continuación, se establecen los parámetros interpretativos a partir de las sentencias que suministra la Corte Constitucional, en referencia a la motivación de los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios, los precedentes y nichos citacionales<sup>130</sup> que surgen de las mismas.

En primer lugar, se toman las citas referenciadas desde la sentencia arquimédica<sup>131</sup>, que en este caso específico es la Sentencia SU-237 de 2019, y a partir de ésta se identifica la relevancia citacional, partiendo del punto estratégico de la ingeniería inversa<sup>132</sup>. Abordando el panorama estratégico en sede de la Corte Constitucional entre los años 1995 al 2019, y analizando las sentencias hito entre las que se destacan: la sentencia fundadora, consolidadora, reconceptualizadora, modificadora de línea al cambio jurisprudencial y dominante respecto del problema jurídico y, sobretodo aquella que condense la importancia de motivar (argumentar) el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

---

<sup>130</sup> HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio. Elementos Argumentativos e interpretativos en la doctrina de la sustitución de la constitución en Colombia. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/XiXuzv>> En la tesis doctoral sobre los elementos argumentativos en la doctrina de la sustitución en la Constitución de Colombia “Se identifican las sentencias referenciadas en el punto arquimédico y las sentencias que se hace anteriormente, para así construir la red de información e identificar la influencia de un precedente que determina”

<sup>131</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego. 2009. Op. cit. “El punto arquimédico es una sentencia con la que el investigador tratará de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será el de ayudar en la identificación de las sentencias hito de la línea y su sistematización en un gráfico de la línea”

<sup>132</sup> Ibid. “Consiste en el estudio de la estructura de citas del punto arquimédico” (...) Estas citas tenían, pues, un propósito predominante conceptual o retorico, los patrones facticos de las sentencias citadas con frecuencia no tienen nada que ver con el caso nuevo. Con el triunfo de la disciplina de precedentes, las citas internas que hace la Corte tienden cada vez más a restringirse a fallos anteriores que sean analogizables por hechos al caso ahora que se decide. Esto significa que la citación interna busca ahora el valor precedencial del fallo anterior y no su valor conceptual”

En principio, y con respecto a la Corte Constitucional, se toman dos posiciones jurídicas, o tesis sobre los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios una afirmativa y otra negativa a saber:

- La tesis afirmativa: si, este tipo de actos administrativos de llamamiento a calificar servicios deben ser motivados, dicha modalidad de retiro debe tener concordancia con el principio de debido proceso constitucional.
- La tesis negativa: no, los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios, encuentran una motivación expresa en la ley, pues el legislador creó esta figura para garantizar la estructura jerarquizada y el sistema de líneas de mando.

En este sentido, la sentencia fundadora de la línea afirmativa es la C-525 de 1995 en la cual, el Tribunal de Constitucionalidad de Colombia se pronuncia frente al retiro de los funcionarios de las fuerzas militares, argumentando que el campo del escenario constitucional, entre las medidas de discrecionalidad y arbitrariedad administrativa no deben confundirse, a razón de que la medida del retiro debe tener en cuenta los principios de racionalidad y razonabilidad, lo que implica que el acto administrativo debería ser motivado sin que este revista una extralimitación de funciones administrativas de la fuerza pública o civil. La función de discrecionalidad está a cargo de los comités de evaluación, en los que se realiza un examen riguroso para el ascenso o retiro de los funcionarios públicos de las fuerzas militares, haciendo una revisión de la hoja de vida, los informes de inteligencia, contrainteligencia, y el grupo anticorrupción.

Por otra parte, las sentencias C-072 de 1996, C-564 de 1998, C-179 de 2006 emitidas por la Corte Constitucional y que se refieren al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, son sentencias fundadoras dentro de la línea jurisprudencial negativa, anteriormente mencionada, y que justifican su posición a partir de los siguientes argumentos:

- Calificar servicios no vulnera los derechos del funcionario militar, ya que es considerada una medida discrecional de la función ejecutiva, en el momento de cumplir el tiempo asignado por la ley es necesario el relevo generacional de la carrera militar, que identificando un instrumento valioso dentro la línea jerárquica para ascenso y promoción. De tal manera se genera un indicador de medición en la equidad y evaluación de desempeño del servidor, durante el tiempo prestado, por tal motivo la calificación de servicios es una facultad inherente a la carrera militar.

- Estudia Las competencias administrativas de los comités de evaluación, y los actos discrecionales de retiro, porque, precisamente, las causales están regladas por normas jurídicas previamente establecidas, más no son actos arbitrarios que descansan en razones del buen servicio público. Este argumento jurídico tiene un sustento de razonabilidad indiscutible, porque la calificación que desvincula al uniformado de la carrera militar cuenta con un estudio y evaluación previos, lo que implica un contenido mínimo de motivación, toda vez que la discrecionalidad radica en la autoridad pública, lo que permite que se cumpla con la finalidad del proceso administrativo.

- Al hacer un trámite en que se predica la eficacia y la eficiencia del interés general, debe haber una correspondencia con los valores especiales del servicio público y en derivación de lo anterior, al identificarse, eventualmente, una irregularidad en el retiro del administrado se cuenta, por la vía jurisdiccional contenciosa administrativa, con la causal de desviación de poder o abuso de poder.

El cambio de la línea jurisprudencial a una tesis afirmativa, se deriva de la Sentencia T-967 de 2001, en donde la Corte Constitucional, estudia el caso en materia probatoria, en sede del comité de ascensos de suboficiales en el grado de Sargento Primero a Sargento Mayor, se hayan puntos referenciales a la vulneración del debido del acto administrativo en la desvinculación de las fuerzas militares, porque se permite cierto margen de discrecionalidad; sin embargo, esta medida no puede confundirse con la arbitrariedad, porque los comités deben observar los hechos que les sirven de causa, por tanto, la evaluación se hace sobre las pruebas concretas y

los requisitos legales señalados en el decreto 1211 de 1990 y la circular de convocatoria de ascensos. A continuación, se presenta un apartado del acta 001, en la que se evalúa a los candidatos:

“En total existían ocho (8) aspirantes que tenían impedimento para ascender: cinco (5) no aptos por sanidad, uno (1) por justicia y tres (3) adicionales que no podían excluir a los iniciales, a menos que hubiesen participado en el proceso en debida forma y por convocatoria adicional, pero, previa al proceso [...] Finalmente, se observa en dicha Acta, que aparece el nombre del actor bajo el título: Personal que no debe ser considerado para ascenso”<sup>133</sup>

De lo anterior se observa, que la decisión no contiene motivación ni fundamento alguno, lo que denota una caprichosa arbitrariedad toda vez que se encuentra ausente justificación, razonamiento o criterio objetivo alguno, de los cuales pueda derivarse la conclusión sentada en la misma. “El actor no es considerado para ascenso, cuando a diferencia de algunos de los ascendidos, cumple a cabalidad con todos los requisitos mínimos, generales y específicos establecidos por las normas y circulares ya mencionadas y aplicables en la carrera militar [...]”<sup>134</sup>

Esto demuestra que, los comités de ascensos son susceptibles a cometer arbitrariedad administrativa, por la carencia de motivación del acto administrativo en el retiro a los oficiales y suboficiales, dando como resultado, que independiente de la calificación de la evaluación o lista respectiva, bajo unas reglas de objetividad y aparente legalidad, dan lugar al llamamiento a calificar servicios, lo que obliga al retiro de algunos miembros de las fuerzas militares en el ejercicio activo de su carrera.

---

<sup>133</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-967 (18 de julio de 2001) [M.P Jaime Araujo Rentería]

<sup>134</sup> Ibid.

Este es el primero de los precedentes en el que se demuestra la capacidad del Juez Constitucional de intervenir en las decisiones administrativas, tutelando el derecho a favor del administrado, ordenando el ascenso y el reintegro automático al demostrarse la desviación de poder.

Con respecto a la tesis afirmativa, el Tribunal Concentrado de Constitucionalidad se manifiesta a través de las sentencias: T-995 de 2007, T-432 de 2008, T-569 de 2008, T-1168 de 2008, T-1173 de 2008, T-655 de 2009, T-824 de 2009, T-267 de 2009, T-723 de 2010, T-265 de 2013, T-719 de 2013, bajo decretos 1790 de 2000, 4860 de 2008, argumentando las siguientes razones de hecho:

- Las fuerzas militares y policiales se mantienen en un margen de flexibilidad en el ingreso, ascenso y promoción, pero esto no significa, que no estén sometidos a los principios de legalidad, igualdad, mérito y debido proceso, separando lo arbitrario de lo discrecional.
- Todo acto administrativo debe tener un mínimo de motivación, en donde se expresen:

“las razones como sustento de la decisión; ii) esas razones se plasmen, así sea de manera sucinta, que decide la desvinculación; iii) en el caso de los suboficiales de las Fuerzas Militares, debe existir una recomendación previa al retiro, emitida por el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del **decreto**; iv) garantizar al peticionario, el derecho a ser oído por el Comité; iv) La decisión debe ser notificada en forma prescrita por la ley al afectado”<sup>135</sup>

- Las normas adscritas deben estar presentes en los comités o juntas para velar por la protección de los derechos constitucionales del administrado.

---

<sup>135</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1173 (28 de noviembre de 2008) [M.P Jaime Córdoba Triviño]

- Se requiere de una socialización de las razones que llevaron a la administración a solicitar la destitución, la mayor de las veces, la Corte se refiere solicita a la administración un parámetro temporal (de 48 a 72 horas siguientes al fallo), para dar respuesta, de no expedirse dicha respuesta dentro de los límites exigidos, el uniformado debe ser reintegrado.

- Al conceder el llamamiento a calificar servicios se debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida, en el mismo camino se presume una correcta administración pública de las juntas asesoras y comités de evaluación de las fuerzas militares.

- La Corte Constitucional en sentencia, identifica el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, como un valioso instrumento de las fuerzas militares, la recomendación que concluye en un concepto previo a la adopción de la decisión, es una condición ineludible que debe garantizar la correspondencia entre las normas que autorizan la discrecionalidad del retiro y la motivación que se aduce.

El tribunal de Constitucionalidad no permite otorgar la medida administrativa (llamamiento a calificar servicios) bajo sospechas de una sanción encubierta o una irregularidad de la administración.

- La calificación administrativa por parte de los comités o juntas de calificación, implica un grado de arbitrariedad porque deben basar su decisión criterios cualitativos y hasta cierto punto subjetivos como son las apreciaciones, evaluaciones institucionales, los criterios profesionales, morales e intelectuales del candidato.

- La Corte Constitucional consolida la tesis afirmativa de la motivación, porque se le considera esencial al debido proceso, al que tiene derecho todo administrado, y, en consecuencia, todo acto administrativo de este talante, es decir, en el que estén implicadas las carreras o los destinos laborales de los subordinados, no pueden ser de orden discrecional.



El tribunal de constitucionalidad mediante sentencia T-111 de 2009, varía la línea jurisprudencial, dado que agrega que no se debe motivar los actos discrecionales (retiro) como se observa a continuación:

“el acto no debe ser motivado en el sentido de relatar los motivos y hechos que justifican la desvinculación, lo cual le quitaría al informe su carácter reservado ante terceros, la norma es clara al establecer que la decisión debe estar precedida de un concepto objetivo por parte de la Junta, la cual debe hacer un examen de la hoja de vida del afectado, así como de los informes de inteligencia respectivos y de ello levantar un acta. En caso de optar por el retiro, se debe aludir en el acto de desvinculación al informe respectivo, el cual no puede ser reservado para el afectado, salvo en casos excepcionalísimos y de manera temporal, en aras de garantizarle el debido proceso y permitirle conocer dicho informe para defenderse controvertiéndolo”<sup>136</sup>

En este caso específico se otorga de manera transitoria la tutela, ordenando el conocimiento del acto de retiro a los accionantes, con el fin de que se discuta vía contenciosa administrativa, dejando como advertencia que no significa la disminución de las facultades institucionales de la policía nacional y, por lo cual, no se puede exigir el reintegro.

En la sentencia T-638 de 2012 de la Corte Constitucional se promueve una tesis afirmativa a favor de motivar los actos administrativos discrecionales de la función pública, en materia de la carrera militar de las fuerzas militares y la policía nacional, colocando un nuevo elemento en el seguimiento del precedente constitucional por parte de los jueces horizontales y verticales de las normas adscritas, emitidas a razón de la indeterminación del texto constitucional. En casos de destitución o retiro, el no efectuar la motivación puede convertirse en un defecto sustantivo controlable

---

<sup>136</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. T-111 (20 de febrero de 2009) [M.P (E) Clara Elena Reales Gutiérrez]

mediante tutela, por último, en esta misma sentencia se presenta una distinción entre Fuerzas Armadas y Policía Nacional como lo podemos observar a continuación:

Tabla 5. Distinción Fuerzas Armadas y Policía Nacional

Fuerzas Armadas	Policía nacional
<p>La existencia de razones que guarden relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión;</p> <p><u>(ii) que esas razones se plasmen, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el Acta del Comité o la Junta de calificación respectivas;</u></p> <p>(iii) en el caso de los suboficiales de las Fuerzas Militares, la ley establece la obligación de que exista una recomendación previa al retiro, emitida por el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000;</p> <p>(iv) que se garantice al peticionario el derecho a ser oído por el Comité;</p> <p>(iv) que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado y</p> <p>v) que cuando el retiro discrecional del servicio se base en un informe reservado, la reserva se mantendrá frente a terceros, pero no respecto al soldado objeto del retiro, quien tiene derecho a conocer dicho informe. En aras de garantizar el debido proceso, se le permite al soldado conocer el informe reservado para controvertir la decisión de su retiro (Sentencia T-638 de 2012)<sup>105</sup></p>	<p>El respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad;</p> <p><u>(2) la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo;</u></p> <p>(3) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional; y</p> <p>(4) en las hipótesis en las cuales el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado, la reserva de éste operara frente a terceros, pero no ante el eventual afectado.</p>

De lo anterior se infiere que la motivación del acto administrativo es una regla jurídica del debido proceso, y medio de control de la administración, de tal manera, el administrado cuenta con la garantía de que se le expresen las razones jurídicas de su salida y, a su vez, pueda serle efectiva en vía jurisdiccional. El gran cambio en este precedente es que la administración debe motivar el retiro, de lo contrario la consecuencia jurídica es el reintegro automático del administrado.

En el salvamento de voto de la sentencia T-265 de 2013, el M.P Jorge Pretelt Chaljub mantiene una postura negativa frente al deber de motivación del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, argumentando que la motivación adicional desnaturaliza el sistema jerárquico y piramidal de las fuerzas militares, ya que la discrecionalidad es un valioso instrumento con el que cuenta la administración, para depurar la promoción de los uniformados. Por otro lado, y de regularizarse el acto de motivación y la promoción automática de los uniformados generaría un problema de sostenibilidad presupuestal para la institución.

En otra sentencia (SU-53 de 2015) la Corte Constitucional restringe el deber de motivación solo al retiro de funcionarios lo que genera una nueva normatividad, en la que no es necesaria la motivación en el proceso de promoción o destitución, no obstante, cualquier acto que prospere en este sentido, debe estar fundamentado en razones objetivas y ciertas, tal como se describe en la sentencia:

“El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo previo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad” (SU-053 DE 2015)<sup>137</sup>

En el procedimiento administrativo, no se requiere conocer las razones del acto de retiro, desconociendo el derecho de audiencia y defensa, cobijado en el debido proceso. Esta tesis se comienza a sustentar en decisiones de la red dialógica

---

<sup>137</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-053 (22 de abril de 2015) [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]

conexa con el Consejo de Estado en la providencia judicial Sección Segunda, mayo 2003, subsección b, Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02).

La Corte Constitucional en sentencia SU-172 de 2015, realiza un recorrido del *stare decisis* desde la sentencia fundadora de línea C-525 de 1995 con el fin de establecer los criterios jurídicos a favor de una tesis negativa, al deber de motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

La sentencia preserva el precedente judicial, el organismo jurisdiccional constitucional alude a las siguientes observaciones sobre el desarrollo del proceso en el sistema de ascenso o promoción: i) no se valoran las pruebas entre las que cuentan el folio de vida o evaluaciones de desempeño con el fin de despejar cualquier indicio de arbitrariedad (sustentado hechos objetivos y ciertos). ii) el acto de retiro debe cumplir con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, es decir la relación simétrica entre la discrecionalidad y la finalidad de la medida es el mejoramiento del servicio en el caso concreto, el administrado cuenta con una evaluación excelente y lista uno, en ningún caso hay por parte de la administración una investigación disciplinaria y/o penal. iii) no debe estar precedido por un procedimiento administrativo, sin embargo, debe tener diligencias exigibles ante los evaluadores:

“como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad”<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU -172 (16 de abril de 2015) [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]

Asunto que no fue entregado ni por la vía gubernativa, ni por la vía jurisdiccional contenciosa. iv) las calificaciones cuentan con un carácter reservado para terceros, pero no ocurre lo mismo con el afectado caso que hasta el momento no se cuenta. v) el control por vía jurisdiccional, los informes de los comités de evaluación, las juntas asesoras y las juntas de calificación no son enjuiciables, frente a la presunción de legalidad de los actos administrativos estos tienen un control en lo contencioso administrativo, con el fin de valorar las pruebas allegadas como las evaluaciones de desempeño y demás documentos, para esclarecer si persistían causales legítimas en el retiro, así procede a tutelar los derechos fundamentales y ordenar al Consejo de Estado a emitir un nuevo fallo dentro del término de los 40 días, motivar a evaluar nuevamente las actas, los informes y el folio de vida, cuando se discute la presunción de legalidad del acto de retiro.

Por último, es importante mencionar que, el Tribunal de Constitucionalidad da un giro por la causal, en la teoría de los defectos o tutela, contra providencias judiciales pasando del defecto sustantivo al defecto fáctico, con base en el desconocimiento del precedente constitucional y, sustentando su tesis con la red dialógica conexas con el Consejo de Estado en la providencia judicial Sección Segunda de mayo de 2003, subsección b, Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02).

La sentencia de la Corte Constitucional SU-091 de 2016, cambia totalmente la línea jurisprudencial, es decir una norma adscrita hito declarando una postura favorable ante una tesis negativa del deber de motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios. En ésta se señala que, la motivación adicional por fuera del estándar de la ley, desnaturaliza el sistema jerárquico y piramidal de las fuerzas militares, dado que la figura administrativa opera como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica de la carrera de los uniformados, en lo que respecta a los conceptos de conveniencia institucional y mejoramiento del servicio. Para el tribunal constitucional, el llamamiento a calificar servicios, está contenido en un acto

de forma extra textual, su motivación se encuentra en la ley, que exige: i) tener un tiempo de servicio. ii) que se haga acreedor a la asignación de retiro, a razón de esto, no es necesario motivación adicional, dado que eso implicaría el ascenso y promoción de los funcionarios de las fuerzas militares, corriendo el riesgo de un déficit fiscal. La novedad radica en el control posterior por la vía administrativa, invirtiéndose la carga a la prueba del administrado<sup>139</sup> que debe demostrar la desviación de poder de la administración en el acto de retiro.

En el salvamento de la sentencia de la Corte Constitucional SU 091 de 2016 y SU-217 de 2016, se refleja el cambio precedente en materia, y la necesidad del deber de motivar el llamamiento a calificar servicios. Los salvamentos resaltan que, en el desarrollo normativo colombiano, se acoge una postura del derecho administrativo a favor de una discrecionalidad relativa que beneficia a las fuerzas militares, considerando imposible que, en un Estado Social de Derecho, persistan decisiones administrativas sin saber las razones que lo afecte; por eso, cuando se está en el acto de retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios, se exige una mínima motivación con la evaluación de la hoja de vida, independiente del tiempo de servicio y la asignación de retiro, pues al dejar de hacerlo, implicaría que los mejores llegaran a ascender.

Vale mencionar que las sentencias dominantes, se identifican en tres reglas: i) **definitiva o material:** el llamamiento a calificar servicios, es un acto administrativo discrecional ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual, señalado en la ley, en el tiempo de servicio y la asignación de retiro. ii) **Jurisdiccional o Formal:** no es admisible solicitar por vía de la acción constitucional o Tutela

---

<sup>139</sup> Sentencia SU-091, 2016. Op cit. “y tendrá[n] a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta forma, no le corresponde a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, debe responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten”

(Sentencia T-107, 2016)<sup>140</sup>, solo en la vía contenciosa administrativa ( medios de control- acción de nulidad y restablecimiento del derecho), la irregularidad del retiro del uniformado de la actuación por parte del comité o de la junta. iii) **Probatoria o test de verificación:** *Onum provandi incumbit actori* el accionante debe demostrar la causal de desviación de poder<sup>141</sup>

En las sentencias dominantes, ya analizadas, en donde se niega motivar el acto administrativo discrecional se puede seguir la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional<sup>142</sup> sobre la figura del llamamiento a calificar servicios. Lo anterior también implica que debería considerarse, un derecho más favorable al derecho constitucional y/o humano. Al realizar un recorrido metodológico jurisprudencial de la Corte Constitucional, es evidente que, pasó de una tesis afirmativa a una tesis negativa, lo que implica el cambio de línea varió a favor de la motivación expresa en la ley en contra del principio del debido expresando los motivos.

En el comité de ascenso se materializa, cuando se presenta diferentes variables que pueden entorpecer el principio de discriminación positiva por méritos, por ejemplo:

---

<sup>140</sup> De la lectura de esta sentencia se desprende que el precedente en materia constitucional, no es factible recurrir a motivación o exigencia de motivación, en materia de llamamiento de calificación de servicios, por un mandato procesal constitucional, siendo un mandato que fue señalado por una sentencia de unificación, por tanto no es dable, contrariar el precedente sentado como sub-regla sentencia (SU 091 de 2016): “en este punto es importante aclarar que en el caso de las sentencias de unificación de tutela (su) y de control abstracto de constitucionalidad, proferidas por la Corte Constitucional, basta una sentencia para que exista un precedente, debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental, para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la constitución política”, queda claro entonces que ningún juez (horizontal o vertical) puede contrariar este argumento, porque quedó en la abstracción de los derechos del funcionario público.

<sup>141</sup> BLANQUER, David. Curso derecho administrativo I, los sujetos y la actividad. Madrid: Tirant lo Blanch, 2006. Muy a propósito David Blanquer en su estudio sobre el Derecho Administrativo nos presenta la siguiente definición de desviación de poder: “Se entiende por desviación de poder el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos fijados en la norma que atribuye a la administración exorbitante (por ejemplo, se ejerce la potestad expropiatoria para satisfacer los intereses de un particular que son ajenos al interés general y que no son de utilidad pública); En esas circunstancias hay un fraude en la ley, pues el amparo del texto formal de una norma, en realidad se persigue un fin distinto y prohibido por el ordenamiento jurídico”

<sup>142</sup> Línea Corte Constitucional 1 (Balance Constitucional- nicho citacional) anexos.

piénsese en un uniformado que cuenta con una evaluación excelente y lista uno, desde el periodo de oficial subalterno (subteniente), hasta el ascenso de oficial superior (mayor a teniente coronel), y durante el proceso administrativo, se promocionen compañeros que no tengan las mismas habilidades y/o que tengan impedimentos para ascender sanidad o justicia o de forma espontánea, sin haber participado en el proceso o integrados a través de una convocatoria adicional, por tanto el uniformado que cumple los requisitos legales es llamado a calificar servicios sin motivo aparente, solo los imperativos en la ley el tiempo y el concepto.

Sin embargo, también se debe considerar que la carga de la prueba corresponde el administrado, quien nunca tendrá acceso al material probatorio para demostrar la desviación de poder, lo que implica una inflexión de los principios de moralidad de la administración pública y la meritocracia en la carrera administrativa.

Por consiguiente, a la pregunta de investigación ¿Cómo efectuar un control judicial administrativo al acto de llamamiento a calificar servicios para los mayores que aspiran ascender a Teniente Coronel? La Corte se ha mostrado a favor de una tesis negativa en sede constitucional, señalando la figura solo tiene los motivos expresados en la ley, solo es enjuiciable en un control posterior en vía contenciosa administrativa y por último se demuestra la nulidad del acto caprichoso mediante la causal de desviación de poder, transándose la carga de la prueba al administrado.

Del ejercicio hermenéutico en torno a la construcción epistemológica de las líneas jurisprudenciales en sede de la Corte Constitucional, se hace necesario para encontrar las normas adscritas en el balance constitucional la siguiente pregunta ¿Deben ser motivados los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios en la fuerza pública? Para esto, se hace necesario buscar herramientas metodológicas que determinen el criterio de *stares decisis* del Tribunal Constitucional



de Colombia utilizando el criterio argumentativo, y aplicativo<sup>143</sup> del profesor Diego Eduardo López Medina basado en su libro *el derecho de los de jueces*.

## **b. ANÁLISIS DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

**1. TEMA:** Motivación de los actos administrativos del llamamiento a calificar servicios en las fuerzas armadas.

El interés de la gráfica radica, en determinar los cambios decisionales a lo largo del precedente de la Corte Constitucional, mostrando los puntos de acuerdo –disenso, y la regla jurídica que se determinó frente al problema jurídico.

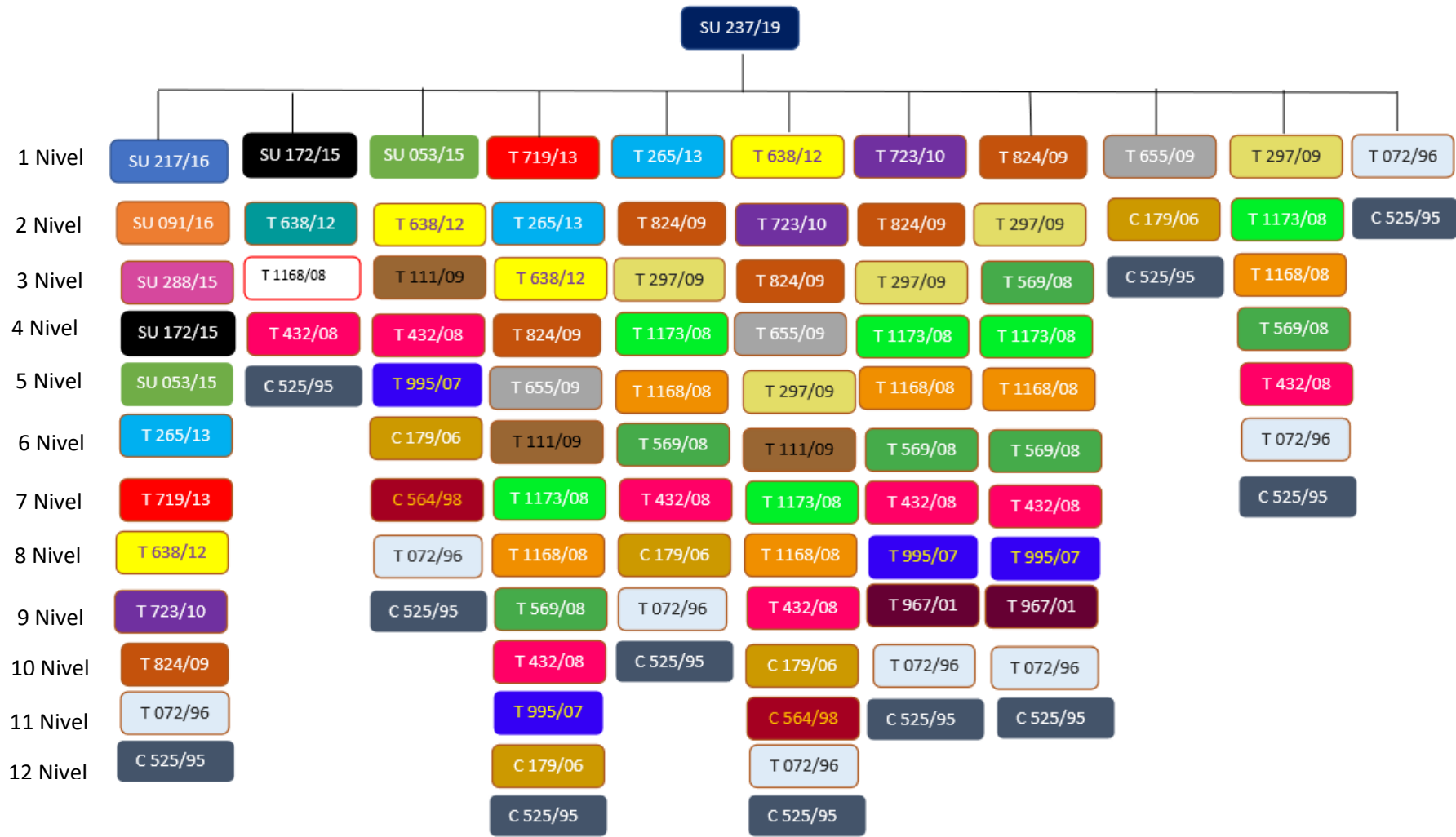
---

<sup>143</sup> Explica López “La formación de líneas jurisprudenciales en las que se han ido especificando las subreglas de derecho constitucional. Incluso en aquellos temas donde las subreglas no están bien definidas, la estructura del derecho constitucional permite al menos mostrar con claridad en qué consisten las diferencias de posición. Esta estructura del derecho constitucional es en realidad una forma de creación de conocimiento social y político que podría llegar a perderse si los jueces no aprenden a descifrarlo dentro su aparente inmensidad” (2016, p. xxiv)

Tabla 6. Determinación del problema jurídico y las providencias

¿ Se Deben motivar los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios en las fuerzas armadas?			
<p>No, los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios encuentran una motivación expresa en la ley, pues el legislador creó esta figura para garantizar la estructura jerarquizada y el sistema de líneas de mando.</p>	<p>✓ C-072/96</p> <p>* C-179/06</p> <p>* T-111/09</p> <p>• T-265/13 salvamento de voto</p> <p>*SU-053/15 *SU-172/15 * SU-288/ 15</p> <p>➤ SU-091/16 *SU-217/16 SU-237/19</p>	<p>*C-525/95</p> <p>* C-564/98</p> <p>*T-967/01</p> <p>* T-995/07</p> <p>* T-432/08 *T-569/08 *T-1168/08 * T-1173/08</p> <p>*T-297/09 *T-655/ 09 *T-824/09</p> <p>*T-723/10</p> <p>*T-638/12</p> <p>*T-265/13 * T-719/13</p> <p>* SU 091/16 salvamento de voto *SU-217/16 salvamento de voto</p>	<p>si, este tipo de actos administrativos de llamamiento a calificar servicios deben ser motivados, dicha modalidad de retiro debe tener concordancia con el principio de debido proceso constitucional.</p>

Gráfico 6. Nicho Citacional de la Corte Constitucional



Nota: Fuente elaboración Propia

Para el desarrollo de la presente investigación, se toma como referencia el estudio ya citado de Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, en éste se plantea un análisis por niveles de la línea jurisprudencial.

En el análisis de la línea jurisprudencial es necesario tener en cuenta que inicialmente hay que observar la estructura del nicho citacional, que, para este caso particular, está constituida por trece niveles (entiéndase por nivel cada uno de los renglones de la estructura) y estos surgen a partir de la sentencia arquimédica, de ello se deriva el primer nivel, posteriormente de las sentencias del primer nivel parten las del segundo nivel y así sucesivamente.

Como se observa en la gráfica # 6: *Nicho Citacional de la Corte Constitucional* (p. 188) la estructura está compuesta de múltiples colores, cada color representa una sentencia y se les aplica, según la reiteración que tenga la sentencia en la disciplina citacional de la línea, por ello se puede ver el mismo color repetido en varios niveles, esto permite observar de manera gráfica el precedente. La sentencia a que corresponde cada color se podrá apreciar en la parte inferior de este documento.


Analizando el nicho citacional de la referencia podemos encontrar todas las sentencias que componen la línea jurisprudencial. La Sentencia SU 237 de 2019 es la sentencia arquimédica porque de ella se derivan las sentencias de primer nivel. Dentro de las observaciones generales está la sentencia C- 525 de 1995 que se repite en cada una de las columnas de la línea, aspecto que determina que es una sentencia fundadora de línea, no solo porque es la más antigua presente en el nicho sino porque es observada gracias a la disciplina citacional de la Corte Constitucional.

La segunda sentencia más repetida en el nicho citacional es la C- 072 de 1996 que aparece en ocho ocasiones. Otra sentencia importante en la línea es la T 432 de 2008 que se repite con la misma frecuencia de la anterior (ocho veces). Otras

sentencias reiterativas son la T 1173 de 2008 y la T 1168 de 2008 cada una de ellas mencionadas en seis ocasiones. A partir de lo anterior, se puede observar que en la línea jurisprudencial analizada existe una disciplina citacional propia de la Corte Constitucional, que es el tribunal más organizado de Colombia, lo que le ha representado estar en la cúspide de los principios y ser ejemplo para todos los tribunales del país.

Los siguientes niveles se analizan de manera horizontal en dirección izquierda a derecha, de ésta revisión se extrae la reiteración jurisprudencial, la cual permite la construcción de un precedente sólido. Estas decisiones en las cuales se reitera la *ratio decidendi* pasada, permiten construir y afianzar la norma adscrita que la Alta Corte determina, respecto del deber de motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

-  SU 327/19
-  SU 217/16
-  SU 091/16
-  SU 172/15
-  SU 053/15
-  T 719/13
-  T 265/13
-  T 638/12

-  T 723/10
-  T 824/09
-  T 638/12
-  T 297/09
-  T 072/96
-  SU 288/15
-  C 179/06
-  T 1168/08
-  T 1173/08
-  T 432/08
-  T 995/07
-  C 525/95
-  T 967/01

### 2.2.1. Acción de nulidad y restablecimiento del Derecho.

Las acciones contenciosas administrativas, proponen una relación complementaria entre el Estado y el Administrado, fortaleciendo una relación de equidad. Este modelo sentó sus bases en el contractualismo moderno (s.XVII) de Hobbes, Locke, Rousseau y Voltaire cuyos principios de libertad e igualdad, se enmarca en un plano práctico y que se verán reflejados, posteriormente, en algunos ordenamientos jurídicos, entre ellos, la Constitución española de 1978<sup>144</sup> cuya validez material que se denota en los principios constitucionales y convencionales . Por otro lado, se encuentra el principio

---

<sup>144</sup> BLANQUER, David. Derecho Administrativo 1- El fin, los medios y control. Madrid: Tirant lo Blanch, 2010. ISBN: 9788498767681. p. 97 “Con arreglo a lo establecido en el art. 1.1 de la Constitución, la libertad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Se trata de un principio general del Derecho que a pesar de su contenido difuso y aparentemente vago tiene importantes manifestaciones en el derecho administrativo”

de legalidad, desde la concepción de la Teoría General del Derecho, en el positivismo metodológico, y desde la Teoría General del Estado, en fragor del Estado liberal y el Estado de Derecho<sup>145</sup>.

Las nociones del positivismo metodológico y el *ius-moralismo* racional, influyen tanto en el acto administrativo como contencioso administrativo, genera un cambio como expresión de la soberanía del Estatalista, por encima de las nociones de poder público (Herrera Llanos, 2003) en donde un acto puede ser contradicho, anulado o derogado del ordenamiento jurídico por motivos de legalidad o inconstitucionalidad, a esto se le conoce como acción de nulidad simple o nulidad por inconstitucionalidad.

Pero lo que verdaderamente importa para esta investigación, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta acción históricamente se denominó recurso de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, en el derecho francés del siglo XIX (Galindo Vacha, 2006, p. 348) en el que se asume que, toda expresión del poder soberano, posee en sí misma un valor teológico, y por tanto es un acto legal.

Para la doctrina francesa y colombiana, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tiene su asentamiento en el famoso fallo *Lafage* del Consejo de Estado de Francia del 8 de marzo de 1912 en el que se hace referencia a la procedencia de las acciones de anulación o de plena jurisdicción (Galindo Vacha, 2006, p. 351).

El precedente francés, sirvió como antesala para que en la Ley 130 de 1913 (art.71-77) y la Ley 80 de 1935 (art. 4) el administrado, contara con la posibilidad de demandar el acto lesivo por motivos de validez formal, ante el juez administrativo, dejando una incertidumbre en el restablecimiento del derecho. Por otra parte, la Ley 167 de 1941, sustentaba las pretensiones legislativas de la Ley 80 de 1935, siendo un hito legal en materia administrativa. Adicionalmente, la Ley 167 de 1941 dio la

---

<sup>145</sup> BULYGIN, Eugenio El positivismo jurídico. México: Fontamara, 2016. p. 99

posibilidad a los administrados de solicitar la nulidad del acto, y el restablecimiento del derecho que había sido violado.

En el decreto 01 de 1984, la acción de plena jurisdicción, fue bautizada como acción de restablecimiento del derecho en el art. 85 contando en su desarrollo semántico, tanto con la procedencia de nulidad como con el restablecimiento de los derechos, es decir, la norma consagró un contenido amplio, en referencia a la procedencia de los actos. Pero esta no solo se limita a las normas civiles u administrativas, también posee un contenido genérico a todas las normas jurídicas descritas en los imperativos legales con la facultad de demandar. La acción de nulidad y el restablecimiento del derecho, cuenta con la herramienta de la solicitud de declarar el acto nulo con la facultad de retraer a los efectos temporales a la decisión administrativa, exigiendo la compensación del daño.<sup>146</sup>

El lesionado en el derecho subjetivo, cuenta con las diferentes causales de nulidad descritas en los artículos 137 y 138 la acción de nulidad y el restablecimiento en la ley 1437 del 2011. La sentencia de la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho, cumple el mandato de contrarrestar la ilegalidad del acto, y defiende intereses como el bienestar general, la supremacía de la Constitución, la observación de las normas imperativas sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (Santofimio Gamboa & Brewer Carias, 2013, págs. 150-151).

“En la Sentencia SU-91 de 2016, se considera que la única solución posible para el restablecimiento del derecho en materia administrativa es el control jurisdiccional, que debe mantener el Juez contencioso, tal y como se advierte en la misma sentencia: quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su

---

<sup>146</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. 2003. Op. cit. p.203



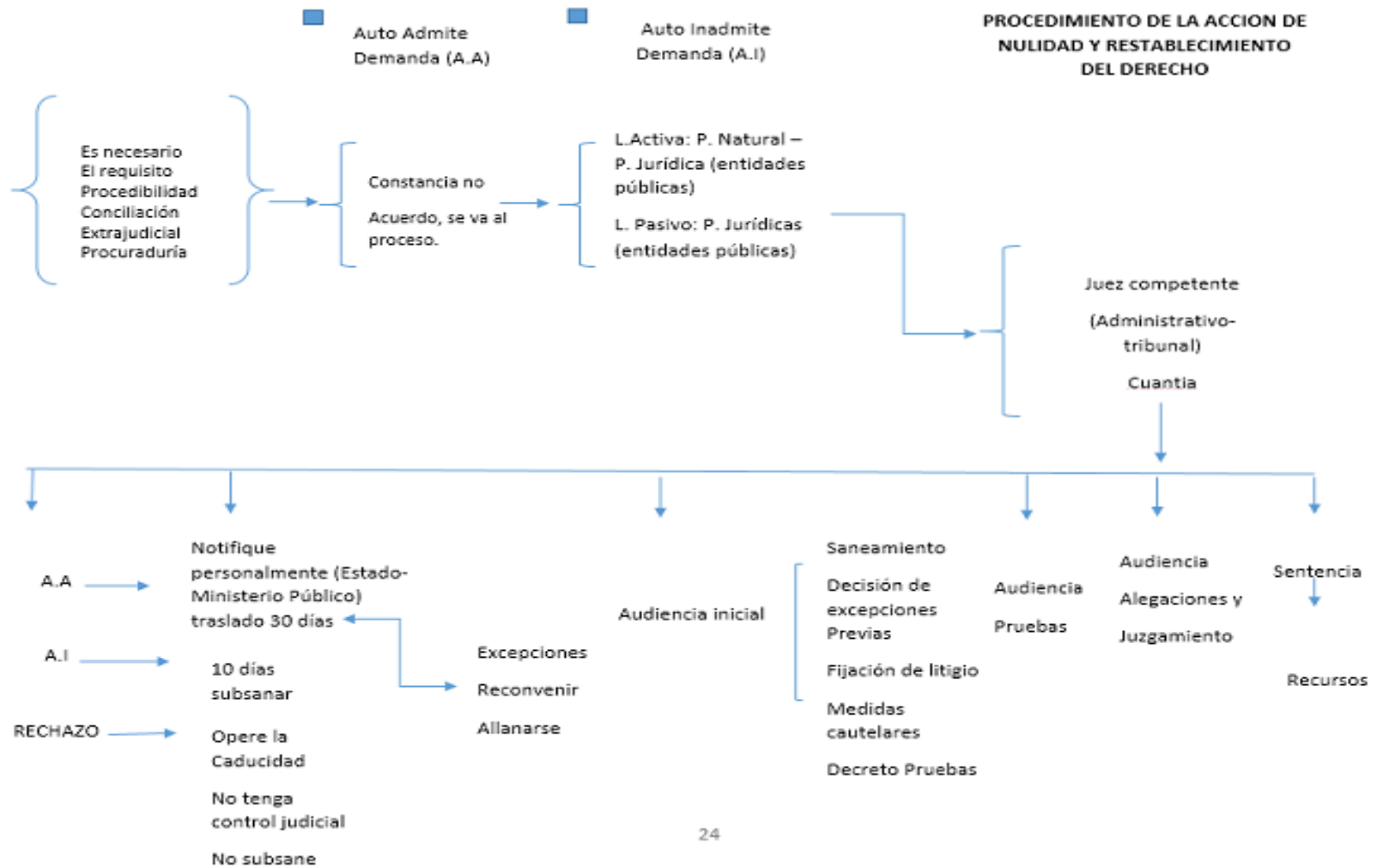
carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos”<sup>147</sup>.

La labor próxima de la jurisprudencia administrativa, es ponderar un ejercicio entre las normas adscritas (contenciosa administrativa, constitucional, interamericana) a favor de los intereses de la institución sin dejar de lado los Derechos Humanos de los administrados (en este caso los militares)

---

<sup>147</sup> Sentencia SU-091, 2016. Op cit.

Gráfico 7. Procedimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho



Nota: Elaboración propia, teniendo en cuenta el Procedimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

### **2.2.2. Clases de Sentencia y metodología de la línea, criterios hermenéuticos del Consejo de Estado.**

A partir del decreto 01 de 1984 y de la Ley 1437 de 2011 los precedentes administrativos, se centran en el problema jurídico de la línea jurisprudencial sobre si deben, o no, ser motivados los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios en las fuerzas armadas. Para intentar resolver esta necesidad jurídica, que ha generado múltiples cuestionamientos y contradicciones administrativas, al momento de tomar una decisión, frente al acto de llamamiento a calificar servicios al interior de la carrera militar, se debe determinar el criterio de *stares decisis* del Consejo de Estado en Colombia, que el caso específico de la presente investigación, se hará a través del criterio argumentativo, y metodológico del profesor Diego Eduardo López Medina que desarrolla en su libro *El derecho de los jueces* para resolver el problema central.

En primer lugar, se toman las citas referenciadas desde la sentencia arquimédica<sup>148</sup>, en este caso específico radicado número 08001-23-33-000-2014-01097-01(1379-17) y a partir de ésta se identifica la relevancia citacional, partiendo del punto estratégico de la ingeniería inversa<sup>149</sup>.

El panorama estratégico en sede del Consejo de Estado entre los años 1995 al 2019, se analiza las sentencias hito entre las que se destacan: la sentencia fundadora,

---

<sup>148</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego ¿Por qué de hablar una teoría impura del derecho? Op. cit. “El punto arquimédico es una sentencia con la que el investigador tratará de dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será el de ayudar en la identificación de las sentencias hito de la línea y su sistematización en un gráfico de la línea”

<sup>149</sup> Ibid. “Consiste en el estudio de la estructura de citas del punto arquimédico” [...] “Estas citas tenían, pues, un propósito predominante conceptual o retorico, los patrones facticos de las sentencias citadas con frecuencia no tienen nada que ver con el caso nuevo. Con el triunfo de la disciplina de precedentes, las citas internas que hace la Corte tienden cada vez más a restringirse a fallos anteriores que sean analogizables por hechos al caso ahora que se decide; Esto significa que la citación interna busca ahora el valor precedencial del fallo anterior y no su valor conceptual”

consolidadora, reconceptualizadora, modificadora de línea al cambio jurisprudencial y dominante respecto del problema jurídico y, sobretodo aquella que condense la importancia de motivar (argumentar) el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

Se observa desde su nacimiento dos tesis; una afirmativa y otra negativa.

- La tesis negativa: no, los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios, encuentran una motivación expresa en la ley, pues el legislador creó esta figura para garantizar la estructura jerarquizada y el sistema de líneas de mando.

- La tesis afirmativa: si, este tipo de actos administrativos de llamamiento a calificar servicios deben ser motivados, dicha modalidad de retiro debe tener concordancia con el principio de debido proceso constitucional.

i) Tesis negativa: La sentencia fundadora de línea en materia administrativa se mantiene en una tesis negativa es el radicado interno 7413 del año 1995 de la sección segunda, y su posterior consolidación en los siguientes radicados: 845-01 del año 2001, 0605-01 del año 2001, 2955-01 del año 2002, 5199-01 del año 2002, 5985-02 del año 2004, 6207-03 del año 2005, 8762-05 del año 2009, 0516-09 del año 2010, 1065-10 del año 2011, 0357-12 del año 2013, 01936-01 AC del año 2014, 02276-00 del año 2014, 02276-01 del año 2015, 02413-01 del año 2015, 00387-00 AC del año 2016, 03447-01 AC del año 2016, 1129-2014 del año 2016, 03447-01 AC del año 2016, 03187-01 AC del año 2017, 0318-14 del año 2017, 00071-15 del año 2017, 03332-01 del año 2017, (0071-00) del año 2017, 001109-00 AC del año 2017, 0866-14 del año 2017, 03172-00 AC del 2018, 4369-2014 del año 2018

- El Consejo de Estado respecto a los retiro de los funcionarios públicos en las fuerzas armadas, distingue entre acciones disciplinarias y el acto administrativo discrecional, el primero se sustenta en la facultad reglada de un conjunto de pasos

que van encaminados a atacar la conducta del servidor público, en la moralidad de las funciones públicas, mientras que la segunda trata de la objetividad de la administración que se expresa en la discrecionalidad de la remoción o desvinculación, para que proceda solo exige el tiempo prestado en la ley siendo 15 años y el concepto previo de la junta o comité para que se otorgue el llamamiento a calificar servicios.

- El acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, es un valioso instrumento de relevo personal en la carrera militar de las fuerzas armadas, y para el mejoramiento del servicio.

- La carga de la prueba es del uniformado, la meta es declaratoria de la nulidad del acto definitivo para señalar el vicio oculto de su destitución o indicio caprichoso de la administración, debe acreditar la causal de desviación de poder.

- La idoneidad del servicio o el buen desempeño no generan estabilidad, ni limitan la discrecionalidad del retiro de la carrera militar del uniformado mediante la figura de llamamiento a calificar servicios.

Por el ultimo, es importante señalar que desde el año 2016, el Consejo de Estado realiza un dialogo ininterrumpido intrínseco vertical con la Corte Constitucional, a través de las sentencias SU 053 de 2015, SU 172 de 2015, SU 288 de 2015, SU 091 de 2016 y SU 217 de 2016, esto con fin legitima las decisiones administrativas y blinda jurídicamente a la administración

ii) Tesis Afirmativa: Al interior del Consejo de Estado, se han mostrado tesis aisladas a favor de motivar el acto administrativo en el llamamiento a calificar servicios, pero son excepcionales que no alcanzan hacer precedentes judiciales.

En el radicado (3184-99) del año 2000, se pronunció sobre el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, en donde señala que no es dable hacer uso de esa

atribución sustrayéndose la situación de salud del Oficial o Suboficial, cuando la misma lo coloca en un estado de incapacidad permanente para laborar. La conclusión sobre la conducta desplegada por parte de la función pública es irregular, el servidor público estaba incapacitado, por tanto, era imposible el cumplimiento de sus las funciones en la fuerza, la administración debió haber estudiado, otra causal diferente y analizarla de manera integral y armónica, lo que implicó la nulidad del acto administrativo.

En la providencia (3274 -02) del año 2003, el acto discrecional de llamamiento a calificar servicios debe expresarle motivos del retiro, en un estudio integral mediante la hoja de vida del servidor público, la razón de la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, con el fin de que se encuentren ajustadas al derecho, de no cumplirse, se obliga el reingreso al servicio activo y el pago de las prestaciones que dieran lugar al administrado.

En el número de radicado 0505-04 del año 2010, al no presentarse razones objetivas de la destitución del uniformado, y al estudiar la trayectoria profesional se agrega el servidor público ha cumplido a cabalidad la prestación del servicio.

En el número radicado 0779-11 del año 2011, la discrecionalidad tiene un límite en los fines de la norma que la autoriza y, los principios que gobiernan de la función pública, que se concluye en el estudio de la hoja de vida del servidor público, queda demostradas sus cualidades personales, morales y la idoneidad del servicio, en tal sentido no es razonable- la medida del llamamiento a calificar servicios como acto discrecional, en donde debía estar sustentado en los fines de la norma que la autoriza como es el caso del buen servicio – mejoramiento institucional y proporcional a los hechos que le sirven de causa, al no encontrarse justificado se demuestra la desviación de poder.

Finalmente, El Consejo de Estado mediante número de radicado 02998-01AC se sustenta en que no es necesario estudiar los antecedentes del folio de vida del uniformado, a menos que sea contrario a los fines de la norma, y proporcional a la situación fáctica cuando no se predica un mejoramiento del servicio en el caso concreto el uniformado contaba con:

“5 menciones de honor; 4 condecoraciones por servicios distinguidos; 1 medalla de servicios –15 años–; una medalla al mérito por “Defensa a la Patria”, otorgada por el Gobernador de Córdoba; 1 condecoración en “honor al mérito”, otorgada por la Alcaldía Local de Bosa, 1 medalla por “servicios distinguidos” en la categoría “caballero por cuarta vez”; 90 felicitaciones; reciente ascenso al grado de Teniente Coronel; balances de resultados extraordinarios en la disminución de índices de criminalidad; resultados efectivos en procedimiento de incautación de drogas; múltiples cursos, seminarios, diplomados y estudios superiores; postulación a estudios de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid por el Director de Antinarcóticos, ausencia absoluta de reportes negativos en su hoja de vida”<sup>150</sup>

Lo que conduce a deducir que hay legalidad en el acto, así mismo la función pública que presta el uniformado es excepcional, llegando a ser el Comandante en la Base Operativa del Aeropuerto *El Dorado* y Jefe de la Oficina de Quejas y Reclamos, no obstante, la verdadera razón del retiro, fueron las reiteradas solicitudes que elevó al Director de la Policía Antinarcóticos para que se reconociera la prima de orden público a los Policías del aeropuerto, por tanto no es cualquier función de cualquier militar motivo suficiente para acreditar la nulidad del acto administrativo.

---

<sup>150</sup> CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02998-01(AC) (14 de mayo de 2015) [C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez]

En el desarrollo de la línea jurisprudencial se deduce que, en lo concerniente de la línea jurisprudencial en sede del Consejo de Estado, se ha preservado la tesis en contra de motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

Desde la sentencia fundadora de línea 7413 de 1995 hasta su sentencia arquimédica 1379-17 de 2019, con el fin de un discernimiento se presentan así:

Tabla 7. Cuadro comparativo tesis afirmativa y negativa

Tesis Negativa	Tesis Afirmativa
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Es un instrumento depuración institucional</li> <li>• No, se debe motivar dado esta expresada en los términos de la ley</li> <li>• La carga de la prueba es del uniformado, en donde debe acreditar la desviación de poder.</li> <li>• La idoneidad o buen servicio no son criterios suficientes, para decretar la nulidad del acto.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El uniformado está incapacitado por situaciones de salud, la administración debe estar de manera integral y armónica la medida, con el fin que no sea arbitraria.</li> <li>• Las razones objetivas y proporcionales de la medida deben estudiarse con el folio de vida del uniformado.</li> <li>• La prestación de un servicio excepcional, exige una motivación del acto administrativo, con el fin que no sea arbitrario.</li> </ul>

Las razones argumentativas en la tesis afirmativa, son aisladas, y no marcan el rigor jurídico en el desarrollo del nicho citacional, tampoco influyen en el balance constitucional de la jurisprudencia contenciosa administrativa, ni en el desarrollo jurisprudencial, en el que se identifican cuatro reglas, a saber: i) **definitiva o material:** el llamamiento a calificar servicios, es un acto administrativo discrecional ya que la motivación está contenida en el acto de forma extra textual, señalado en la ley, en el tiempo de servicio y la asignación de retiro. ii) **Formal:** no es admisible señalar la idoneidad y el buen desempeño, estos factores no generan estabilidad laboral de los uniformados, ni limitan la discrecionalidad de la remoción en la carrera militar. iii) **Probatoria o test de verificación:** *Onum provandi incumbit actori* el accionante debe demostrar la causal de desviación de poder. iv) **red dialógica conexa:** El Consejo de Estado, aunque se mostró contrario a los precedentes constitucionales que seguían



a una motivación del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, a partir del año 2016, concilia su criterio jurídico citando el precedente constitucional en la sentencia SU 091 de 2016 con el fin de introducir en el principio de autoridad constitucional y reafirmar su tesis negativa.

### 2.2.3. Análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado

**TEMA:** Motivación de los actos administrativos del llamamiento a calificar servicios en las fuerzas públicas.

El interés de la gráfica radica, en determinar los cambios decisionales a lo largo del precedente del Consejo de Estado, mostrando los puntos de acuerdo –disenso, y la regla jurídica que se determinó frente al problema jurídico.

Tabla 8. *Determinación del problema jurídico y las providencias*

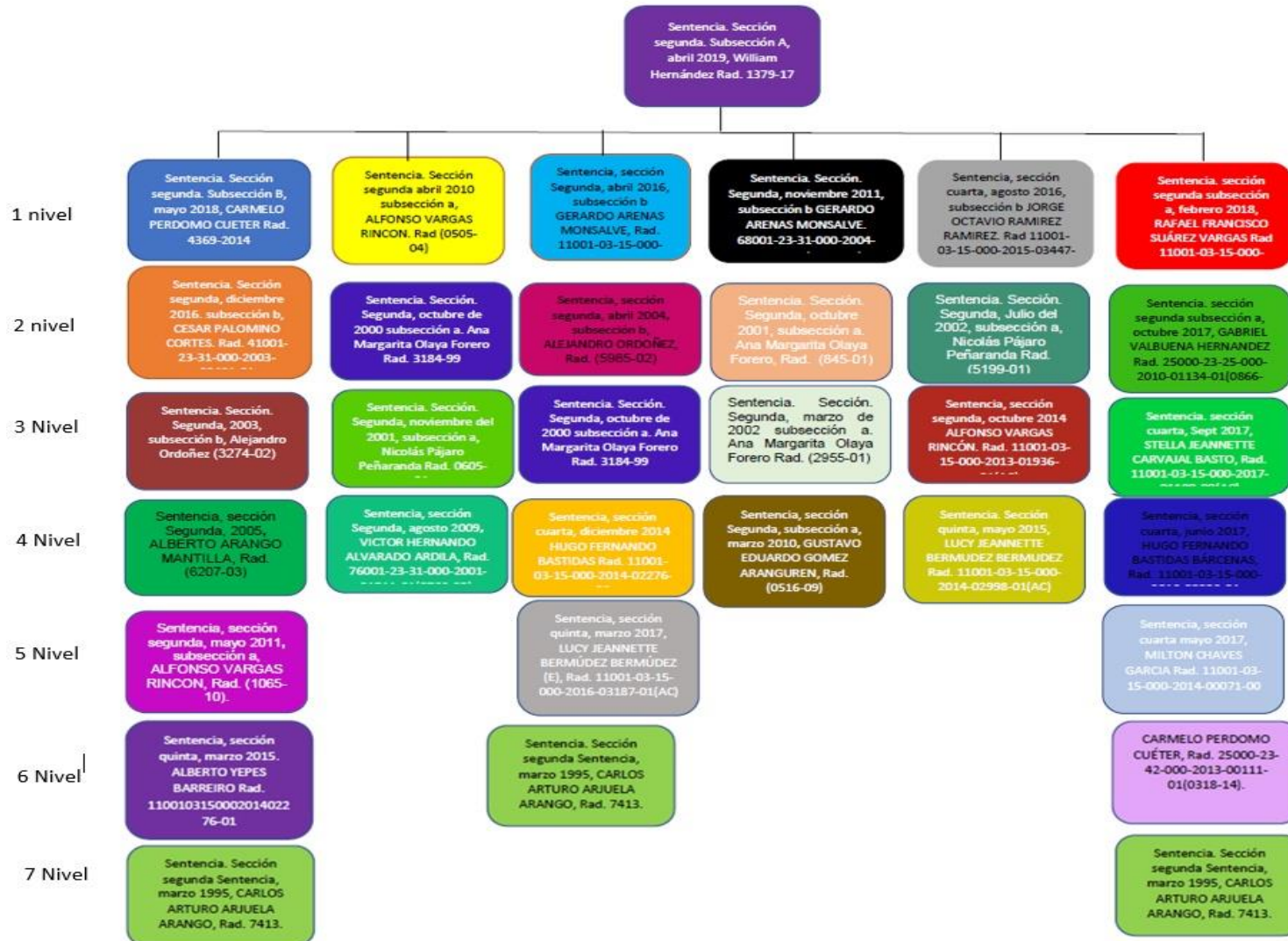
<b>¿Se deben motivar los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios en la fuerza pública?</b>			
<p>No, los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios encuentran una motivación expresa en la ley, pues el legislador creó esta figura para garantizar la estructura jerarquizada y el sistema de líneas de mando.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia. Sección segunda Sentencia, marzo 1995, CARLOS ARTURO ARJUELA ARANGO, Rad. 7413.</li> <li>* Sentencia. Sección. Segunda, octubre 2001, subsección a. Ana Margarita Olaya Forero, Rad. (845-01)</li> <li>Sentencia. Sección. Segunda, noviembre del 2001, subsección a, Nicolás Pájaro Peñaranda Rad. 0605-01.</li> <li>Sentencia. Sección. Segunda, marzo de 2002 subsección a. Ana Margarita Olaya Forero Rad. (2955-01)</li> </ul>	<p>Sentencia. Sección. Segunda, octubre de 2000 subsección a. Ana Margarita Olaya Forero Rad. 3184-99</p>	<p>Si, este tipo de actos administrativos de llamamiento a calificar servicios deben ser motivados, pues dicha modalidad de retiro debe guardar concordancia con el principio de debido proceso constitucional.</p>

	<p>Sentencia. Sección. Segunda, Julio del 2002, subsección a, Nicolás Pájaro Peñaranda Rad. (5199-01)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia. Sección segunda, abril 2004, subsección b, ALEJANDRO ORDÓÑEZ, Rad. 68001-23-15-000-1997-12673-01(5985-02)</li> <li>• Sentencia. Sección Segunda, marzo 2005, ALBERTO ARANGO MANTILLA, Rad. 25000-23-25-000-2000-01435-01(6207-03)</li> <li>• Sentencia. Sección Segunda, agosto 2009, VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Rad. 76001-23-31-000-2001-01511-01(8762-05).</li> <li>• Sentencia. Sección Segunda, subsección a, marzo 2010, GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Rad. (0516-09)</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia. Sección segunda, mayo 2011, subsección a, ALFONSO VARGAS RINCON, Rad. 54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10).</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia. Sección segunda, marzo 2013 subsección b, GERARDO ARENAS MONSALVE Rad. 05001-23-31-000-2001-03004-01(0357-12)</li> </ul>	<p>Sentencia. Sección. Segunda, mayo 2003, subsección b, Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02)</p> <p>*Sentencia. Sección segunda abril 2010 subsección a, ALFONSO VARGAS RINCON. Rad. 25000-23-25-000-1999-06200-01(0505-04)</p> <p>*Sentencia. Sección. Segunda, noviembre 2011, subsección b GERARDO ARENAS MONSALVE. 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11)</p>	
--	---	---	--

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia. Sección segunda, octubre 2014 ALFONSO VARGAS RINCÓN. Rad. 11001-03-15-000-2013-01936-01(AC)</li> <li>• Sentencia. Sección cuarta, diciembre 2014 HUGO FERNANDO BASTIDAS Rad. 11001-03-15-000-2014-02276-00</li> <li>• Sentencia. Sección quinta, marzo 2015. ALBERTO YEPES BARREIRO Rad. 110010315000201402276-01</li> <li>• Sentencia. Sección cuarta, abril 2015. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Rad 11001-03-15-000-2014-02413-01</li>   <li>• Sentencia. Sección Segunda, abril 2016, subsección b GERARDO ARENAS MONSALVE, Rad. 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC)</li> <li>• Sentencia. Sección cuarta, agosto 2016, subsección b JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ Rad 11001-03-15-000-2015-03447-01(AC)</li> <li>• Sentencia. Sección segunda, diciembre 2016. subsección b, CESAR PALOMINO CORTES. Rad. 41001-23-31-000-2003-00401-01</li> <li>• Sentencia. Sección quinta, marzo 2017, LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ (E), Rad. 11001-03-15-000-2016-03187-01(AC)</li> <li>• Sentencia. Sección segunda, mayo 2017, subsección b, CARMELO PERDOMO CUÉTER, Rad. 25000-23-42-000-2013-00111-01(0318-14).</li> <li>• Sentencia, sección cuarta mayo 2017, MILTON CHAVES GARCIA Rad. 11001-03-15-000-2014-00071-00.</li> <li>• Sentencia, Sección cuarta, junio 2017, HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Rad. 11001-03-15-000-2016-03332-01</li> <li>• Sentencia. Sección cuarta, Sept 2017, STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, Rad. 11001-03-15-000-2017-01109-00(AC)</li> <li>• Sentencia. Sección segunda subsección a, octubre 2017, GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Rad. 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14)</li> </ul>	<p>*Sentencia. Sección quinta, mayo 2015, LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ Rad. 11001-03-15-000- 2014-02998- 01(AC)</p>	
--	---	---	--

	<ul style="list-style-type: none"><li>• Sentencia. Sección segunda subsección a, febrero 2018, RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Rad 11001-03-15-000-2017-03172-00(AC)</li><li>• Sentencia. Sección segunda. Subsección B, mayo 2018, CARMELO PERDOMO CUETER, Rad 25000-23-25-000-2002-04531-02 (4369-2014).</li><li>• Sentencia. Sección segunda. Subsección a, abril 2019, WILLIAN HERNADEZ GOMEZ, Rad número: 08001-23-33-000-2014-01097-01(1379-17).</li></ul>		
--	---	--	--

Gráfico 8. Nicho citacional Consejo de Estado



Nota: Elaboración propia

Para la elaboración de este documento, se toma como referencia lo planteado por Diego Eduardo López Medina, en el capítulo 5 de su texto insignia “El derecho de los jueces”, este plantea el análisis por niveles de la línea jurisprudencial.

La línea está dividida por niveles, en este caso siete niveles (7), en donde se encuentra que a cada providencia se le ha asignado un color distinto, los cuales se indican en la parte inferior de este documento.

La sentencia arquimédica es de la Sección segunda. Subsección A, abril de 2019, William Hernández Rad. 1379-2017, de esta sentencia, observando la disciplina citacional del Consejo de Estado, se saca el primer nivel de la línea, el cual está conformado por seis (6) sentencias, la primera observando de derecha a izquierda es la Sentencia. Sección segunda, diciembre 2016. subsección b, de Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 1379-17, y la última del primer nivel es la Sentencia. sección segunda subsección a, febrero 2018, Rafael Francisco Suárez Vargas Rad 11001-03-15-000.

Por su parte el segundo nivel está constituido por seis (6) sentencias, la primera de derecha a izquierda es la Sentencia. Sección. Segunda, 2003, subsección b, Alejandro Ordoñez (3274-02), y la última del nivel es la Sentencia. sección segunda subsección a, octubre 2017, GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Rad. 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866) en este nivel no se encuentra ninguna sentencia reiterada, ello permite observar la disciplina citacional del Consejo de Estado.

Luego, el tercer nivel consta igualmente de seis sentencias (6), que a su vez empieza con la Sentencia, sección Segunda, 2005, Alberto Arango Mantilla, Rad. (6207-03), y finaliza con la Sentencia. sección cuarta, Sept 2017, Stella Jeannette Carvajal Basto, Rad. 11001-03-15-000-2017, de igual forma observamos que en el mismo nivel no hay ninguna sentencia reiterada, pero, observando este nivel y el anterior se puede entrever que se reitera la sentencia Sección. Segunda, octubre

de 2000 subsección a. Ana Margarita Olaya Forero Rad. 3184-99, esta es una de las dos sentencias que se reiteran en la línea.

El cuarto nivel, consta de seis sentencias igualmente (6), la primera Sentencia, sección segunda, mayo 2011, subsección a, Alfonso Vargas Rincon, Rad. (1065-10), y la última sentencia del cuarto nivel es la Sentencia, sección cuarta, junio 2017, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Rad. 11001-03-15-000, en este no se encuentra ninguna reiteración de precedente.

En el quinto nivel, se encuentran 3 sentencias, la primera Sentencia, sección quinta, marzo 2015. Alberto Yepes Barreiro Rad. 110010315000201402276-01, y la última es la Sentencia, sección cuarta mayo 2017, Milton Chaves Garcia Rad. 11001-03-15-000-2014-00071-00, en este nivel no se encuentra ninguna reiteración de precedente, lo que permite observar que el Consejo de Estado no se cita en sus propias providencias.

Sin embargo, en el último nivel, encontramos la sentencia fundadora de línea, Sentencia. Sección segunda Sentencia, marzo 1995, Carlos Arturo Arjuela Arango, Rad. 7413, que es la única que se reitera más de una ocasión, y es fundadora de línea porque es la providencia más antigua en dicho tribunal, que responde al problema jurídico planteado.

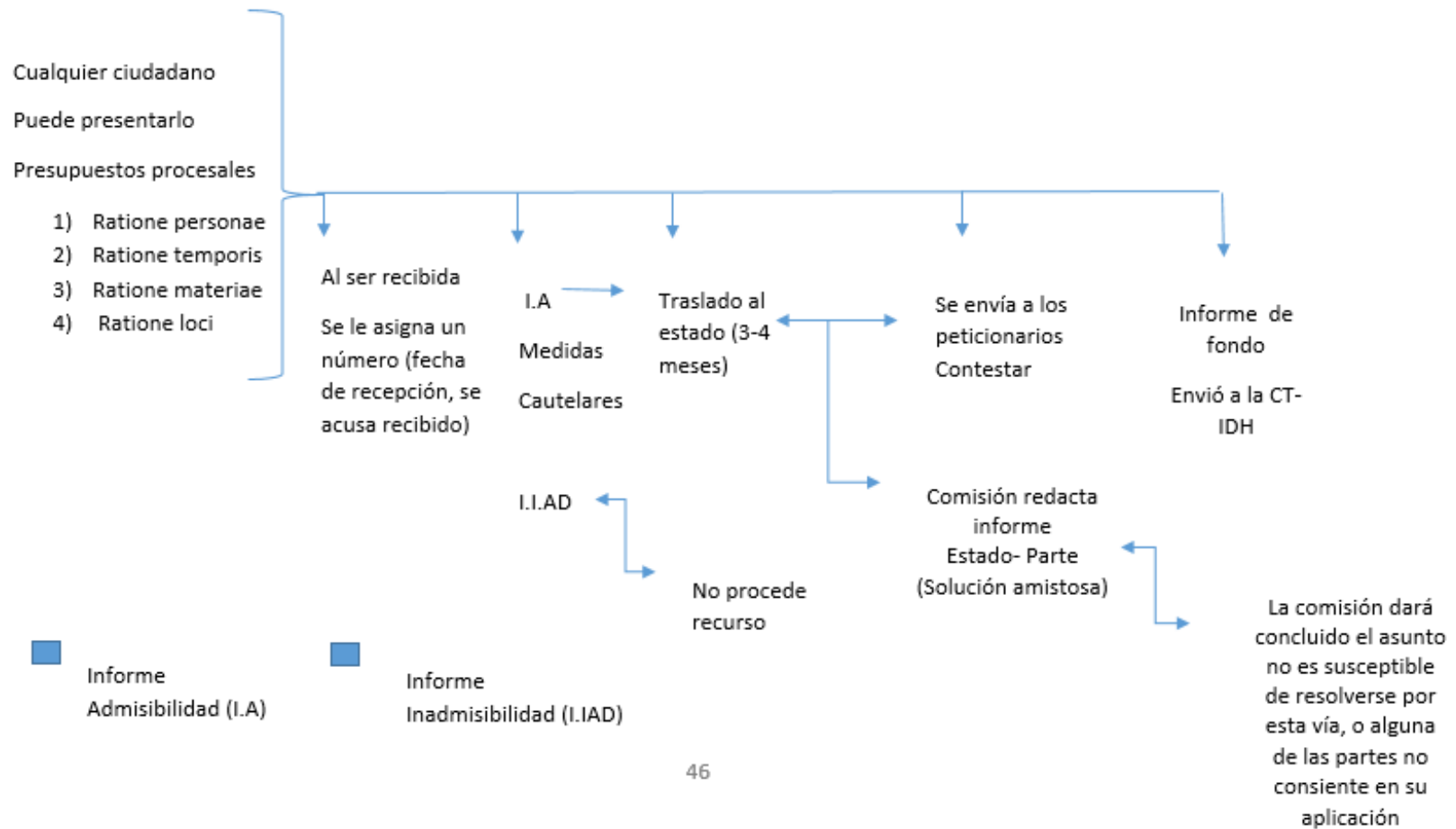
Se puede observar que la disciplina citación para el desarrollo de precedente judicial mediante líneas jurisprudenciales, en el Consejo de Estado es mucho menos disciplinado, puesto que no reitera su jurisprudencia de la forma en que lo hace la Corte Constitucional, e incluso el Consejo de Estado cita precedente de la Corte Constitucional ya que esta es mucho más organizada a la hora de establecer el precedente.

Es así como en Colombia la Corte Constitucional se erige como un tribunal ejemplo, para el resto de las Altas Cortes, en lo relacionado con la formación del precedente judicial.

-  Sentencia. Sección segunda, diciembre 2016. subsección b, CESAR PALOMINO CORTES. Rad. 41001-23-31-000-2003-00401-01
-  Sentencia. Sección. Segunda, 2003, subsección b, Alejandro Ordoñez (3274-02)
-  Sentencia, sección Segunda, 2005, ALBERTO ARANGO MANTILLA, Rad. (6207-03)
-  Sentencia, sección segunda, mayo 2011, subsección a, ALFONSO VARGAS RINCON, Rad. (1065-10).
-  Sentencia, sección quinta, marzo 2015. ALBERTO YEPES BARREIRO Rad. 110010315000201402276-01
-  Sentencia. Sección segunda Sentencia, marzo 1995, CARLOS ARTURO ARJUELA ARANGO, Rad. 7413.
-  Sentencia. Sección segunda abril 2010 subsección a, ALFONSO VARGAS RINCON. Rad (0505-04)
-  Sentencia. Sección. Segunda, octubre de 2000 subsección a. Ana Margarita Olaya Forero Rad. 3184-99
-  Sentencia. Sección. Segunda, Julio del 2002, subsección a, Nicolás Pájaro Peñaranda Rad. (5199-01)
-  Sentencia, sección segunda, octubre 2014 ALFONSO VARGAS RINCÓN. Rad. 11001-03-15-000-2013-01936-
-  Sentencia. Sección quinta, mayo 2015, LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ Rad. 11001-03-15-000-2014-02998-01(AC)
-  Sentencia. sección segunda subsección a, febrero 2018, RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Rad 11001-03-15-000-2017-03172-00(AC)
-  Sentencia. sección segunda subsección a, octubre 2017, GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Rad. 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14)
-  Sentencia. sección cuarta, Sept 2017, STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, Rad. 11001-03-15-000-2017-01109-00(AC)
-  Sentencia, sección cuarta, junio 2017, HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Rad. 11001-03-15-000-2016-03332-01
-  Sentencia, sección cuarta mayo 2017, MILTON CHAVES GARCIA Rad. 11001-03-15-000-2014-00071-00
-  Sentencia, sección cuarta CARMELO PERDOMO CUÉTER, Rad. 25000-23-42-000-2013-00111-01(0318-14).
-  Sentencia. Sección segunda. Subsección B, mayo 2018, CARMELO PERDOMO CUETER Rad. 4369-2014

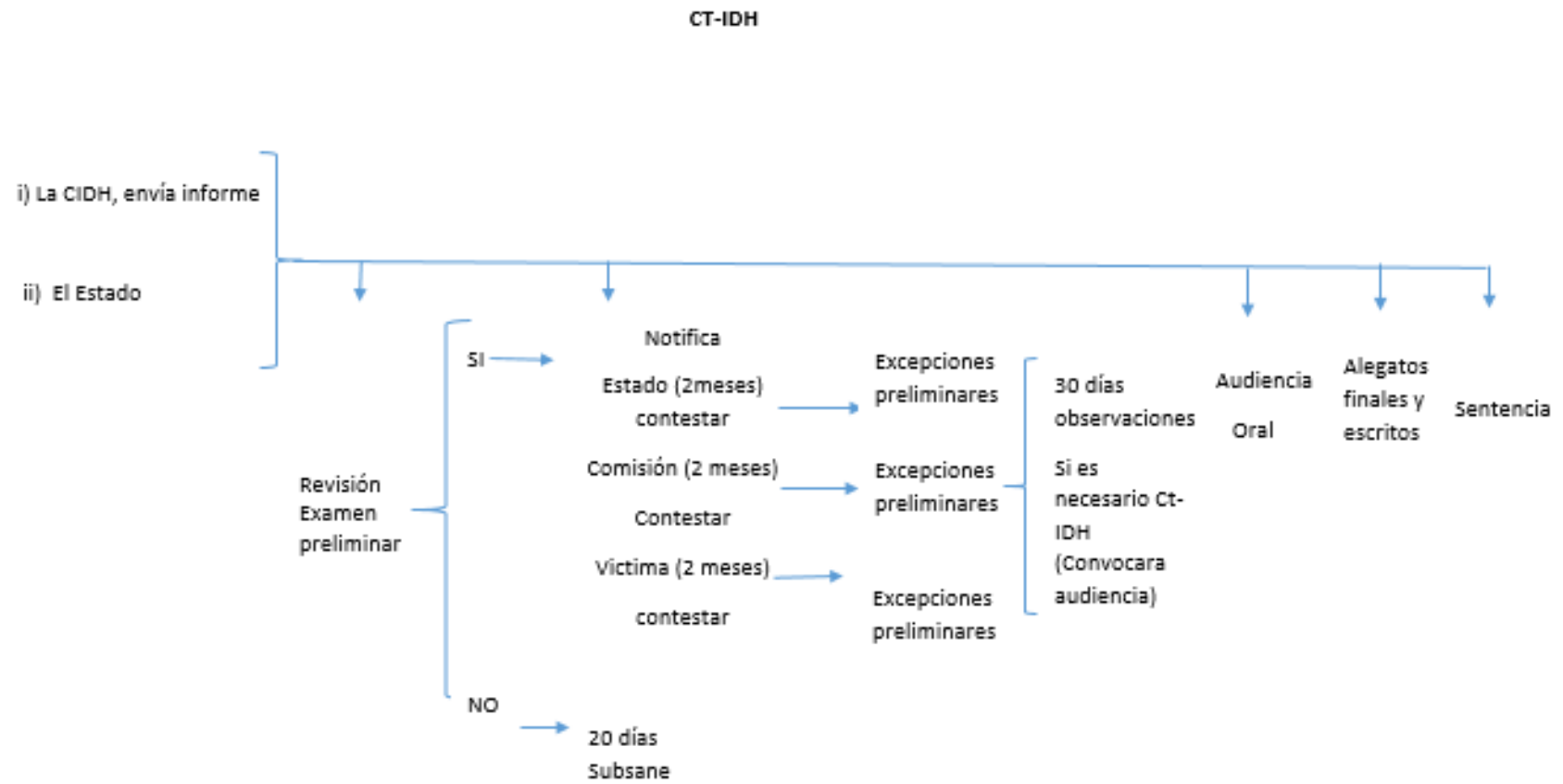


Gráfico 9. Procedimiento en el SIDH (CIDH-CT-IDH)



Nota: Fuente elaboración propia, con base en procedimiento de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

Gráfico 10. Procedimiento en el SIDH (CIDH-CT-IDH)



Nota: Fuente elaboración propia con base en el procedimiento de la Corte Interamericana.

#### 1.1.4. Clases de sentencia y metodología de la línea

En el tema de llamamiento a calificar servicios, en sede interamericano no ha llegado hasta el momento petición de denuncia que se declare el incumplimiento de las obligaciones internacionales, pero esto no significa que no sea aplicable, dado que por vía de interpretación extensa denominada *res interpretata*<sup>151</sup>, se aplica el deber de motivación desarrollado jurisprudencialmente que constituye una pauta hermenéutica de los derechos humanos, aplicable por las autoridades nacionales en sede de los funcionarios jurisdiccionales o públicos para cumplir las obligaciones internacionales y evitar la responsabilidad por hecho ilícito internacional.

La línea jurisprudencial que exhorta a la investigación, busca establecer los parámetros interpretativos que tomó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al problema jurídico de si es o no obligatorio motivar los actos administrativos discrecionales de destitución de funcionarios públicos. Esclareciendo el peso gravitacional del precedente, en las sentencias sobre los nichos citacionales en sede de la CT-IDH.

El panorama estratégico en sede de la CT-IDH se da entre los años 2001 al 2017, Se observa desde su nacimiento dos tesis; una afirmativa y otra negativa.

---

<sup>151</sup> Caso Gelman vs Uruguay, 2013. Op. cit. “Lo anterior es de importancia para comprender que la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados Parte de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la “jurisprudencia interamericana” sobre el derecho humano en cuestión” Resolución de supervisión de cumplimiento”

- La tesis negativa: No, los actos administrativos de destitución que son discrecionales no requieren motivación adicional dado que están sometidos al principio de legalidad y soberanía del Estado
- La tesis afirmativa: Sí, debe aplicarse, pues la no aplicación del deber de motivación genera efectivamente una violación flagrante a los derechos humanos de los funcionarios públicos.

En la Corte Interamericana de derechos Humanos, se denota una tesis afirmativa:

En primer lugar, se toman las citas referenciadas desde la sentencia arquivada. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú vs Perú de 2017, Caso Maldonado Ordoñez vs Guatemala 3 de mayo 2016, Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos) y otros vs Ecuador 28 de agosto 2013, Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela 1 de julio 2011, Caso Aptiz Barbera y otros Vs Venezuela 5 de agosto de 2008, Caso Trabajadores cesados del congreso vs Perú. 24 de noviembre de 2006, Caso Baena Ricardo Vs Panamá 2 de febrero 2001, Caso Tribunal constitucional vs Perú, 31 de enero 2001 identificando su relevancia citacional, partiendo del punto estratégico de la ingeniería inversa.

- La discrecionalidad es admitida en materia interamericana, pero esta está sometida al debido proceso y protección judicial de los servidores públicos.
- El debido proceso descrito art. 8 CADH, se aplica a cualquier actuación sea penal, civil, administrativa o disciplinaria, esta consiste en el derecho a ser oído, por un juez independiente e imparcial.
- El recurso efectivo y sencillo, es un derecho convencional descrito en el art. 25 CADH, con el fin de discutir los motivos de la destitución sino están establecidos en la decisión administrativa, incumple una obligación internacional.
- El principio de deber de motivación, es una garantía destinada a la correcta administración de justicia, esta busca conocer las razones de hecho y derecho ( motivos y normas) de la destitución del funcionario público para ser controvertidas en

sede judicial y administrativa, así mismo la decisión jurídica tomada debe estar debidamente fundamentada con el fin de llegar a una conclusión dándole credibilidad a la administración de justicia, para que finalmente el fallo tomado demuestra los argumentos de las partes como las pruebas analizadas.

En síntesis, se deduce de las sentencias emitidas en sede interamericana, por parte de la CT-IDH bajo el control de convencionalidad se analizan tres etapas i) **la fundadora** en cuanto a la interpretación de las garantías judiciales en el art. 8.1 CADH, limitando la discrecionalidad ii) **Reconceptualizadora** en el debido proceso administrativo, recurso efectivo y sencillo iii) **dominante**: deber de motivación, esto ha llevado a dos conclusiones:

**Una regla sustantiva**: El estándar permite antecede que los actos administrativos de retiro o desvinculación de los servidores públicos, independiente de su naturaleza jurídica (reglada- discrecional- simple- compleja), tiene que estar acompañada de una motivación, ello se sustenta en: i) El deber de motivación es una garantía de la correcta administración de justicia, ii) la decisión debe estar debidamente fundamentada con el fin de llegar a una conclusión; al funcionario público, y iii) Conocer las razones de hecho y derecho, (motivos y normas) en que se basa su decisión para controvertir la decisión judicial, amparado en el debido proceso legal, siendo aplicable a la naturaleza jurisdiccional y administrativa, iv) el fallo debe mostrar los argumentos de las partes y el conjunto de las pruebas analizadas, es una obligación internacional, un vector de interpretación armonizado en cuanto principio al deber de atención y adecuación conforme.

**Una regla procesal**: El control de convencionalidad es una pauta interpretativa que ejerce la CT-IDH en un caso concreto, así las cosas el principio del deber de motivación es una norma adscrita que limita la discrecionalidad de la función pública, siendo aplicable a la figura de llamamiento a calificar servicios por la res interpretata, esto se materializa en el diálogo judicial o comunicabilidad

constitucional entre lo internacional a lo interno, es decir los jueces, los funcionarios jurisdiccionales y funcionarios públicos, deben adecuar a las decisiones administrativas de retiro so pena de incumplir la obligación internacional y ser declarados responsables por hecho ilícito internacional.

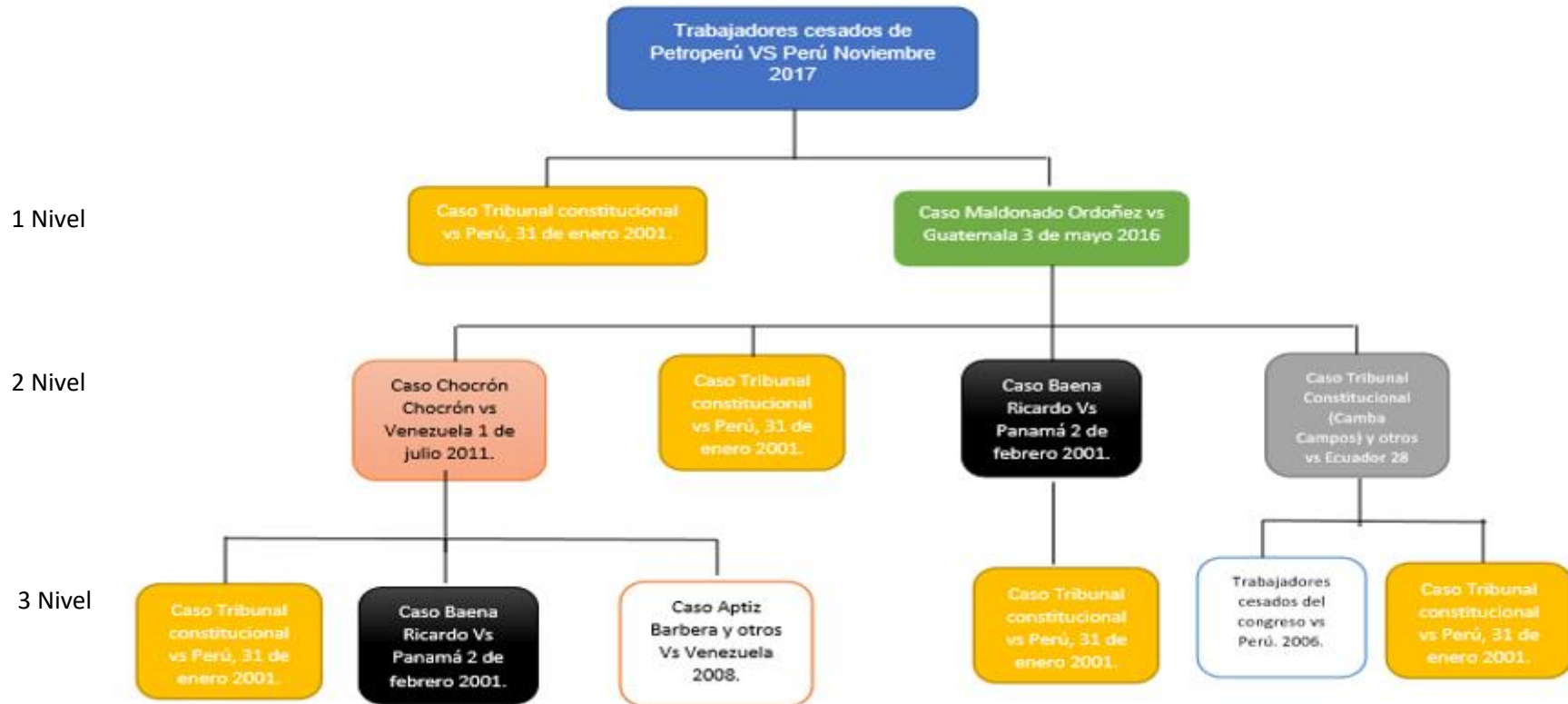
**TEMA:** Motivación de los actos administrativos del llamamiento a calificar servicios en las fuerzas armadas.

Tabla 9. Determinación del problema jurídico y las providencias

¿ Es obligatorio motivar los actos administrativos discrecionales de destitución de funcionarios públicos?			
No, los actos administrativos de destitución que son discrecionales no requieren motivación adicional dado están sometidos al principio de legalidad y soberanía del Estado		<ul style="list-style-type: none"> <li>* Caso Tribunal constitucional vs Perú, 31 de enero 2001.</li> <li>*Caso Baena Ricardo Vs Panamá 2 de febrero 2001.</li> <li>* Caso Trabajadores cesados del congreso vs Perú. 24 de noviembre de 2006.</li> <li>* Caso Aptiz Barbera y otros Vs Venezuela 5 de agosto de 2008.</li> <li>* Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela 1 de julio 2011.</li> <li>* Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos) y otros vs Ecuador 28 de agosto 2013.</li> <li>*Caso Maldonado Ordoñez vs Guatemala 3 de mayo 2016</li> <li>* Caso Trabajadores Cesados del Petroperú vs Perú 23 de noviembre 2017</li> </ul>	Sí, debe aplicarse, pues la no aplicación el deber de motivación genera efectivamente una violación flagrante a los derechos humanos de los funcionarios públicos.

El interés de la gráfica radica, en determinar los cambios decisionales a lo largo del precedente del Consejo de Estado, mostrando los puntos de acuerdo –disenso, y la regla jurídica que se determinó frente al problema jurídico.

Gráfico 11. Nicho citacional de La Corte Interamericana de Derechos Humanos



Nota: Fuente elaboración propia con base en la línea jurisprudencial de la CT-IDH

Para analizar la presente línea jurisprudencial se debe tener en cuenta lo siguiente: Inicialmente se debe observar la estructura del nicho citacional, la cual, en este caso, está constituida por tres niveles, entiéndase por nivel cada uno de los renglones de la estructura, estos surgen a partir de la sentencia arquimédica, de la cual se deriva el primer nivel, posteriormente de las sentencias del primer nivel se derivan las del segundo nivel y así de manera sucesiva.

Analizando el nicho de la referencia podemos encontrar que este divide los niveles, que se encuentran después de la sentencia arquimédica que en este caso es "*Trabajadores cesados de Petroperú VS Perú, noviembre 2017*", por lo tanto, en el primer nivel encontramos la sentencia "*Caso Tribunal constitucional vs Perú, 31 de enero 2001.*" y "*Caso Maldonado Ordoñez vs Guatemala 3 de mayo 2016*", este se denomina primer nivel porque las sentencias se derivan de la arquimédica.

Posteriormente en el segundo nivel se encuentran las sentencias "*Caso Chocrón Chocrón vs Venezuela 1 de julio 2011*", nuevamente la sentencia "*Caso Tribunal constitucional vs Perú, 31 de enero 2001*", luego la sentencia "*Caso Baena Ricardo Vs Panamá 2 de febrero 2001*" y finalmente el "*Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos) y otros vs Ecuador*", estas son segundo nivel porque se derivan de las sentencias del primer nivel, lo que implica que hay sentencias que se repiten, ello hace parte de la construcción del precedente judicial interamericano.

Finalmente, en el tercer nivel se encuentran las sentencias "*Caso Tribunal constitucional vs Perú, 31 de enero 2001*" en tres (3) ocasiones luego se repite el "*Caso Baena Ricardo Vs Panamá 2 de febrero 2001*" y los casos "*Aptiz Barbera y otros Vs Venezuela 2008.*" Y "*Caso Tribunal constitucional vs Perú, 31 de enero 2001.*" Como se observa, el nicho está compuesto de varias sentencias relacionadas con el problema jurídico y en él se observa una reiteración del precedente con varias sentencias citadas en más de una ocasión.



Podemos observar que a partir del segundo nivel las sentencias surgen del Caso Maldonado Ordoñez vs Guatemala, porque de esta es la que surge la mayor parte de la disciplina citacional de la Corte IDH, puesto la sentencia más reiterada “*Caso Tribunal constitucional vs Perú, 31 de enero 2001.*”, lo que permite concluir que es la sentencia principal de la línea, luego el “*Caso Baena Ricardo Vs Panamá 2 de febrero 2001*” se reitera en dos ocasiones, luego, las demás providencias no se reiteran.

A cada sentencia se le asignó un color para facilitar su estudio y reiteración dentro del nicho, por esto a continuación se procede a explicar a cuál sentencia se le asignó que color.

### **c. MATRIZ Y RED DE INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO *IUS-FILOSÓFICO* DE LA COMUNICABILIDAD CONSTITUCIONAL**

Para sustentar el dialogo de los principios vectores de interpretación o comunicabilidad constitucional a través de las redes institucionales jurídicas (Rousseau, 2018)<sup>152</sup> bajo el tema de motivar los actos discrecionales de retiro de funcionarios públicos (fuerzas militares), se ha propuesto la resignificación de una ecología intelectual (matriz horizontal) y la interacción de precedentes jurisprudenciales (las redes dialógicas y la matriz vertical), tomando como

---

<sup>152</sup> ROUSSEAU, Dominique. El rol del derecho internacional y extranjero en el constitucionalismo interno. Parte 7 XIII Encuentro de la jurisdicción constitucional. [En línea] disponible en: <<https://bit.ly/2UpjsHu>> minuto 49:42-1:04:33 [Consultado el 25/02/2019]

herramienta metodológica se utilizó de la mano de la naturaleza *ius-filosófica* de la sociología funcionalista (Toulmin<sup>153</sup>-Collins<sup>154</sup>).

Ello con el fin de determinar las premisas epistemológicas o los escenarios constitucionales en que se movió el precedente de acuerdo a las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre las que se destaca el principio de jerarquía funcional (sede interna) y el principio del deber de motivación de los actos administrativos (sede internacional).

---

<sup>153</sup> TOULMIN, Stephen. La Comprensión humana I. El uso colectivo y la evolución de los conceptos. Madrid: Alianza, 1977. p.28. forma metodológica “En la primera fase de nuestra argumentación consideraremos los conceptos como integrando los agregados, sistemas o poblaciones conceptuales que emplean colectivamente las comunidades usuarias de conceptos. Podemos interesarnos por los esquemas o sucesos a través de los cuales se crean, se desarrollan históricamente y caen en desuso tales agregados de conceptos; y preguntarnos en que aspectos los cambios resultantes- históricos o sociológicos, antropológicos o lo que sean- influyen sobre la autoridad intelectual de los conceptos involucrados. En la segunda fase de la argumentación consideraremos. Podemos interesarnos por los esquemas de sucesos por los cuales se adquieren se ejercen y se pierden tales capacidades intelectuales; y preguntarnos en qué aspectos los cambios resultantes-fisiológicos o lingüísticos o lo que sean- son atinentes a la evaluación d los conceptos mismos. Al terminar estas dos primeras fases habremos reconstruido un esbozo de la matriz empírica real dentro de la que opera la comprensión humana, esbozo que se intentara tomar cabalmente en cuenta los cambios recientes en nuestro conocimiento de nuestra esa matriz. En la fase final de la argumentación volveremos a los temas subyacentes del juicio y la evaluación, y nos preguntaremos explícitamente qué explicación general de la autoridad intelectual o critico racional es compatible con nuestra imagen actual de los conceptos y la comprensión, colectiva e individual”

<sup>154</sup> PÉREZ GIL, Carlos Alberto. Filosofías para juristas principiantes. Algunas *ius-filodoxias* de Hesíodo a Kelsen. Volumen I. Bogotá: Universidad Santo Thomas, 2012 p. VI Enriendase forma metodológica “El propone en su texto sociología de las filosofías “superar la visión estructuralista y funcionalista de la sociología del conocimiento, para explicar el origen, la reproducción y aplicación del conocimiento filosófico al combinar elementos micro-sociales y macro sociales, dentro de un marco de conflictividad macro social con la realidad conflictiva micro social del pensador en un espacio de tiempo; La realidad social es construida partir de relaciones de concepciones intelectuales compartidas que se debaten entre si – conflictividad del interior – o se debaten con otras concepciones sociales conflictividad exterior – para ser aceptadas por auditorios, seguidores populares o con el objetivo de ser aplicadas a la institucionalidad socio-política, que Collins denomina *rede interactivas*”

## **i. Ecología intelectual (matriz horizontal)**

La matriz horizontal, permite hallar las *Ecologías Intelectuales del Precedente*: buscando denominar la gráfica (matriz horizontal) lo que permite ubicar en sus contenidos teóricos jurídicos – filosóficos de los órganos jurisdiccionales, ideas o conceptos que se encuentran en la interpretación del problema jurídico estudiado. Por lo tanto, se hizo necesario comprender la figura de llamamiento a calificar servicios en el ordenamiento legal y la interpretación, a través de la jurisprudencia interna (constitucional-administrativa) e internacional (interamericana), para analizar y comparar, los hallazgos jurídicos inherentes, y medir su impacto social de los conceptos emitidos en la investigación. Como lo propone Stephen Toulmin.

“la tarea de hallar procedimientos racionales imparciales para comparar juicios de diferentes medios es similar y esta semejanza con el derecho puede ayudarnos a encontrar nuestra atención en el modo práctico en que los conceptos son empleados en la conducción concreta de las empresas intelectuales [...] Cada jurisdicción sería entonces la única guardiana suprema de sus conceptos, criterios y patrones legales de juicio, y estos solo tendrán un interés histórico o antropológico para los observadores de otras jurisdicciones”<sup>155</sup>

La ecología intelectual de los precedentes, se puede aplicar a cualquier norma adscrita, a órganos jurisdiccionales-institucionales, y a instancias administradoras de justicia tanto internas como internacionales, (Corte Constitucional, Consejo de Estado, CT-IDH).

Para este ejercicio se requiere la construcción de la línea jurisprudencial, previamente realizada y que se realizó en los acápites precedentes, mediante un tema jurídico en común, que señale el principio vector desarrollado por la

---

<sup>155</sup> Ibid. p.96

corporación jurídica y la posición jurisprudencial, a favor de una tesis afirmativa o negativa. Para este caso, se analizan los actos administrativos discrecionales y el retiro de los funcionarios de las fuerzas militares, en el llamamiento a calificar servicios, en el Ejército nacional, para quienes aspiran a ascender en el grado de mayor a teniente coronel, se toma la guía del campo sociológico de Toulmin, al campo *ius-philosófico* jurídico describiéndose.

El resultado de las conclusiones de las líneas jurisprudenciales, se resignifica una matriz horizontal con el fin de ejercer una labor hermenéutica-comparativa, entre las diferentes reglas institucionales-jurisdiccionales (C.C, C.E, CT-IDH) permitiendo desarrollar tres partes i) construcción temporal ii) aproximación conceptual iii) perfil psicosocial del precedente.

**i) Construcción temporal:** Es el ejercicio metódico jurídico y su nivel estadístico, que provee la información necesaria para ser esquematizada en las reglas de la temporalidad, tiene como punto de partida la sentencia fundadora de línea, hasta la sentencia arquimédica, subdividiéndose en una aproximación del precedente comparativo estadístico, en una tesis afirmativa con un calificación estadística (5) mientras que la tesis negativa tiene una calificación estadística de (0), examina las posiciones a favor de SI o NO de los órganos jurisdiccionales en la motivación del acto administrativo discrecional, en donde se analiza las tesis divergentes o convergentes entre los precedentes, como los salvamentos de votos.

**ii) Aproximación conceptual:** Con el fin de analizar las posiciones teóricas jurídicas de cada uno de los precedentes, se realiza un análisis hermenéutico en los diferentes campos del derecho. En el eje de la investigación, la aproximación administrativa, se reconstruye desde los autores jurídicos los argumentos de los que se derivan el precedente jurisprudencial y las aproximaciones filosóficas cuyo contenido es *ius filosofico* que justifica la decisión jurídica por parte del organismo jurisdiccional.

**iii) Perfil psicosocial del precedente:** Es la razón del pronunciamiento ideológico<sup>156</sup> de los magistrados, los consejeros ponentes y sus respectivas salas, cuando apoyan una teoría jurídica, en cuanto a la lectura del desarrollo jurisprudencial que permita encontrar la progresividad o regresividad de la sentencia para que sea efectiva, o de la validez de la norma jurídica, es factible moverse en tesis conversadoras (positivismo metodológico<sup>157</sup>), liberales (garantista analítica *ius moralista*<sup>158</sup>) o eclécticas (positivismo incluyente o suave<sup>159</sup>), según de las escuelas jurídicas- filosóficas.

**Interpretación de la matriz horizontal:** En el trasegar del camino de la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales y la ecología intelectual de la matriz horizontal, se pueden identificar normas adscritas divergentes o convergentes,

---

<sup>156</sup> FAZIO, Federico. Izquierda o derecha. Ensayos de teoría jurídica crítica Duncan Kennedy Siglo XXI, Buenos Aires, 2010. [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/rnWV4d>> **“Ellas son la ideología liberal y la ideología conservadora.** Si bien ambas comparten valores comunes (como el respeto a la democracia política) se **distinguen en que la primera tiene una tendencia más inclinada a favorecer la igualdad social.** (...) tres modelos de juez. Identificará jueces "activistas restringidos" **(quienes siempre priorizarán moldear el significado legislativo según sus preferencias valorativas, ya sean estas liberales o conservadoras)**; jueces "mediadores" (aquellos que siendo "activistas de centro" o bien oponiéndose a cualquier "activista restringido", intentan tomar decisiones que medien entre los dos polos) y, por último, jueces "bipolares" (aquellos que, por un lado, pueden tener actitudes de tipo "esquizofrénicas", como es el caso de aquellos que suelen fallar con cautela ante los poderosos a los fines de conservar sus cargos, o, por otro lado, aquellos que adopten actitudes que simulen cierta "neutralidad", fallando en ciertas ocasiones para un bando y en otras para otro)" (Subrayado fuera de texto).

<sup>157</sup> BULYGIN, Eugenio. El positivismo jurídico. México: Marcial Pons, 2006. ISBN: 9786077360254. p.74. Entiéndase "todo derecho, es decir, todo conjunto de normas jurídicas, es necesariamente completo, y que en consecuencia no hay, ni puede haber lagunas en el derecho"

<sup>158</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit. Entiéndase "Investiga estructuras tales como de los conceptos de los derechos fundamentales en el sistema jurídico, la de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la de la fundamentación de los derechos fundamentales, siempre considerando las tareas prácticas de una teoría integradora"

<sup>159</sup> HIMMA, Kenneth Einar. Positivismo jurídico incluyente. En: Problema anuario de filosofía y teoría del derecho, 2014 [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2YL9oyR>> Entiéndase "lo que explica la autoridad de los criterios de validez en cualquier sistema jurídico conceptualmente posible, es que tales criterios constituyen las bases de una convención social entre las personas que funcionan como oficiales (...) la existencia del derecho es posible gracias a una convergencia entre conducta y actitud. Según la explicación de Hart de este punto, "las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial"

sobre el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios. En los inicios de la investigación se tiene claridad que, bajo los estándares de la Corte Constitucional de Colombia, y Consejo de Estado al ser un acto de naturaleza- extra-textual discrecional no requiere motivación adicional, solicita los presupuestos de la ley: tiempo de servicio y en consecuencia la asignación de retiro.

La CT-IDH, señaló una tesis totalmente contraria al exigir que todo acto administrativo discrecional de retiro de un funcionario público debe motivarse, a raíz del art. 8 CADH de las garantías judiciales, enmarcadas al debido proceso administrativo, en consonancia con los estándares de las obligaciones internacionales en materia de derecho humanos, mediante el principio vector (deber de motivación)<sup>160</sup>.

Las dos líneas jurisprudenciales (C.C-C. E) permiten trazar que la motivación está dada en la ley, en este sentido comparten una visión conjunta frente al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, mostrándose proclives a favor de la discrecionalidad de la administración pública en cabeza de las instituciones militares o policía nacional (juntas asesoras o comités), cuando deciden retirar a los uniformados haciéndose acreedores de la asignación de retiro.

En el ámbito judicial interamericano, la discrecionalidad de la administración se mantiene con un enfoque limitado, permite maniobrar a la administración en las actuaciones estatales, aun así es imprescindible cuando se retira un funcionario

---

<sup>160</sup> FLAX, Gregorio. El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo. En: El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2008. p.48 “En general, **todo acto administrativo** que comprometa derechos requiere el conocimiento previo de los interesados, lo que se supone el descargo, la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso restrictivo a las actuaciones, **la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones** [...] sobre la aplicabilidad de las garantías **del debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, estableciendo la obligación de estos contar con reglas claras en cuanto accionar de los agentes administrativos y políticos a fin de evitar márgenes de discrecionalidad que pueden fomentar practicas arbitrarias y discriminatorias**”

público, debe motivarse el acto administrativo o la resolución judicial, con el único fin de que se le den argumentos al servidor público, que permitan llegar a una conclusión, además que se conozcan las razones objetivas con el fin que sea controvertidas en sede judicial (nacional- internacional), y finalmente que el fallo demuestre, los razonamientos planteados, las pruebas analizadas, dictando un acto administrativo proporcional a los hechos, con el fin de evitar la arbitrariedad de la administración.

Bajo los estándares de la norma convencional, exige dentro de sus contenidos el debido proceso convencional (fundamentación argumentativa, razones hecho-derecho, calificación de la hoja de vida, notificación del acto), en una garantía común a favor de los años prestados al servicio del Estado, es decir una tesis que apoya los Derechos Fundamentales y Humanos<sup>161</sup>.

Así, las referencias principio al deber de motivar desarrollados por las sentencias de la CT-IDH en los casos de destitución de funcionarios públicos, son aplicables al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios<sup>162</sup> en el grado de mayor que aspiran ascender a teniente coronel.

---

<sup>161</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-265 de 2013 Salvamento de Voto [M.P Jorge Iván Palacio] “llamamiento a calificar servicios, en respeto de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de acceso a la administración de justicia. Si bien es cierto que debido a la organización piramidal de la carrera militar y policial no es posible que todos sus integrantes asciendan en el escalafón, también lo es que la decisión de retiro del servicio activo debe ser motivada para evitar arbitrariedades que difícilmente podrían ser cuestionadas después ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desconocer los móviles que justificaron la desvinculación [...]Es más, otorgó una inmunidad o poder omnímodo en detrimento de los derechos fundamentales de los servidores públicos que pertenecen a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional” (Subrayado fuera de texto)

<sup>162</sup> Es necesario **que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal** Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284, Corte IDH Caso López Mendoza vs Venezuela. Sentencia de fondo, reparaciones y costas 1 de septiembre de 2011, Serie C No 233 párr. 228

En la aproximación conceptual (administrativa) en el caso concreto, en la tesis de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado toman como base la doctrina administrativista española de Luciano Parejo Alfonso<sup>163</sup>, y Miguel Sánchez Morón<sup>164</sup>, los juristas defienden que la norma reglamentaria, cuando explique los presupuestos y los fines de la medida, es posible la discrecionalidad más adecuada para los fines del interés público, por tanto no se requiere motivación adicional sino la consagrada en los precisos términos de la ley.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma de los juristas españoles Alejandro García Nieto<sup>165</sup>, Thomas Ramón Fernández y Eduardo García de Enterría<sup>166</sup> la tesis que los actos discrecionales deben tener un control administrativo en el que se manifiestan las razones o los argumentos que sustentan la motivación. Así las cosas, para los juristas, los conceptos indeterminados como son las razones del servicio o mejoramiento de la institucionalidad, son criterios exógenos que no explican absolutamente nada, siendo factible por parte la administración la vulneración de los derechos de los administrados al no conocer las razones objetivas que llevaron al no conocer las razones del retiro de los funcionarios públicos.

La aproximación ius-filosófica se toma como base a (Thomas Hobbes<sup>167</sup>, Hans Kelsen<sup>168</sup>) de las sentencias y decisiones que tomó la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los criterios filosóficos se basan en la actividad del poder soberano manifestado en el Estado, en las reglas jurídicas prescriptivas-

---

<sup>163</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de derecho administrativo. Madrid: TiranLoBlanch, 2018. 9ª ed. ISBN: 9788491903758

<sup>164</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo parte general. Madrid: Tecnos, 2017. 13ª. ed. ISBN: 9788430972272

<sup>165</sup> GARCÍA NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2012 4ª. Ed. ISBN: 9788430954766

<sup>166</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso Derecho Administrativo. Santiago de Chile: Civitas, 2017. 18ª ed. ISBN: 9788491528746

<sup>167</sup> HOBBS, Thomas. Leviatán. México: Fondo de Cultura Económica. ISBN: 9789681602253

<sup>168</sup> KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. México: Universidad Autónoma de México, 1995. ISBN: 9786072002982. KELSEN, Hans. El contrato y el tratado. México: Coyoacán, 2007.



imperativas-objetivas, universales aplicable a cualquier situación de hecho. En el presente caso es el llamamiento a calificar servicios, el tiempo de servicio prestado por el uniformado y el concepto de la junta asesora del ministerio de defensa nacional, genera como consecuencia jurídica la asignación de retiro, mas no requiere una motivación adicional que la dada en la ley.

No obstante, la CT-IDH posee una fundamentación filosófica basada en las concepciones de Immanuel Kant<sup>169</sup>, Jhon Rawls<sup>170</sup> y Robert Alexy<sup>171</sup> en las que él se parte de paradigma en una justicia universal y a favor de los derechos humanos, fundamentada no solo en las reglas que se desprenden de las normas internacionales, sino en procura de una dimensión axiológica, enmarcada en los principios que se derivan de las normas adscritas por vía de la interpretación judicial de la CADH, en el caso concreto es el deber de motivación de los actos discrecionales.

Finalmente, no se puede desconocer que, en los perfiles de los precedentes en cada uno de los organismos o instituciones jurídicas, persisten concepciones ideológicas, que motivan una resolución o fallo, ya sea cambiando o confirmando el argumento en la retórica judicial.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, por ejemplo, comparten una visión conservadora frente al tema de la motivación de llamamiento a calificar servicios, en cuyo caso se parte desde la perspectiva del positivismo metodológico de Kelsen en la escuela de la validez jurídica, que expresa que la respuesta correcta es la ley.

Sin embargo, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos su perfil psicosocial varia en cuanto marca una concepción liberal en la que priman los

---

<sup>169</sup> KANT, Immanuel. Sobre la paz perpetua. Madrid: Alianza, 2001

<sup>170</sup> RALLAS, Jhon. El derecho de gentes. Madrid: Paidós.2001. ISBN: 978-8449310478

<sup>171</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Op. cit.

principios por encima de las reglas. Este perfil se fundamenta en una definición analítica y moralista de los derechos fundamentales, por tanto, la CT-IDH, se ha mostrado a favor del deber de motivación desde la sentencia fundadora de línea, generando una limitación en la discrecionalidad de la administración con respecto a la destitución de funcionarios públicos; lo que implica que el tribunal interamericano adopta una posición garantista tanto en el eje teórico administrativo, como en el plano filosófico *ius moralista*.

Gráfico 12. Matriz de orden horizontal

INSTITUCIONES	APROXIMACION TEMPORAL	APROXIMACION DE PRECEDENTE		APROXIMACION CONCEPTUAL		PERFIL PSICOSOCIAL
		T. A	T. N	A. A	A. F	
C.C	1995-2019	T. A		A. A	Parejo Alfonso, Luciano. Sánchez Morón, Miguel.	Influencia Conservadora = Positivismo metodológico
		T. N		A. F		
C.E	1995-2019	T. A		A. A	Parejo Alfonso, Luciano Sánchez Morón, Miguel.	Influencia Conservadora = Positivismo metodológico
		T. N		A. F		
CT-IDH	2001-2017	T. A		A. A	García Nieto, Alejandro, Ramon Fernández, Thomas. García de Enterría, Eduardo.	Influencia progresista = garantista analítica ( <i>ius-moralista</i> )
		T. N		A. F		

C.C	CORTE CONSTITUCIONAL	T. A	TESIS AFIRMATIVA
C.E	CONSEJO DE ESTADO	T. N	TESIS NEGATIVA
CT-IDH	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	★	SALVAMENTO DE VOTO
5	TESIS AFIRMATIVA DONDE SE MOTIVA EL ACTO	A. A	APROXIMACIÓN ADMINISTRATIVA
0	TESIS NEGATIVA DONDE NO SE MOTIVA EL ACTO	A. F	APROXIMACIÓN FILOSOFICA

Nota: Fuente elaboración propia

A) **La red dialógica horizontal:** La red dialógica de precedentes permite encontrar los puntos comunes de los principios vectores de interpretación, entre los órganos jurisdiccionales a través de las redes institucionales jurídicas (Rousseau, 2018, mins. 49:42 a 1: 04.33).

Tomando de base la metodología del sociólogo Randall Collins, ser resignificado las “redes cadenas de rituales de interacción”<sup>172</sup> (Collins, 2005, p. 30), desde la sociología funcionalista al campo del Derecho, con el fin de buscar un estándar constitucional que resulta de las redes o diálogos jurisdiccionales. De esta manera se decantan los principios comunes de un ordenamiento jurídico global.

Al realizarse este esquema, se encuentra una simetría entre los pronunciamientos institucionales jurídicos; no obstante, dichos pronunciamientos varían, a esto lo denomina Collins como una energía emocional a la que define de la siguiente manera: “es algo de larga duración, que debe distinguirse de los arranques y arrebatos pasajeros enormemente disruptivos (el miedo, la alegría, el enfado), que convencionalmente denominamos emociones”<sup>173</sup>, y que pueden responder a motivos ideológicos (políticos-culturales- económicos), generando argumentos sólidos al tenor de los pronunciamientos jurisdiccionales en las instancias como la Corte Constitucional de Colombia, el Consejo de Estado de Colombia, y la CT-IDH.

Para el desarrollo de las redes institucionales jurídicas o dialógicas, es necesario tener claras las líneas jurisprudenciales y el desarrollo de la ecología intelectual, que se obtiene de la matriz horizontal, presentadas en la página anterior. Los

---

<sup>172</sup> COLLINS, Randall. Sociología de las filosofías una teoría global del cambio intelectual. Barcelona: Editorial Hacer, 2005. p. 29 “cada persona adquiere su repertorio personal de símbolos cargados de significación grupal, Dependiendo del grado de cosmopolitismo y de la densidad social de las situaciones grupales a las que hayan sido expuestos, poseerán un repertorio simbólico con grados diversos de abstracción y reificación con diferentes contenidos generalizados y particularizados. Esto constituye su capital cultural”

<sup>173</sup>Ibid. P. 30

diálogos o redes institucionales jurídicas, pueden ser utilizados ante cualquier órgano institucional o jurisdiccional, por ejemplo a organismos extrínsecos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos), o en organismos intrínsecos como la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia; o de naturaleza mixta (intrínseco-extrínseco) como es el caso de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo un valioso instrumento comparatista, epistemológico y hermenéutico, que permite ubicar los nichos citacionales y los niveles del precedente. Esto permite ubicar el dialogo jurídico de un problema en común, como los argumentos utilizados en las normas adscritas y los principios desarrollados del escenario constitucional, administrativo e internacional.

El instrumento de las redes dialógicas institucionales jurídicas, permite ubicar dos criterios importantes en el sistema dialógico entre las diferencias jurisdiccionales que se buscan ejemplificar.

- i) El principio vector de interpretación de la norma adscrita, se tiene en cuenta entre las sentencias que resuelven el problema jurídico del escenario constitucional.
- ii) El espacio dialógico comunicacional entre los órganos jurisdiccionales, estos pueden ser convergentes o divergentes.

Metodológicamente las redes conexas se dividen en dos partes: la red dialógica y la matriz vertical.

A) **La primera la red dialógica institucional jurídica:** De acuerdo con la temporalidad de la línea jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales (C.C-C. E-CT-IDH) que resolvieron el problema jurídico, se colocan de forma descendente hasta la ascendente en orden de los pronunciamientos, desde la sentencia fundadora de línea, pasando por los nichos citaciones hasta la sentencia arquimédica.

El investigador debe tener en cuenta un desarrollo metodológico de las sentencias hito encontradas en la línea jurisprudencial, ubicando la *ratio decidendi* esto quiere decir que deben resolver la discusión de fondo del problema jurídico, evidencia las interconexiones: i) las posiciones autónomas<sup>174</sup>; ii) las contraposiciones dialógicas<sup>175</sup> (intrínsecas) (extrínsecas); ii) la red dialógica horizontal y vertical<sup>176</sup> (intrínsecas); ii) las contraposiciones dialógicas horizontal y vertical<sup>177</sup> (intrínseca); iv) las relaciones simétricas horizontales y verticales<sup>178</sup> (intrínseca-extrínseca).

En el desarrollo de la lectura de las redes dialógicas, persisten en las sentencias (posiciones autónomas- contraposiciones dialógicas); tres tipos de diálogos a saber: redes dialógicas horizontales intrínsecas; contraposiciones dialógicas horizontales, intrínsecas extrínsecas y relaciones simétricas horizontales intrínsecas – extrínsecas.

Esto permite por parte del investigador observar como persisten los precedentes que se citan, como vasos comunicantes entre el emisor y el receptor, salvando los puntos de encuentro, con el fin de buscar los *magister dixit* que, en la mayoría de

---

<sup>174</sup> Estas se refieren, a la creación de normas adscritas mediante trasplantes legales de la doctrina o explicaciones ius teóricas del juez constitucional, administrativo o interamericano, sin necesidad de sustentarse en otra sentencia de la línea jurisprudencial o de la ecología intelectual.

<sup>175</sup> CONTRAPOSICIONES DIALÓGICAS: estas se refieren a las tesis aisladas o posiciones divergentes de los precedentes verticales, se dividen intrínsecos piénsese en los salvamentos de votos de la sentencia o votos razonados, que surgen en la decisión por la minoría de los magistrados que no están de acuerdo con el fallo mayoritario o extrínsecos reflejan la interrupción del principio vector de los órganos jurisdiccionales locales o internacionales.

<sup>176</sup> Se trata del uso de una fuente del principio de autoridad o auto-respeto del precedente del organismo de cierre, con el único fin de citarse entre los órganos institucionales jurídicos para unificar criterios, demarcando el principio de seguridad jurídica.

<sup>177</sup> Se emplean cuando no se tiene una fuente común, y se mantienen en la vía contraria a las diferentes normas adscritas entre los órganos jurisdiccionales y a través de las cuales es factible encontrarse en sede interna o en sede internacional.

<sup>178</sup> Es una fuente en el derecho interno- internacional, que comparte visiones simétricas a través de las normas adscritas o el desarrollo de los principios vectores de interpretación entre órganos jurisdiccionales.

los casos, son utilizados con el fin de determinar puntos comunes o acabar las contradicciones en las jurisdicciones en sede interna o sede internacional.

B) **Matriz vertical:** La matriz vertical permite sustentar, visibilizar y comprender los tres diálogos (redes dialógicas horizontales intrínseca- contraposiciones dialógicas horizontales extrínseca - relaciones simétricas horizontales intrínseca–extrínseca), lo que lleva a una comprensión sistemática y organizada de los precedentes, que permite tener una visión global dentro del ejercicio de comparación en los precedentes jurídicos.

Para obtener la matriz vertical, se debe tener en cuenta el nivel de citación en las consideraciones de las sentencias, ubicando la fundadora de línea, hasta la arquimédica, en el desarrollo esquemático en cada sentencia. A nivel temporal se deben ubicar las sentencias, dentro del problema jurídico, que se citan dentro de otra sentencia de la misma jurisprudencia, la mayoría de las veces los órganos jurisdiccionales citan precedentes que no son del ejercicio hermenéutico o que resuelve el problema del investigador. Por lo tanto, se ubicará en cada sentencia las jurisprudencias a nivel temporal para hacer una revisión de orden diacrónico (de la más antigua a la más reciente), lo que permitirá relacionar los temas comunes para el desarrollo de una teoría complementaria al problema jurídico, en un dialogo entre los organismos jurisprudenciales evaluados.

En el eje de la investigación en los diálogos jurisdiccionales, se percibe en un nivel intrínseco horizontal y vertical. En la Corte Constitucional las siguientes relaciones: i) red dialógica horizontal entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; ii) red dialógica intrínseca vertical de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; iii) red dialógica intrínseca vertical del Consejo de Estado y la Corte Constitucional; iv) red dialógica intrínseca entre el Consejo y la Corte Interamericana de Derechos

Humanos; v) red dialógica intrínseca vertical de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Interpretación de la red dialógica institucional jurídica:** A continuación, se hace la interpretación correspondiente a las diferentes posiciones según las relaciones de la red dialógica en los ejes vertical y horizontal de acuerdo con los datos de las sentencias recabadas, sobre el tema abordado en la presente investigación.

i) **Posiciones autónomas:**

- Corte Constitucional: El Tribunal de Constitucionalidad de Colombia se ha caracterizado por hacer precedentes jurídicos que marcan la pauta en el ejercicio de la interpretación constitucional, y en referencia al tema de llamamiento a calificar servicios, se encuentran cinco posiciones autónomas, a saber:

- T-967 de 2001, T-569 de 2008, T- 824 de 2009, T-723 de 2010 y SU- 091 de 2016.

- Consejo de Estado: El contencioso administrativo, marca cinco posiciones autónomas sobre la discrecionalidad de la remoción o la desvinculación de un funcionario público de las fuerzas militares mediante el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

- Radicado número 7413 del año 1995, radicado número 3184-99 del año 2000, radicado número 3274-02 del año 2003, En el radicado número 0505-04 del año 2010, radicado número 0779-11 del año 2011

Corte Interamericana de Derechos Humanos: El organismo internacional protector de los Derechos Humanos a nivel regional, pone de manifiesto tres posiciones autónomas, que se condensan en los casos Baena Ricardo vs Panamá serie No 71



del 2001; el caso Aptiz Barbera y otros vs Venezuela serie No 182 del 2008; y el caso Maldonado Ordoñez vs Guatemala del 2016<sup>179</sup>.

Los tres lineamientos jurisprudenciales, coinciden con la necesidad de respetar el debido proceso aplicado ya sea en el campo laboral o en el campo administrativo; también coinciden en que cualquier acción, por parte de los organismos públicos, debe estar sustentada en las pruebas objetivas, y que estas, a su vez, deben ser ampliamente comunicadas.

Estos tres organismos (C.C- C.E-CT-IDH) permiten visibilizar las posiciones autónomas en el desarrollo del eje de la investigación generando posiciones a favor o en contra dentro de las líneas jurisprudenciales, subyaciendo una visión comparatistas entre normas adscritas.

**\* Contraposiciones dialógicas (intrínsecas):** en el ejercicio de la investigación, se han presentado dos contraposiciones entre organismos jurisdiccionales (C.C y el C.E).

Corte Constitucional: El tribunal se esforzó por proteger el derecho al debido proceso y al principio de publicidad de los actos administrativos, en cuanto a la necesidad de motivar el llamamiento a calificar servicios en las fuerzas militares por parte de los comités o juntas asesoras, y a favor de los uniformados. Pero el precedente fue cambiando, a través de los salvamentos de voto, lo que implicó que tomara fuerza una tesis negativa.

La primera sentencia fue la T-265 del 2013 en el salvamento de voto de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la que se enuncia su divergencia en cuanto a las reglas

---

<sup>179</sup> Todos estos ya estudiados en el acápite: 2.1.2. Clases de Sentencia, metodología de la línea: criterios hermenéuticos de la Corte Constitucional.

tomadas hasta ese momento, por parte de la Corte Constitucional. Señala que la motivación adicional, del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios desnaturaliza el sistema jerárquico y piramidal de las fuerzas militares, dado que es un valioso instrumento con el que cuenta la administración pública para depurar la promoción de los uniformados. El acto administrativo de retiro discrecional está descrito en la ley, cumple en el tiempo de prestación de servicio y el concepto de la junta, siendo la consecuencia la asignación de retiro. Por otro lado, si se requiriera otra clase de motivación, se llevaría a la promoción automática de las fuerzas militares, generando un problema de sostenibilidad presupuestal.

Este salvamento de voto marcará la línea jurisprudencial en la corporación constitucional y en materia administrativa, pero en fechas posteriores se restringen aún más los Derechos Fundamentales de los servidores públicos de las fuerzas militares, situación que es advertida por los magistrados de la Corte Constitucional. En la sentencia SU 053 del 2015 en su salvamento de voto señala la magistrada María Victoria Calle Correa que:

“Las nuevas subreglas no prevén el derecho a ser oído durante el trámite administrativo, ni a conocer las razones del retiro antes de que este se produzca, como lo hacía la jurisprudencia previa. La sentencia sigue entonces el modo de actuar de la mamá pelícano: una vez más, mientras dice proteger los derechos de los afectados, disminuye sin justificación alguna el estándar de respeto por el debido proceso constitucional en este escenario”<sup>180</sup>

El cambio de jurisprudencia, se da cuando ya no es necesario ser escuchado en el procedimiento administrativo, ni se exige que se deben conocer las razones del acto de retiro, antes de que se produzca, desconoce el derecho de audiencia y defensa cobijado en el debido proceso.

---

<sup>180</sup>Salvamento de voto. Sentencia. Corte Constitucional SU 053 de 2015. Gloria Stella Ortiz Delgado.

En el salvamento de voto de la sentencia SU-172 de 2015 el magistrado Gabriel Mendoza Martelo se mantiene en la idea de legitimar la posición institucional de las fuerzas militares, señalando que el folio de vida no es óbice en la deducción del buen servicio o el mejoramiento institucional, porque el retiro de los uniformados dentro de la carrera militar, está cobijado por la presunción de buena fe.

En el salvamento de voto de la SU 091 de 2016 el magistrado Jorge Iván Palacio señala un uso debido del nivel de citación del precedente en la línea, restringiendo los derechos fundamentales de los uniformados, cambiando a una tesis positiva a favor de la administración.

La última contraposición dialógica interna se da en la sentencia SU 217 de 2016 de los magistrados Jorge Iván Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, en la que se muestran opuestos al fallo mayoritario porque el deber de motivar es un derecho al debido proceso a los uniformados. Sumado a ello señalan que al invertírsele la carga de la prueba al administrado es desproporcionado, toda vez que las actuaciones administrativas de estudio, y ascenso reposan en la administración, a su vez tienen un carácter de reserva legal, y por otra parte no son notificadas al uniformado, esto genera como consecuencia jurídica que el libelo probatorio nunca es entregado al servidor público, tan solo cuenta con su folio fijando, lo que resulta siendo una contradicción al derecho de defensa.

- Consejo de Estado: el juez administrativo tiene tres contraposiciones dialógicas. Son posiciones autónomas que fueron explicadas previamente<sup>181</sup>. Los tres precedentes marcan posiciones aisladas de la línea jurisprudencial en materia administrativa, que no son ni aclaraciones de voto, ni salvamentos de votos, pero si se manifiestan como contrarias a la Corte Constitucional. Su tesis mayoritaria se ha

---

<sup>181</sup> Radicados 3274-02 del 2003, 0505-04 del año 2010 y la 0779-11 del año 2011

mantenido desde la sentencia fundadora hasta la sentencia arquimédica, y en la que se manifiesta una tesis negativa en cuanto a motivar el llamamiento a calificar servicios manteniendo su estándar jurisprudencial.

**ii) La red dialógica horizontal intrínseca y vertical:**

- Corte Constitucional: en la red dialógica horizontal se relacionan la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, mientras que en la red dialógica intrínseca vertical solo se analiza la Corte Constitucional.

En cuanto a la red dialógica horizontal entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se analizan las sentencias la SU 053 de 2015, la 3274-02 del 2003 y la sentencia SU 172-2015 hasta la sentencia 3274-02 del 2003.

Por otra parte, de la red dialógica intrínseca vertical de la Corte Constitucional se deduce que la Corte Constitucional legitima sus decisiones en precedentes anteriores y muchas veces en posiciones autónomas o, simplemente se argumenta desde su explicación retórica sin necesidad de encontrar otros precedentes a esto se le denominó hermenéutica jurídica en blanco.

Consejo de Estado: La red dialógica intrínseca entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional: la primera red dialógica horizontal se encuentra en: del radicado No 5985-02 del 2004 a la sentencia C-525 de 1995 y en la sentencia C-072 de 1996. La segunda red está entre las sentencias 1065-10 del 2011 a la C-525 de 1995 y la sentencia C-072 de 1996. La tercera red está entre 0276-01 del año 2015 y la sentencia C-525 de 1995 y la sentencia C-072 de 1996. La cuarta red entre el rad.00387-00 del año 2016 (AC) a la sentencia T-172 de 2006, T-297 de 2009, T-723 de 2010, SU 053 de 2015, SU 091 de 2016. La quinta red entre el rad. 03447-01 (AC) del año 2016 a la sentencia T-297 del 2009 y SU 091 del 2016. La sexta red se da entre 1129-2014 del año 2016 a la sentencia SU 091 de 2016 y la sentencia

SU 217 de 2016. La séptima red 03187-00 (AC) 2017 a la sentencia SU 053 de 2015, SU 172 de 2015, SU 288 de 2015, SU 091 de 2016, SU 217 de 2016. La octava red del número de radicado 0318-14 del año 2017 a la sentencia C-072 de 1996, a la sentencia T-723 de 2010, SU 091 de 2016, SU 217 de 2016, octava red 0071-2010 de 2017 a la sentencia SU 091 de 2016. La novena red se da entre el rad. 0332-01 del 2017 a la sentencia 091 del 2016. La décima red se da entre 01109-00 (AC) del año 2017, a la sentencia C- 072-1996, SU 091 de 2016, SU 217 de 2016. La undécima red número radicado 0866-14 del 2017 sentencia SU 091 de 2016, SU 217 de 2016. La duodécima red entre 03172-00 (AC) del año 2018 a la sentencia C-525 DE 1995. Finalmente, entre el rad.4369-2014 del 2018 a la sentencia T-265 de 2013, T-723 de 2010, SU 091 de 2016, SU 217 de 2016, se da la red número 13.

En la red dialógica intrínseca vertical del Consejo de Estado, al igual que con la Corte Constitucional se produce hermenéutica jurídica en blanco, por falta de materiales propios o isotópicos que permitan el análisis.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos: es necesario señalar que, en materia interamericana, ni el organismo transnacional ha recogido un precedente intrínseco sobre el eje de la investigación, ni los órganos jurisdiccionales locales han acogido ningún precedente extrínseco, generando como conclusión un dialogo interrumpido o inexistente, dado que parece que el juez local desconoce la materia a que se predica a través del control de convencionalidad y la norma adscrita al deber de motivación desde el art. 8 CADH.

En este camino es necesario deducir que el juez interamericano legitima sus decisiones en otros precedentes anteriores y muchas veces en posiciones autónomas o simplemente se argumenta desde su explicación retórica sin necesidad de encontrar otros precedentes a esto se denomina, hermenéutica jurídica en blanco.

La CT-IDH, afianza una postura simétrica en cuanto al deber de motivar los actos administrativos discrecionales y la destitución de funcionarios públicos, desarrollando la regla del debido proceso administrativo y el principio del deber de motivar, que concluye al Estado del deber de diligencia<sup>182</sup> descansa en las obligaciones generales, en materia del Derecho Internacional y que se derivan del Art. 2 CADH, y su consecuencia jurídica en el Art. 1 CADH.

Por lo tanto, la investigación encontró un punto importante en el Derecho Internacional de los Derechos humanos ya que se ha establecido que el incumplimiento de las obligaciones internacionales materia derechos humanos en materia del principio vector de interpretación del deber de motivar, por la res interpretata concluye al Estado Colombiano en responsable por hecho ilícito internacional.

A manera de conclusión, la red dialógica horizontal y la matriz vertical, toman como argumentos sus propios pronunciamientos para mantener una construcción, en su precedente.

---

<sup>182</sup> LLORET FERRER, Jaume. La responsabilidad internacional del Estado y los derechos humanos. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. ISBN: 9788430932979 p. 52 “De este modo, un Estado no comete un hecho internacionalmente ilícito por el solo motivo, por poner un ejemplo, de que en el territorio bajo su jurisdicción hayan sido asesinada un conjunto de personas, vulnerándose el derecho a la vida; únicamente existiría un hecho ilícito internacional cuando el Estado incumpla sus obligaciones de prevenir y reprimir esos hechos”

#### **d. CONCLUSIONES DE LA ECOLOGÍA INTELECTUAL: MATRIZ HORIZONTAL REDES DIALÓGICAS INSTITUCIONALES JURÍDICAS Y MATRIZ VERTICAL**

##### **i) La Corte Constitucional de Colombia:**

El órgano constitucional, reconstruye en todos sus pronunciamientos del nicho citacional, un auto precedente, dando credibilidad solo a sus argumentos, en un nivel temporal se deducen dos momentos de acuerdo a la investigación. El primero entre (1995-2015) a favor de una tesis positiva de motivar los actos discrecionales de retiro de los uniformados en el llamamiento a calificar servicios y el segundo momento restrictivo- negativo que va (2015-2016) en donde el acto administrativo de llamamiento es un acto extra textual que no requiere motivación adicional porque la explicación se encuentra contenida en la ley.

Esto sirvió de sustento jurídico desde la sentencia SU 053 de 2015 y toma como argumento jurídico de autoridad al Consejo de Estado en el número radicado 3274-02 de 2003 para cambiar el precedente a una tesis negativa en la sentencia SU 091 de 2016 y consolidarlo en las sentencias SU 217 de 2016, SU 237 de 2019 definiendo la institucionalidad jurídica de las fuerzas militares y la discrecionalidad absoluta de los comités como de las juntas asesoras.

##### **ii) El Consejo de Estado de Colombia:**

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo, examina desde la sentencia fundadora de línea hasta su sentencia arquimédica (7413-1995 al número de radicado 1379-17 del 2019) se ha mostrado a favor de la discrecionalidad de la administración y en contra de la motivación adicional de los actos de retiro en el llamamiento a calificar servicios, expresa varias reglas interpretativas: i) no se debe motivar sus reglas porque están explicada en la ley, tanto lo que corresponde al

tiempo de servicio como al previo concepto de los comités o juntas asesoras, en consecuencia, da origen a la asignación del retiro ii) Es un valioso instrumento para cesar a los uniformados de la carrera militar, sino existiera significaría promoción automática de los servidores públicos, generando un déficit presupuestal. iii) Si el administrado presumiera que el acto administrativo es irregular o caprichoso se le traslada la carga de la prueba, con el fin de acreditar la desviación de poder. iv) La idoneidad y el buen desempeño acreditado en el folio de vida, no es óbice para decretar la nulidad del acto.

Por lo tanto, las interpretaciones generadas por el juez administrativo han estado en contravía a la del juez constitucional; no obstante, desde el número de radicado 00387-00 (AC) del año 2016 comienza a utilizarse el precedente, en el control concreto de constitucionalidad en las sentencias T-297 de 2009, T-723 de 2010, SU 053 de 2015, SU 091 de 2016 con el fin de legitimarse y de conciliar en una red negativa, frente al tema de investigación desarrollada anteriormente hasta la sentencia arquimédica.

### **iii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

En el tribunal interamericano, se ha mantenido a favor de la motivación de los actos discrecionales en la destitución de funcionarios públicos desde la sentencia fundadora de línea hasta la sentencia arquimédica,<sup>183</sup> se ocasiona desde la descripción del art. 8 CADH, la regla del debido proceso administrativo, hasta derivar el principio del deber de motivar. También se alude a los siguientes argumentos: i) El deber de motivación es una garantía de la correcta administración de justicia. ii) La decisión debe estar debidamente fundamentada con el fin de llegar a una conclusión. iii) Conocer las razones de hecho y derecho (motivos y normas), en que se basa la decisión para controvertirla amparado en el debido proceso legal,

---

<sup>183</sup> Tribunal Constitucional vs Perú No 71 del año 2001 hasta el caso Trabajadores Cesados de Petroperú vs Perú No 344 del año 2017.

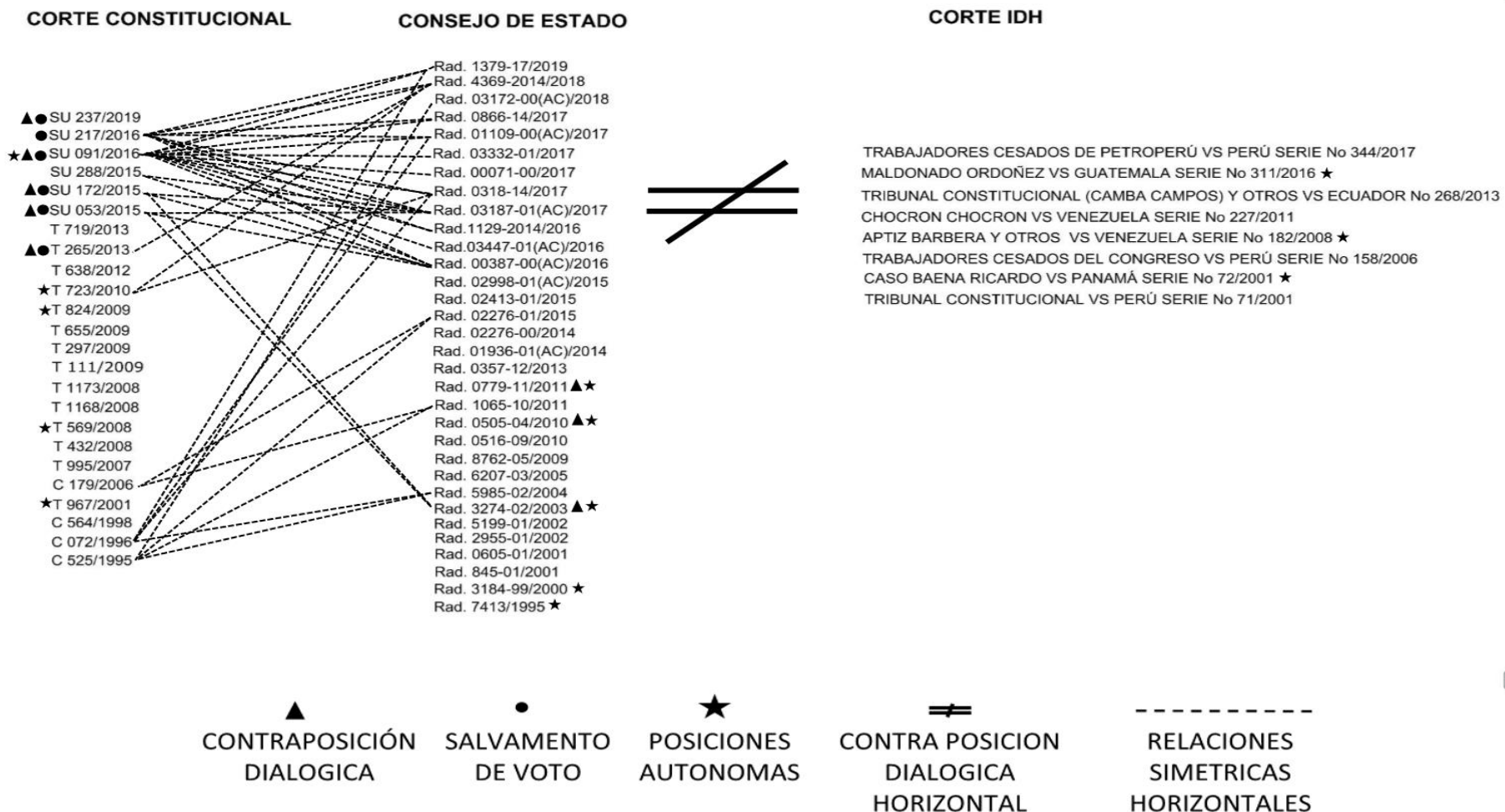


siendo aplicable a la naturaleza jurisdiccional como administrativa. iv) El fallo debe mostrar los argumentos de las partes y el conjunto de las pruebas analizadas.

De acuerdo lo anterior, la CT-IDH refleja la progresividad de su auto precedente, en materia de Derechos Humanos, sin necesidad de construir una red dialógica, pese al esfuerzo del juez interamericano de consolidar una regla y un principio a favor de motivar los actos discrecionales que desvinculan a los funcionarios públicos, determina una consecuencia directa, la progresividad los Derechos Humanos y un *ius constitucionalismo* latinoamericano o comunicabilidad constitucional

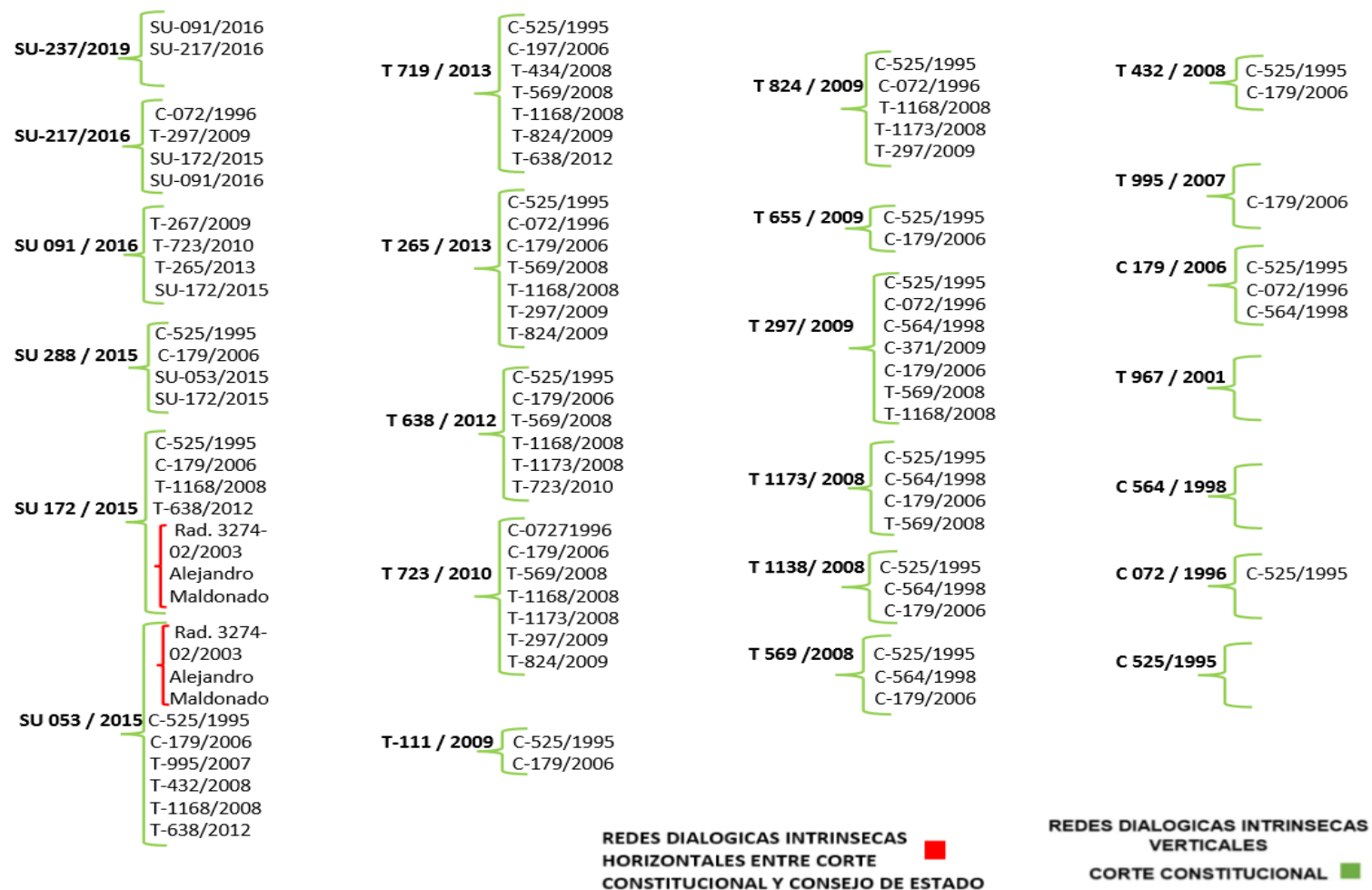
Gráfico 13. Redes dialógicas instituciones jurídicas

## REDES DIALOGICAS INSTITUCIONALES JURIDICAS



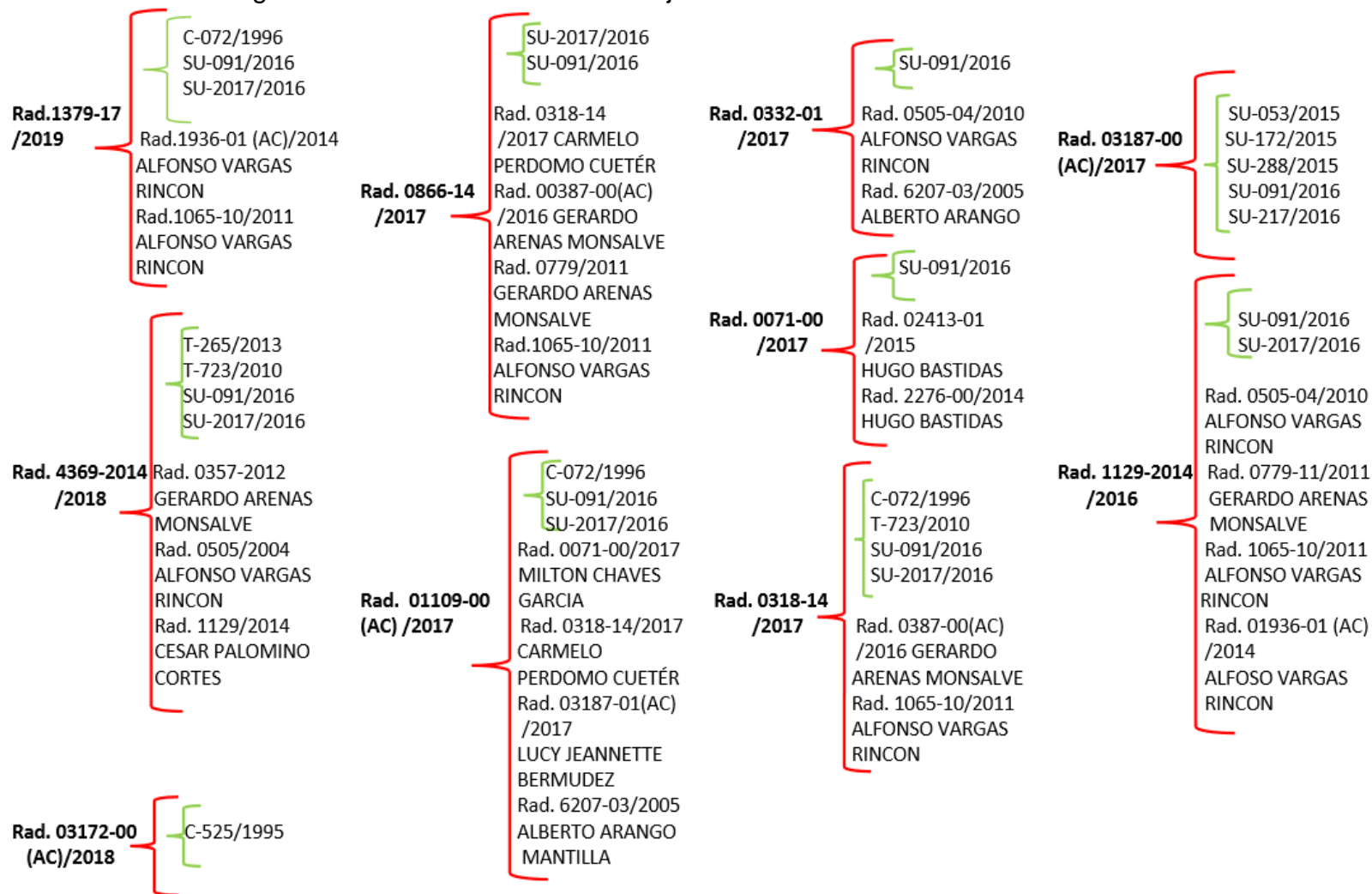
Nota: Fuente Elaboración propia

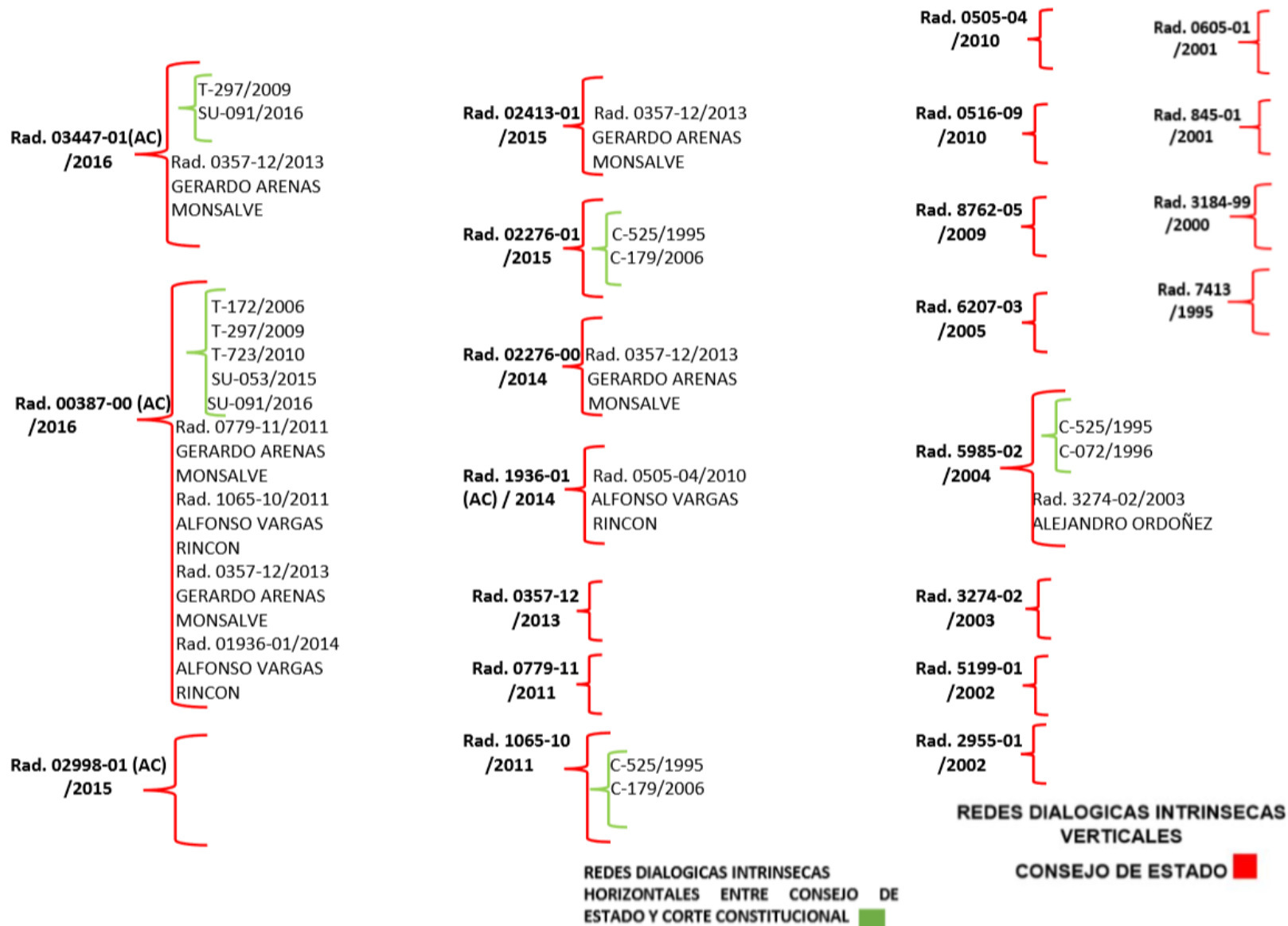
Gráfico 14. Redes dialógicas intrínsecas verticales Corte Constitucional



Nota: Fuente Elaboración propia

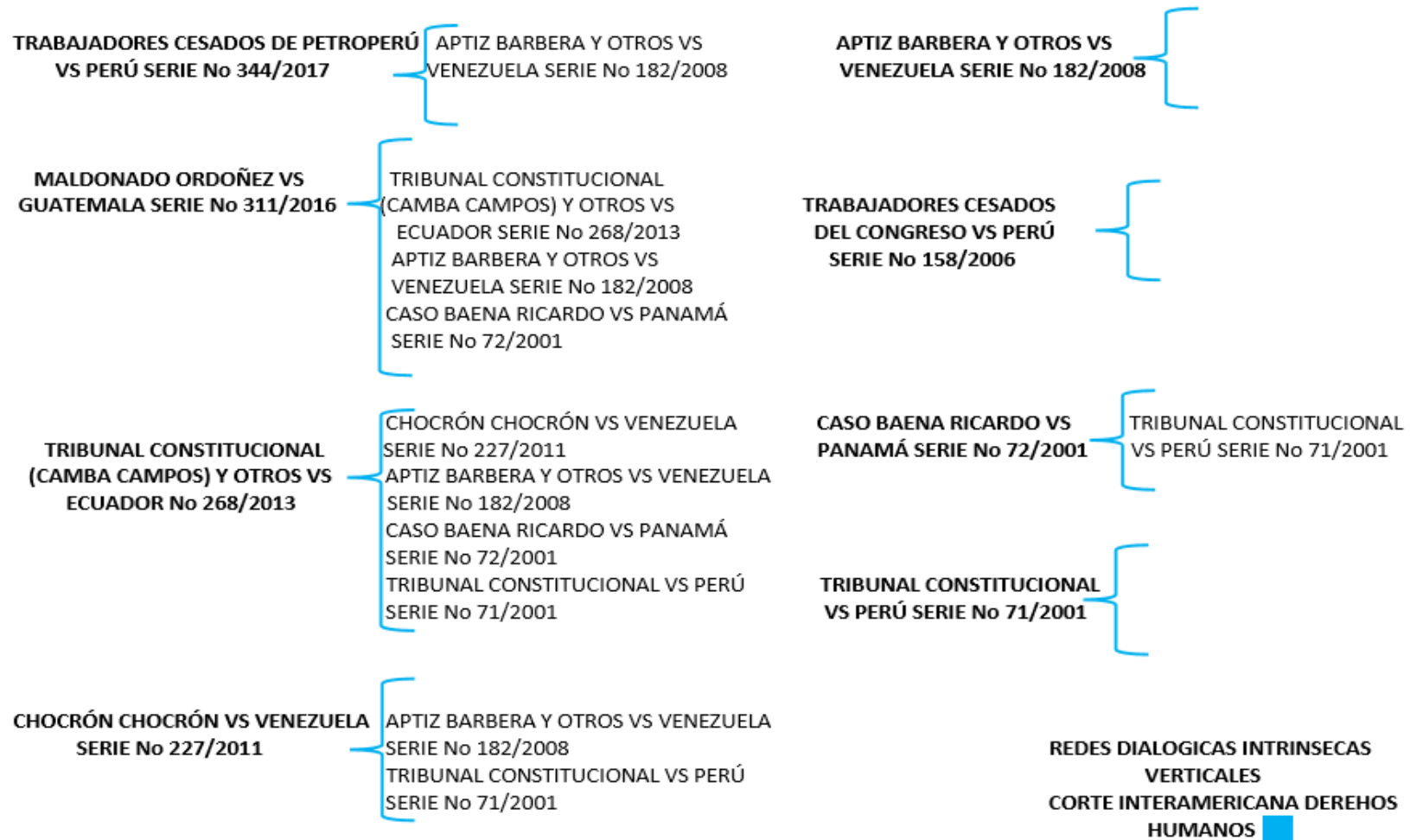
Gráfico 15. Redes dialógicas intrínsecas verticales Consejo de estado





Nota: Fuente Elaboración propia

Gráfico 16. Redes dialógicas intrínsecas verticales Corte Interamericana de Derechos Humanos



Nota: Fuente Elaboración propia

### 2.4.1. Responsabilidad internacional hechos ilícitos (subjetivo- objetivo)

En el campo del Derecho, la responsabilidad es una concepción social que se da por los daños derivados de una acción u omisión por parte de un infractor de las normas jurídicas. El antecedente histórico de la responsabilidad clásica parte del derecho romano *lex Aquilia de damno iuria datum*<sup>184</sup> que establecía la obligación de resarcir los diferentes daños que se han causado por la vulneración de un derecho subjetivo (siendo la facultad que tiene una persona para exigir, de otra, una determinada conducta).

La responsabilidad, se da en los actos jurídicos; precontractual, contractual, extracontractual o postcontractual, de acuerdo a los regímenes objetivo-subjetivo, y teniendo en cuenta el nexo causal, imputabilidad del daño y la compensación del perjuicio.

En el campo del Derecho Internacional, la responsabilidad tiene su nacimiento con breves intentos desde el caso de la fábrica Chorzow de la Corte Permanente de Justicia del 13 de septiembre de 1928, partiendo de un principio básico del derecho internacional e incluso, una concepción general que toda violación de un compromiso implica la obligación de reparar.

La sociedad de las naciones en la conferencia del 13 marzo al 12 de abril de 1930 en la Haya, intentó codificar el régimen de responsabilidad internacional, por los

---

<sup>184</sup> GUTIERREZ PANERO, Ricardo. Manual de derecho Romano. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2015. p.582-583. “la regulación de este delito, es una fecha incierta hacia 286 AC). Esta ley constaba de tres capítulos de los que revisten particular, interés el primero y el ultimo. El primero se refería a los casos que hubiera matado, injustamente-inuria- a un esclavo o animal ajeno y la sanción impuesta al infractor era el valor máximo que, uno u otro, hubiera alcanzado el último año. El ultimo, aludía a toda clase de daños sobre cosas animadas o inanimadas- quae anima carente-estableciendo como sanción para el infractor el pago del valor de la cosa dañada o destruida hubiera tenido el último mes- quanti ea res fuerit XX diebus promixis – El ejercicio de la actio legis Aquilae, comportaba, no solo el resarcimiento efectivo del daño causado-damnum emergens-sino también de la ganancia dejada de obtener, lucrum cesans”

daños causados a particulares y extranjeros y, aunque no tuvo éxito, fue un importante antecedente para intentar esclarecer los principios en materia internacional en la declaratoria de responsabilidad a los Estados. Luego Organización de Naciones Unidas en la resolución 799 (VIII) del 7 de diciembre de 1953 solicitó a la Comisión de Derecho Internacional, que iniciara trabajos con el fin de codificar los principios; no obstante, solo hasta 1996 se aprobó un proyecto en donde contenía normas de carácter consuetudinarias.<sup>185</sup>

Finalmente en el año 2001, a razón de la resolución 56/83 de la asamblea general del 12 de diciembre en el periodo 53 ordinario, por medio de la comisión de Derecho Internacional, se codificó y desarrolló la responsabilidad internacional por hechos ilícitos en su art.1,<sup>186</sup> es decir el Estado responde por infringir normas convencionales a los estándares internacionales a los que se ha comprometido defender, y no es requisito necesario la culpa o el daño, lo que genera y se aparta de la doctrina clásica de la responsabilidad internacional<sup>187</sup>.

La responsabilidad por hecho ilícito internacional se establece en dos elementos estructurales subjetivo-objetivo: i) Que sea un acto atribuible al Estado (reconocimiento internacional). ii) Que contravenga una obligación internacional (consuetudinaria-convencional).

La responsabilidad internacional por hecho ilícito internacional, se consolida en la teoría subjetiva del hecho internacionalmente ilícito y en la teoría objetiva del hecho ilícito internacional. La teoría subjetiva se deriva de la acción u omisión al incumplir

---

<sup>185</sup> CRAWFORD, James. artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos. p.4. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/Fn3kZC>>

<sup>186</sup> “todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”

<sup>187</sup> CRAWFORD, James. Op. cit. “consiste en que no se requiere en absoluto que exista culpa o dolo por parte del Estado para efectos de determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. Por supuesto ello no significa que la culpabilidad sea irrelevante en las normas relativas a la responsabilidad del Estado. Más bien, significa que las distintas normas primarias sobre responsabilidad internacional pueden imponer diversos grados de culpabilidad, que van desde la debida diligencia hasta la responsabilidad objetiva”



un determinado elemento de los tratados que se predicen por el Estado, tal como lo indica Hernán Valencia en su estudio sobre el Derecho Internacional:

“la responsabilidad internacional ha sido dividida de manera tradicional y acriticamente, en responsabilidad por hechos prohibidos (actos ilícitos) por el derecho internacional y responsabilidad por hechos no prohibidos (actos lícitos) por el derecho internacional. Esta segunda clase de responsabilidad es conocida también como responsabilidad objetiva, sin culpa o riesgo”<sup>188</sup>

El Estado se mantiene como la máxima autoridad de recepción, aplicación, adecuación e interpretación de las normas internacionales, siendo un sujeto activo que se compromete con el orden global. “Hoy ese Estado se ve desafiado por tendencias globales que trasciende las fronteras de los Estados nacionales y que hace mucho tiempo han agujerado los controles que el Estado nacional podría ejercer”<sup>189</sup>; por este motivo, al incumplir una norma consuetudinaria o convencional, en unos de sus agentes, es abocado a un régimen subjetivo de la responsabilidad internacional, que se representa a través de sus órganos y, que da lugar a la responsabilidad delegada.

La idea de que el Estado es un agente mediador, y por lo tanto todos sus actos deben tener un orden prescriptivo a la observancia en la conducta de sus agentes individuales o colectivos, cumpliendo las directivas de los compromisos internacionales, fue desarrollada por el jurista de la Haya Hugo Grocio en el siglo XVI XVII, y aún en la actualidad esta responsabilidad del Estado tiene fundamento normativo en el art. 2 del proyecto de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el art 27 de la Convención de Viena de 1969.

---

<sup>188</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho internacional público. Buenos Aires: Sánchez RI Ltda, 2016. p. 674.

<sup>189</sup> HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado Nacional. Mexico: Fondo de Cultura Económica. 1999. p. 191

La teoría subjetiva del hecho internacionalmente ilícito se manifiesta en los tres títulos jurídicos de imputación internacional, entendidos como las condiciones a las atribuciones del hecho<sup>190</sup> y que son: i) Responsabilidad de la función legislativa<sup>191</sup>. ii) Responsabilidad de la función judicial o denegación de justicia<sup>192</sup>. iii) Responsabilidad de la función ejecutiva<sup>193</sup>.

Entonces, será atribuible a él todo hecho internacionalmente ilícito cometido por uno de sus órganos, que son tales cualesquiera personas o entidades que, según el derecho interno, ejerzan funciones estatales, como son los constituyentes, las legislativas, las judiciales o de otra índole y pertenezcan al gobierno central o a una división territorial del Estado.

Sumado a lo anterior, bajo el régimen subjetivo, el Estado responde internacionalmente, por el deber de prevención y custodia de bienes de sus ciudadanos que cometan un perjuicio, en contra de otro Estado.

---

<sup>190</sup> RIDRUEJO PASTOR, Antonio José. Op. cit. P 578

<sup>191</sup> VERGARA MOLANO, Alberto. Derecho Internacional Público. Bogotá: Nueva Jurídica, 2013. Este mismo autor advierte que en términos del artículo 16 de la Conferencia de codificación del derecho Internacional, esencialmente el poder Legislativo del Estado puede originarle responsabilidad al mismo cuando promulga leyes contrarias al orden jurídico internacional o simplemente cuando no legisla sobre determinada materia, o no dispone los medios materiales necesarios para hacer efectiva una legislación habiéndose comprometida a ella en un tratado; o cuando no abroga una ley que resulta de sus obligaciones internacionales.

<sup>192</sup> Ibid. La responsabilidad del Estado por su órgano judicial presenta dos direcciones doctrinales bien diferenciadas. De una parte, está la que considera la responsabilidad por actos tribunales, cuando por sí mismos causan un ilícito internacional, es decir, cuando aplican mal un tratado o una costumbre internacional, o cuando aplicando el derecho interno lo hacen de tal manera que resulta violatoria de una norma internacional que se debe cumplir. De otra parte, se dice que hay responsabilidad internacional simplemente cuando se incurre en la figura clásica denegación de justicia.

<sup>193</sup> ROUSSEAU, Charles. Derecho Internacional Público. Madrid: Ariel, 1966. p. 372. El Estado es responsable de la conducta de todos sus agentes públicos, sin que quepa hacer distinciones a) entre la administración central y la administración local; o b) entre los diversos agentes por el Estado, según el cargo que ocupan la jerarquía administrativa. Por ello debe rechazarse la tesis, sostenida a veces en Iberoamérica, de que los funcionarios subalternos (menos oficiales) no comprometen la responsabilidad internacional del Estado, ya que carece de base jurídica y, en general, no es aceptada por la jurisprudencia internacional.

Esto deriva en tres títulos jurídicos de imputación internacional a los particulares<sup>194</sup> que corresponden a: 1. la responsabilidad del Estado por actos realizados por particulares; 2. las violencias de las turbas<sup>195</sup>; 3. la responsabilidad del Estado por la guerra civil<sup>196</sup>: Estos actos o títulos hacen denotar la simetría entre hecho y nexo de causalidad para determinar el régimen de la culpa, generando un acto de reparación in integrum ya sea al individuo nacional, extranjero o al Estado como ente legítimo social del orden de la nación.

En el régimen objetivo se identifica la responsabilidad *sine delicta*, esta es aquella que por una actividad lícita del Estado se causa un daño, no siendo indispensable la culpa y derivándose en dos caminos, a saber: la teoría de las actividades ultra peligrosas<sup>197</sup> y el abuso del derecho<sup>198</sup>, del primero vale enunciar como aquella aceptación donde potencialmente se genera un acto de un hecho dañoso por un riesgo creado, que persiste por parte del Estado en una presunción de responsabilidad a una potencialidad del daño, algunos ejemplos son; en la implementación y funcionamiento de centrales energéticas de Gabcikovo (Proyecto Gabcikovo-Nagymaros), o del caso Atolón de las islas Marshall (1954), en donde Estados Unidos explotó una bomba de hidrogeno provocando lesiones a pescadores Japoneses en alta mar.

---

<sup>194</sup> Como aquellos actos donde los individuos sin calidad de ostentar servidores públicos, causan un agravio en contra los representantes diplomáticos, ofensas contra los símbolos patrios o apología en contra del Estado.

<sup>195</sup> En principio desde 1920 home missionary society no es factible de predicarse una responsabilidad internacional al Estado frente actos sublevados y siendo que el gobierno ha demostrado prudencia y diligencia en contra actos de insurrección.

<sup>196</sup> Que se predica del hecho causado por la actuación perpetrada por los combatientes que genera una indemnización, y este erario solo se efectúa a los nacionales mas no a los extranjeros por pesquisa y ocupación

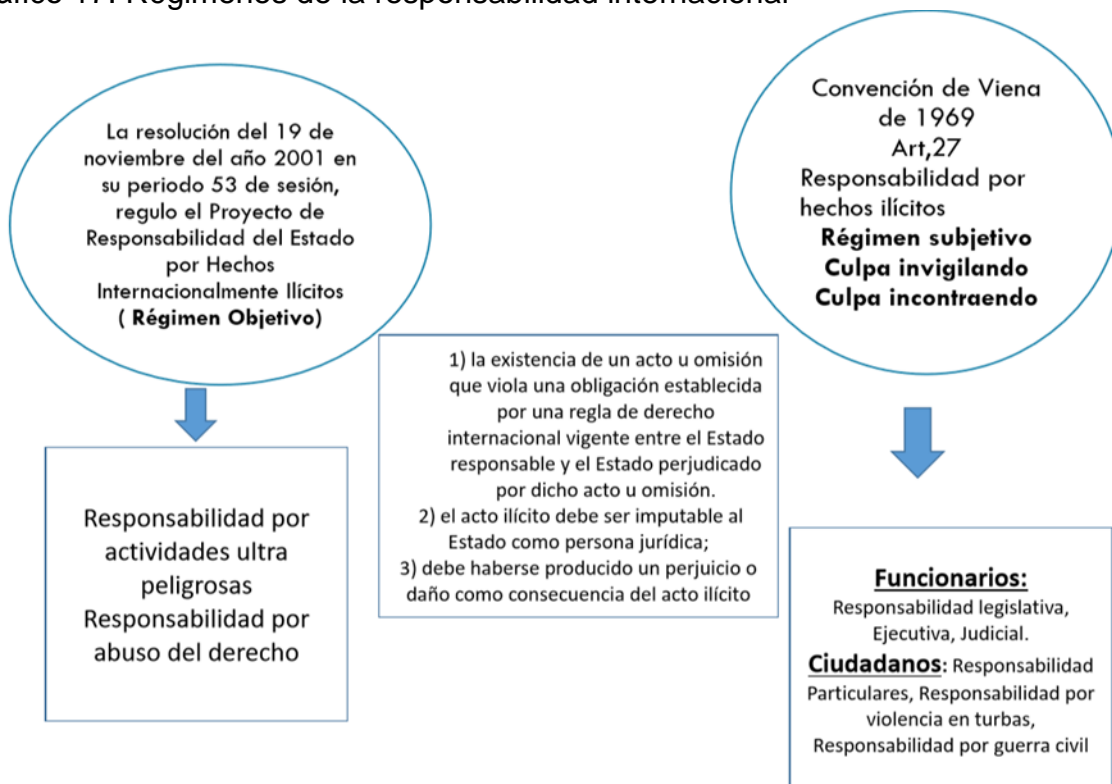
<sup>197</sup> Piénsese el convenio de Paris del 29 de junio de 1960, sobre responsabilidad en materia de energía nuclear o la convención sobre responsabilidad de los explotadores de buques nucleares Bruselas 1962, el convenio sobre responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares de 1971, el convenio internacional de responsabilidad civil causados por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos de Bruselas de 1969.

<sup>198</sup> GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El abuso del derecho internacional. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/2zf4vG>> i) clausura de puertos (caso Portendick 1835) ii) litigios por Estados ribereños iii) nacionalidad y condiciones de extranjeros (caso nottebohm) iv) Alta silesta y zonas francas.

El abuso del derecho se denomina como actividad lícita de un interés legítimo, basado en una norma legal, pero que afecta la presunción de buena fe de las relaciones internacionales o una norma consuetudinaria

El Estado que afecte a otros sustancialmente por medios de emanaciones producidas dentro de sus fronteras- ya sea pruebas nucleares, emanaciones, humos, materias que produzcan contaminación de aire o de aguas, o desviación de estas- no está abusando de sus propios derechos sino interfiriendo con los derechos de otros, pues lo que se infringe es la integralidad y la inviolabilidad territorial del Estado lesionado. El estado que hace esto incurre en violación del deber de no interferencia establecido por el derecho internacional consuetudinario, sentado en la forma general en la máxima: sic utere ut alienum non laedas

Gráfico 17. Régimenes de la responsabilidad internacional



Nota: Fuente elaboración propia

## 2.4.2. Responsabilidad internacional por Derechos Humanos

Immanuel Kant, a partir de su tesis sobre *la paz perpetua* quien propuso el establecimiento de un compromiso internacional por parte de las diferentes instituciones que sostienen al Estado, dentro del marco de una mesa internacional y en favor de órganos supranacionales superiores al Estado (naciones) individuales que componen dicha asociación. También es Kant quien sostuvo la necesidad de declarar la responsabilidad de proteger los Derechos Humanos a mecanismos internacionales a través de la figura del imperativo moral del derecho de gentes<sup>199</sup> y en la que todo derecho es realizable desde una visión universalista y ontológica del Estado:

“la comunidad- mas- o menos estrecha-que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado ya hasta el punto de que una violación del derecho, cometida en un sitio, repercute a los demás; de aquí se infiere que la idea de un derecho ciudadano mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes, y que de ese modo se eleva a categoría de derecho público de la humanidad, favorece la paz perpetua la esperanza de una continua aproximación al estado pacífico”<sup>200</sup>

Pero la idea de un organismo político-jurídico que garantice la convivencia armónica entre Estados en el siglo XX, fue estructurada por Kelsen, quien retoma la necesidad de un respeto recíproco de los principios universales, con el fin de prevenir conflictos bélicos internacionales, y a su vez un orden escalonado de los derechos:

---

<sup>199</sup> KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2008. “La paz perpetua (el fin último del derecho de gentes en su totalidad) es ciertamente una idea irrealizable. Pero los principios políticos que tienden a realizar tales alianzas entre los Estados, en cuanto sirven para acercarse al estado, no lo son, sino que son sin duda realizables, en la medida en que la aproximación es una tarea fundada en el deber y, por tanto, también derecho de los hombres y de los Estados”

<sup>200</sup> Ibid. 66-67

“en la conferencia dictada por Kelsen en la Universidad de Chicago en el año de 1954, avanza otros temas que entonces lo ocuparon en varios de sus obras: el principio de tolerancia, la democracia y la paz, [...] la aspiración de una organización internacional del Estado con iguales derechos gobernada por representantes elegidos y un tribunal mundial competente para dirimir los conflictos internacionales, como para la construcción de un Estado mundial”<sup>201</sup>

Durante la Segunda Guerra Mundial, nace en la conciencia colectiva de la humanidad la necesidad de la creación de los organismos internacionales, con el fin del resguardo de la paz perpetua entre Estados, y como bandera del respeto sistemático a los Derechos Humanos<sup>202</sup>, pasando de un ámbito filosófico a lo pragmático deliberativo y consensual.

---

<sup>201</sup> BORDA VILLAR, Luis. La teoría pluralista del Estado y la globalización. En: El derecho en el contexto de la globalización. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 148

<sup>202</sup> NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/91epkN>> “Considerando que la **libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana**; Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; Considerando esencial **que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho**, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; Considerando **también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones**; Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en **la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres**, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso; **LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.** (Subrayado fuera de texto)”

Los inicios del derecho procesal transnacional de los Derechos Humanos nacen en la Corte Internacional de Justicia, los Tribunales *ad – hoc* en Núremberg, Lejano Oriente, Yugoslavia y otros Sistemas Regionales de Protección<sup>203</sup> (Gozaini, 2014, p 20)

Posteriormente, la sustanciación del derecho internacional público se materializa a través de los acuerdos, resoluciones, convenciones, y protocolos sobre Derechos Humanos, estableciendo marcos comunes de entendimiento global, entre los que se destacan la restricción de la guerra, la persona humana en una garantía cosmopolita, la declaración de responsabilidad internacional por hecho ilícito internacional, y la consolidación de los derechos constitucionales fundamentales en los ordenamientos internos, dando apertura al fenómeno denominado como la humanización y universalización del derecho internacional.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, nace como las banderas para proteger a las víctimas, en posición de debilidad manifiesta de los atropellos o arbitrariedades perpetrados por el Estado, convirtiendo a los organismos jurisdiccionales internacionales en los guardianes de las normas internacionales, y del sujeto internacional (persona natural o jurídica).

Este espacio de comunicación o dialogo entre el Derecho Internacional y Estados nacionales se da gracias a un monismo internacional de los Derechos Humanos (Kelsen, El contrato y el tratado, 2007, p. 30)<sup>204</sup> lo que implica la necesidad de comprender una razón pública que comunique lo interno y lo externo, por ejemplo,

---

<sup>203</sup> Ver Gozaini Osvaldo. Derecho Procesal Transnacional. Mexico: tirant lo blanc.2014

<sup>204</sup> Kelsen también manifiesta que: “Todo tratado, incluso un tratado-ley, como el pacto de la sociedad de las naciones, es un acto jurídico (Rechtsgeschäft) es decir, un acto de aplicación del derecho, en cuanto aplica del derecho del derecho internacional general *pacta sun servanda*, o sea, en cuanto una norma superior al hecho de manifestaciones coincidentes, debe considerarse como jurídicamente obligatorio. Y todo tratado, inclusive aquel por el cual un Estado se obliga a una prestación completa, es un acto de creación de derecho y contiene una norma jurídica, a saber, la norma que regula la conducta mismo del Estado, que puede reducirse a un acto único de éste; sin ello el procedimiento no daría origen a un tratado obligatorio. El procedimiento “carácter obligatorio” es en verdad simplemente la norma jurídica producida por el procedimiento que consiste en la manifestación concordante en la voluntad (y que se llama igualmente tratado)” (2007)

la relación simétrica entre la declaración universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) y la ley fundamental de Bonn de la República Federal Alemana (8 de mayo de 1949) en la que se establecen los preámbulos y, en su parte dogmática, la necesidad de una paz mundial y el respeto a los Derechos Fundamentales como garantías primigenias en una organización mundial internacional.

En relación con Latinoamérica se produjo la conferencia de Chapultepec (8 de marzo de 1945) en la que se sentaron las bases para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y en la ciudad de Bogotá (2 de abril de 1948) la novena conferencia panamericana, dio vida jurídica al SIDH (Arias Ospina & Galindo Villareal, 2017, p. 18). También se adopta la carta de la Organización de los Estados Americanos (en la que se incluye todo el continente), y la declaración Americana de Derechos Humanos, haciendo necesario, la creación de una norma jurídica internacional que resguarde los Derechos Humanos a nivel regional y que haga parte del espectro del denominado bloque de convencionalidad.

En el aspecto local, tiene un doble papel (de lo constitucional a lo internacional)<sup>205</sup>, el modelo del derecho internacional desde abajo como lo propone Rajagopal (2005) véase como ejemplo la Constitución de Perú (12 de julio de 1979)<sup>206</sup> siendo pionera

---

<sup>205</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 2/82 (24 de febrero de 1982). párrafo. 29. “Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la convención americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independiente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como referente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, de ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”

<sup>206</sup> Artículo 101. “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional; **En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero**” (Subrayado fuera de texto) Artículo 105. “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional; No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”, **Artículo 305.** “Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que se es parte el Perú”



en Latinoamérica en reconocer los Derechos Humanos con jerarquía supranacional y prevalente, frente a los derechos constitucionales, declarando que cuando son vulnerados los derechos humanos (convencional) se puede recurrir a los órganos supranacionales cuando no encuentra respuesta en el Estado (Manili, 2005, p. 109) Comparte este lugar como pionera en el espectro interamericano la Constitución de México (1817) y su reforma constitucional del 11 de junio de 2011<sup>207</sup> en la que se circunscribe el favorecimiento de los Derechos Humanos, integrando criterios endógenos como son: los principios *pro personae*, el efecto útil, y la responsabilidad internacional del Estado a razón de los estándares del Sistema interamericano.

Este panorama, marca un nuevo escenario en la globalización judicial en torno al derecho internacional y los derechos humanos, también frente a los sujetos internacionales interamericanos como lo son los Estados, los ciudadanos, los Extranjeros y la comunidad internacional.

De esta manera se crea una nueva conciencia en los países americanos sobre las obligaciones internacionales en materia derecho humanos y la responsabilidad por hecho ilícito internacional de los Derechos Humanos como lo señala Jesús Arias: “el discurso de los Derechos Humanos se ha vuelto hegemónico en las condiciones de un mundo globalizado, al igual que referente legal y valorativo de la gobernanza global” (Arias Marín, 2016), en consecuencia las obligaciones internacionales cuya violación dan origen a una responsabilidad internacional, son las normas primarias,

---

<sup>207</sup> RAMÍREZ BECERRA, Manuel. Notas sobre la reforma Constitucional del 2011 en materia derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional. Derecho internacional Público. México: Porrúa, 2016 “en el sistema de recepción de los tratados, contenido en nuestra constitución y concretamente en el artículo 1 y 133 es muy claro el lugar de los tratados internacionales. En principio, la constitución en su artículo 1, reformado en junio de 2011, establece “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte” Y Por otra parte en su artículo 133 se dice “esta constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente por Presidente de la Republica, con aprobación del senado serán ley suprema de toda la unión” “Es decir, claramente se establece una jerarquía en donde los tratados, y más los que contienen normas de derechos humanos, tiene un lugar superior”

mientras que las normas secundarias son las que tienen el efecto de establecer las consecuencias de las obligaciones primarias.

El desarrollo doctrinario en la teoría de las obligaciones internacionales es escaso en materia derechos humanos, pero en sede interamericana se derivan del art. 1.1 y 2. CADH, teniendo como obligación general respetar<sup>208</sup>, garantizar<sup>209</sup>, adoptar<sup>210</sup>, es así que mediante la figura del control de convencionalidad no son solo vinculantes la convención y los demás tratados, sino los fallos que se dicte en el ejercicio de interpretación de la norma interamericana, siendo una expresión de la red dialógica en la comunicabilidad constitucional entre la CT- IDH., sus funcionarios jurisdiccionales y jueces (nacionales) con el fin de dinamizar los Derechos Humanos y Fundamentales.

“Con esto se plantea el despliegue del control de convencionalidad tanto en el plano de las leyes (control abstracto), como en el de los hechos, genéricamente designados en el fallo como “prácticas” (control concreto). Más aún, bajo esta clase de control, cobra una nueva dimensión hermenéutica el concepto de *violación per se de la Convención*, descrito dogmáticamente en la opinión

---

<sup>208</sup> “Constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir con o poner en peligro los derechos. Se trata de una obligación tendiente a mantener el goce y su cumplimiento es inmediatamente exigible cualquiera que sea la naturaleza del derecho. Ninguno de los órganos perteneciente a Estado, en cualquiera que sea la naturaleza de sus niveles federal, local, municipal) e independiente de las funciones (ejecutivo, legislativo y judicial) debe violentar los derechos humanos, ni por sus acciones u omisiones” SERRANO GARCIA, Sandra. Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos, 2013.

<sup>209</sup> Ibid. p. 111. “Garantizar tiene por objeto realizar el derecho y asegurar para toda la habilidad de disfrutar todos los derechos. Por ello requiere la remoción las restricciones a los derechos, así como la provisión de los recursos o facilitación de las actividades que aseguren que todas son sustantivamente iguales en cuanto a su habilidad en una sociedad. En este sentido la obligación de garantizar, implica para la en palabras para la Corte IDH el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, d manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”

<sup>210</sup> Ibid. p. 112. “Se refiere a la creación y adecuación de la infraestructura legal e institucional de la que depende la realización de los derechos. El cumplimiento de la obligación implica la adopción de medidas tendientes a plena efectividad de los derechos humanos, sean estas legislativas o de cualquier otro carácter. Se trata de una obligación progresiva, en tanto la total realización de los derechos es una tarea gradual”

consultiva 14 de 1994, y vertido como causa de la declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados Partes en numerosos fallos, por la violación de la Convención por medio de leyes, por acciones directas y por omisiones”<sup>211</sup>

Pero si no se acatan las obligaciones internacionales en materia Derechos Humanos y el control de convencionalidad, se genera la responsabilidad por hecho ilícito internacional. En el ámbito regional, la responsabilidad descansa en normas generales o primarias, en lo que se refieren a las obligaciones que tiene el Estado frente a la comunidad interamericana, siendo actuaciones imperativas morales. El respeto de los derechos esenciales del hombre" por parte de los Estados. Tal obligación se desprende del preámbulo y, entre otros, del artículo 3.k, 16, 17, 32, 44, 45, 46 y 136 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en concordancia con los preceptos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Gracias a esto, se coloca como proyecto de la Comisión derecho internacional, por responsabilidad internacional por hechos ilícitos en el art. 55, en el que se ubica al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una norma secundaria *lex especiales*, que marca las relaciones entre los Estados como un triángulo dimensional, facultando al individuo a demandar al Estado por incumplir sus compromisos internacionales, entre ellos, las normas de interpretación, reglas-principios, normas de procedimiento, legitimación para interpretar la petición de denuncia, la cesación del ilícito internacional, la reparación integral del daño, y finalmente, la armonización del derecho interno.

“La responsabilidad internacional del Estado por consiguiente ha cambiado radicalmente con el advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos que ha introducido ciertas normas secundarias como *lex specialis*; Este carácter especializado ha permitido de subsistemas de lo cual son

---

<sup>211</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/xfTkJd>>

representativos el sistema Europeo, americano y africano de derechos humanos, los cuales debido a sus normas secundarias pueden llegar a ser analizados como regímenes autónomos y especializados”<sup>212</sup>

En consecuencia en materia interamericana, la responsabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se desprende de las obligaciones generales y la obligación de reparación art. 63.1<sup>213</sup>, las primeras son los deberes de atención o actuación que tiene Estado con el Derecho Internacional, generando un efecto irradiador y dinamizador de los Derechos Humanos en el continente americano, mientras que la segunda es un efecto de declaratoria del daño o perjuicio.

Sumado a lo anterior, deben tomarse en cuenta las reglas convencionales interamericanas y principios que tejen para la protección personal de sus individuos sometidos a su jurisdicción, con el fin declararse responsable por sus actuaciones,

---

<sup>212</sup> CÁRDENAS LÓPEZ, Carlos Mauricio. La responsabilidad internacional del Estado: conceptualización del sistema general los subsistemas de protección de derechos humanos e interamericano. En: Instituciones de derecho administrativo. Tomo II. Responsabilidad, Contratos y Procesal. Bogotá: Ibañez, 2016. p.112-113

<sup>213</sup> “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”

o sus omisiones, para ello se requiere poner un estricto cuidado y atención en los principios preventivos<sup>214</sup>, investigativos<sup>215</sup>, sancionatorios<sup>216</sup>, y reparadores<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacre del Mozote y lugares Aledaños vs El salvador, (25 de octubre de 2012) (Fondo, Reparaciones y Costas párrafo 144 “Esta obligación implica el deber de los **Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos”**” (Subrayado fuera de texto)

<sup>215</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Garibaldi vs Brazil. (23 de septiembre de 2009) (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) párrafo 112-113-118 **“La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. La Corte ha sostenido que para cumplir con la obligación de garantía los Estados deben, no solo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en ese instrumento, como las alegadas en el presente caso y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humano el deber de investigar es una obligación de medios, y no de resultado. Sin embargo, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. (...) el deber de la obligación de investigar y el correspondiente derecho de los familiares no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos”**” (Subrayado fuera de texto)

<sup>216</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fleury y otros vs Haity. (23 de noviembre de 2011). Fondo y reparaciones párrafo 106 **“sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención”** CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Nademe Dorzema & otros vs Republica dominicana. (24 de octubre de 2012) (Fondo, Reparaciones y Costas) párrafo 184 **“prevenir razonablemente las violaciones de derechos humanos e investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción”, de manera que se pueda identificar y sancionar a los perpetradores de la violación y reparar a las víctimas”**

<sup>217</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantos vs Argentina. (28 de noviembre de 2002) (Fondo, Reparaciones y Costas) Párrafo 68. “Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. La naturaleza y el monto de las mismas, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. En todo caso, las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno” Sentencia.

La novedad en materia de responsabilidad internacional de los Derechos Humanos en el sistema interamericano, es la vinculación entre en los dos regímenes (subjetivo y objetivo), que convergen en un caso concreto (Estado-Ciudadano), cuando se dicta la sentencia acreditándose elementos como el acto, el nexo causal y el perjuicio por parte del Estado infractor.

El régimen subjetivo de los Derechos Humanos se da por las actuaciones de sus servidores públicos como lo son la responsabilidad de la función legislativa, la responsabilidad de la función judicial,( denegación de justicia) y la responsabilidad de la función ejecutiva, o por la omisión del deber de diligencia predicado por el Estado a nivel interno, en contra del estándar de las normas convencionales de la CT- IDH lo que permite decretar una eventual responsabilidad por hecho ilícito internacional, piénsese en el caso masacre Mapiripan vs Colombia serie c No 122 del 7 de marzo 2005.

En el régimen objetivo se da en la responsabilidad *sine delicta*, floreciendo un criterio sin daño, en cuanto se profieren normas, actos administrativos o jurisprudencias por parte del Estado y en contra de la convención o las normas adscritas interamericanas, en lo que persiste la presunción de responsabilidad bajo el abuso del derecho (piénsese en el caso “la última tentación de cristo” Olmedo Bustos y otros vs Chile. Serie 73 del 5 de febrero del 2001).

La declaratoria de responsabilidad internacional por la violación de los Derechos Humanos en la decisión judicial no solo sanciona al Estado infractor en el caso concreto, sino es pauta interpretativa obligatoria<sup>218</sup>, de la que se predica un efecto irradiador “ el efecto de irradiación de sus sentencias sería *erga omnes*, dado que todo Estado parte de la Convención que ha aceptado su competencia contenciosa

---

<sup>218</sup> Es necesario **que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal** Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284, Corte IDH Caso López Mendoza vs Venezuela. Sentencia de fondo, reparaciones y costas 1 de septiembre de 2011, Serie C No 233 párra. 228

y considerar su jurisprudencia más que como una pauta interpretativa, como un precedente obligatorio, incluso si fuese ajeno al proceso del cual emanó la decisión”<sup>219</sup> Así los demás Estados en cabeza de sus jueces, funcionarios jurisdiccionales y funcionarios públicos so pena de ser declarados responsables por idénticas causas o circunstancias deben aplicar en las decisiones el estándar de la CT- IDH al tener claro los diferentes principios, reglas e interpretaciones hermenéuticas dadas en la atención de la jurisprudencia dictada, estas son de obligatorio cumplimiento “la Corte recuerda que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte”<sup>220</sup>

Bajo este hilo conductor, en el sistema interamericano se señala puntualmente, el Estado Colombiano no acoge, ni interpreta, las decisiones que toma frente al deber de motivar los actos discrecionales de llamamiento a calificar servicios lo que implica la denegación de justicia<sup>221</sup>, al no tener certeza jurídica las reglas generales de un uniformado, que se encuentra en lista uno y una calificación de excelente dentro del ejercicio de la función pública, aun así es destituido de la carrera militar, incumpliendo las obligaciones internacionales en stare decisis del principio vector de la CT- IDH, conlleva potencialmente la declaratoria de responsabilidad por hecho ilícito internacional en materia de Derechos Humanos.

En otras palabras, persiste un problema de comunicabilidad constitucional, entre los estamentos internos y los internacionales. Así mismo, persiste una interrupción entre el principio de jerarquía funcional desarrollado (C.C- C.E) en contra de las

---

<sup>219</sup> TELLO MENDOZA, Alfonso. La doctrina del control de convencionalidad. Mexico: Fondo de Cultura Económica .2012. p 202

<sup>220</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche). (29 de mayo de 2014) (Fondo, reparaciones y Costas) párrafo 464.

<sup>221</sup> RIDRUEJO PASTOR, Antonio José, Curso de Derecho internacional Público y organizaciones internacionales. Madrid: Tecnos, 2015. p.557. “Dentro de la categoría genérica de hechos internacionalmente ilícitos internacionales, la figura proveniente de comportamientos del poder judicial que recibe el nombre genérico de denegación de justicia-merece, a nuestro, juicio, un análisis separado; Ello es así por la propia complejidad de los actos judiciales, siendo distintas, por consiguiente, las condiciones en que tales actos pueden comportar violación de una obligación internacional y entrañar, por tanto, responsabilidad internacional”

posiciones divergentes de las normas adscritas, desarrolladas en la interpretación de la línea jurisprudencial afianzada en la ecología intelectual. Este problema también es percibido, en la red la dialógica y en la matriz vertical, en la que se reglamenta el debido proceso administrativo y el principio del deber de motivación”<sup>222</sup>

En el caso concreto colombiano, al desatender o desacatar las reglas interamericanas, se está incurriendo en una falta grave tipificada como negligencia sobre la normatividad de los Derechos Humanos y Fundamentales, por un lado, en la Corte Constitucional sentencia SU 091 de 2016, SU 217 de 2016, SU 237 del 2019 como en el Consejo de Estado en el número de radicado 4369-2014 del año 2018.

Además subsumiendo al uniformado en una afectación grave en el derecho de defensa en la norma adscrita del juez constitucional y el juez administrativo a partir del precedente en el año 2016, en donde blinda jurídicamente a las decisiones administrativas del Ejército Nacional, el uniformado no conoce las razones que le llevaron a su destitución, la información cobra el carácter de reservada y confidencial, por tanto al recurrir a la tutela como mecanismo para la protección de los derechos fundamentales en contra del acto de retiro de llamamiento a calificar servicios, se señala que solo procede el medio de control en materia contenciosa administrativa, la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, bajo la causal de la desviación de poder.

El afectado sufre una vulneración desproporcionada de su derecho de defensa, porque no sabe las razones que llevaron a su desvinculación del servicio activo, presupuesto básico para cuestionar la actividad de la administración. Aunado a lo anterior, el demandante tiene

---

<sup>222</sup> Ibid. “La violación directa de una obligación internacional por un juez o tribunal genera la responsabilidad del Estado. En este supuesto es el propio hecho del ejercicio de la actividad judicial el que desencadena sin más la responsabilidad internacional del Estado demandante prueba alguna de que el juez ha obrado con mala fe o grave negligencia”



la carga de demostrar la desvinculación de la facultad discrecional, obligación que es muy difícil de cumplir dado que no tiene en su poder los medios de convicción<sup>223</sup>

El uniformado, no tiene medio de convicción, lo único que estaría en las manos del servidor público, es el folio de vida, pero aun así la idoneidad del servicio y el buen desempeño, es una presunción de la prestación de la función pública, que no genera estabilidad, ni limitan la discrecionalidad de la remoción en la carrera militar, por lo tanto, no es medio de prueba o indicio que tenga el peso probatorio para alegar la nulidad del acto.

Los antecedentes jurisprudenciales internos, en la figura administrativa de llamamiento a calificar servicios es una facultad discrecional absoluta de la administración, en donde la acción al ser justicia rogada le incumbe probar los supuestos de hecho y de derecho, y la carga de la prueba, igualmente al enjuiciar los actos preparatorios el juez administrativo agrega que no son demandables, solo el definitivo, y este último no se motiva o se explicita.

Finalmente, es necesario indicar que la actitud desplegada por el Estado Colombiano incumple una obligación internacional por parte de los órganos de cierre jurisdiccional (C.C - C.E) que eventualmente es factible determinar una responsabilidad internacional en el poder judicial, por la denegación de justicia, en cuanto al incumplimiento de la regla del debido proceso administrativo y el deber de motivación que se deriva en el campo de la presunción de la responsabilidad.

“a partir de la presunción judicial de atribución de responsabilidad, de las obligaciones inherentes a la protección de los Derechos Humanos, sean estas derivadas de la CADH, el protocolo adicional del corpus iuris interamericano de protección de tales derechos, del sistema universal y de aquellas normas o de *ius cogens* que son perentorias e imperativas a todos los Estados; La afirmación

---

<sup>223</sup> Sentencia. Corte Constitucional SU 217 de 2016. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado. Salvamento de Voto Jorge Iván Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva.

de esta responsabilidad sigue los fundamentos planteados en el derecho internacional público, determinando que se debe establecer una acción u omisión que represente el incumplimiento o la ineficacia en la garantía de los recursos efectivos y la plena realización de los derechos consagrados en la CADH, que puede ser atribuida al Estado por los hechos de sus agentes, servidores o funcionarios estatales, por actos desplegados, por sujetos preválidos de la condición de agentes del Estado, o por actos u omisiones con la aquiescencia del Estado, que deben ser objeto de la reparación integral en los términos del artículo 63.1 de la convención, garantizándole como elemento esencial el goce de los derechos humanos vulnerados y la materialización como componente de la reparación del logro de la garantía judicial eficaz de investigación, juzgamiento y sanción de los hechos que desencadenan la vulneración de tales derechos, en los términos del artículo 25 de la misma CADH”<sup>224</sup>

Con el fin de armonizarse con las obligaciones internacionales, y de evitar la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, la solución viable en la regla general se puede en dar dos sentidos, a saber:

La primera que va a ser desarrollada es formar una posición fuerte en la construcción de una carga argumentativa racional, a través del principio de proporcionalidad, en un caso concreto mediante la colisión de principios i) del debido proceso (motivado en la ley) derivada de la construcción de la línea de la Corte Constitucional- Consejo de Estado ii) debido proceso (expresando los motivos) aplicando el Bloque de convencionalidad- del derecho innominado o noma adscrita en la figura del llamamiento calificación de servicios

La segunda el control judicial dialéctico administrativo, en procura de una red dialógica intrínseca – extrínseca, frente a la desvinculación de los funcionarios

---

<sup>224</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando Jaime El concepto de convencionalidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 511-512

públicos de las fuerzas armadas en la causal del acto normas en que debería fundarse, generando esto una consecuencia simétrica con el estándar de la CT-IDH, teniendo en cuenta el principio de previsibilidad<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup> “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y específicamente, la convención. En este último caso, pude hacerle, por ejemplo, **omitiendo de dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico o contra él es indiferente para estos efectos**” CIDH. Opinión Consultiva Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13. Párrafo 26. (Subrayado fuera de texto)

### CAPITULO III

## 6. CONTROL JUDICIAL DIALÉCTICO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS

*“Un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos”*

*Ronald Dworkin*

### PRELUSIÓN

En este capítulo se resuelve el problema de investigación, proponiendo un control judicial al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, el cual es descrito desde la competencia del juez administrativo.

Para este propósito, se presenta una descripción de la figura administrativa de llamamiento a calificar servicios, a través de la revisión de las normas adscritas emitidas por la (C.C- C.E- CT-IDH) hasta la fecha. Se explica la naturaleza del acto discrecional en la validez y la eficacia normativa y adicionalmente, se propone una nueva forma de control judicial que se denominará *“dialéctico administrativo”*, tomando como referencia la filosofía idealista alemana de Fichte y Hegel.

La propuesta teórica, toma como eje central la función del juez contencioso, quien por medio del control judicial dialéctico administrativo, es el que debe examinar y aplicar las garantías constitucionales e interamericanas en caso de presentarse una anomalía, dentro de la actuación administrativa de ascenso para los Mayores que aspiran ascender al grado de Teniente Coronel, ya sea la decisión del retiro del servicio activo sin que medie justificación racional o, ascenso del personal no apto a los presupuestos legales.

## **SUMARIO**

3.1. PROLEGÓMENOS DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS  
3.2. VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO DISCRECIONAL  
3.3. CONTROL JUDICIAL DIALÉCTICO ADMINISTRATIVO.

### **a. PROLEGÓMENOS DEL LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS**

El consejo de Estado y la Corte Constitucional indican que el acto administrativo discrecional de llamamiento a calificar servicios no se motiva, lo que implica que el oficial uniformado, solo tiene un medio de control administrativo, el cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; adicionalmente, las matrices emitidas por el Ejército Nacional en el trámite del sistema de ascenso, no son enjuiciables jurisdiccionalmente porque son actos preparatorios, y solo es demandable el acto definitivo.

Al servidor público no le es posible conocer el motivo inicial, que impulsa la medida del llamamiento a calificar servicios, por lo tanto, la acción de nulidad que podría incoar carece de prueba fáctica lo que impide, en principio, la declaratoria de nulidad del acto, quedando expuesto a la improcedencia material de las acciones judiciales. La única posibilidad que tiene el administrado, frente a una posible violación de sus derechos, es la demanda por la vía contenciosa, mediante la causal de desviación de poder, entendida ésta como el no acogimiento de los postulados normativos, bien sea por intereses personales, privados, o cualquiera que no se adecue a los fines y propósitos perseguidos por el Estado. En palabras de García de Enterría, la desviación de poder:

“Es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de la técnica es el cumplimiento del concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia administración. Por eso, precisamente, es por lo que

el fin realmente perseguido es un fin privado del agente, sino que se extiende, como ya se ha dicho, a todos los casos que, abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa<sup>226</sup>”

Esta causal de anulabilidad no solo va en detrimento del aspecto formal de la legalidad del acto, sino que, genera un dolo en relación conductual o psicológico del administrado, ya que, en la aplicación del acto administrativo, es posible que el funcionario evaluador actúe con una finalidad personal, o el funcionario actúe bajo la sospecha de beneficiar a un tercero o grupo de personas.

El grado de afectación tanto material como psicológica del uniformado al ser retirado, se circunscribe en la aparente legalidad de la procedencia del llamamiento a calificar servicios, pero al ocultarse el verdadero motivo, que puede ser de origen caprichoso y subjetivo se genera, como consecuencia directa, la violación a la validez del imperativo legal y los derechos del administrado.

Se suma a la afectación, el hecho de que el administrado debe demostrar las pruebas fácticas que sustenten la desviación de poder, para derogar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios. No obstante, al servidor público se le niega el conocimiento de las pruebas que fundaron el procedimiento, por estar amparadas por el derecho a la reserva de la Institución, lo que, en todo caso, implica la imposibilidad de recabar pruebas válidas o eficientes que demuestren la irregularidad del acto. Al respecto, afirma Marín Hernández:

“Se ha dicho que el talón de Aquiles de la desviación de poder ha sido su prueba ciertamente una probatio diabólica, en la medida que supone la necesidad de llegar a la evidencia del fin espúreo que la infracción entraña, asunto siempre lleno de dificultad- que incluso puede en muchos casos tornarse en

---

<sup>226</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Op. cit. p.515

imposibilidad-, lo que convierte el aspecto probatorio en el problema fundamental de la desviación de poder, como lo reconoce prácticamente de manera unánime la doctrina”<sup>227</sup>

Así pues, las irregularidades que presente el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, no se sustentan en una norma escrita o estándar probatorio para demostrar su procedencia o improcedencia, esto puede ser causal de irregularidades en la actuación administrativa, bajo el entendido de que el desvío de poder solo procede cuando se logra probar. Así lo explica el Magistrado Jorge Iván Palacio, salvando voto en Sentencia SU-217/16:

“el afectado sufre una vulneración desproporcionada de su derecho de defensa, porque no sabe las razones que llevaron a su desvinculación del servicio activo, presupuesto básico para cuestionar la actividad de la administración. Aunado a lo anterior, el demandante tiene la carga de demostrar la desvinculación de la facultad discrecional, obligación que es muy difícil de cumplir dado que no tiene en su poder los medios de convicción”<sup>228</sup>

En este sentido, es necesario comprender la naturaleza discrecional de los actos administrativos, para verificar su validez y eficacia dentro de la función pública. A partir de dicha verificación, se plantea una propuesta teórica de control judicial alrededor del acto administrativo en donde se analice la discrecionalidad, con el fin de allanar el camino en la presentación de eventuales irregularidades de la figura, que podrían llevar, a su nulidad.

---

<sup>227</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. La discrecionalidad administrativa. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá- Colombia. 2007 p. 319

<sup>228</sup> Sentencia. Corte Constitucional. SU 217 de 2016 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado. Salvamento de voto Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva

## b. VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO DISCRECIONAL

El Estado se manifiesta desde la noción de la Ley, también desde la posición con sus administrados exteriorizándose a través de los reglamentos o los actos administrativos<sup>229</sup>.

Un primer acercamiento de la definición de acto administrativo, se encuentra en la Ley Federal alemana del procedimiento administrativo cuyo art. 35 indica que el acto administrativo, “es toda disposición, decisión u otra medida del poder público dictada por una autoridad administrativa para reglamentación de un caso individual dentro del ámbito del derecho público y destinado a producir efecto jurídico inmediato externo”<sup>230</sup>. Lo anterior, permite concluir que, la naturaleza del acto administrativo, es el que regula las relaciones de sus administrados, en la acción de la función administrativa (los hechos, operaciones, vías de hecho, y contratos) en el entendido que, está representado bajo el poder omnímodo del Estado. Por tal razón, se hace necesario, partir de la clasificación de la teoría de los actos administrativos<sup>231</sup> en

---

<sup>229</sup> “Para entender la maldición administrativista, conviene decir algo más sobre los reglamentos. Los reglamentos (bajo su variada nomenclatura de reales decretos, decretos, ordenes y ordenanzas) son siempre generales que contienen normas (...) Se comprende que el derecho administrativo se vea particularmente impelido a procurar la legalidad y la seguridad jurídica en las relaciones de este deus ex machina, sobre todo en las que traba con las personas privadas (...) Con ellos, el gobierno se propone atar en corto a la administración. Pero no como sujeta a una res brava: como una soga recia. Sino como ataron los liliputienses al gigante Gulliver: con una infinidad de finas lazadas cuya suma fue capaz de inmovilizarlo. Sin embargo, lo mismo intentaron los balleneros con Moby Dick con mucho menos éxito, pues sólo lograron que el leviatan arrastra consigo un fenomenal lío de arpones y cables y enredara en él fatalmente algunos de sus perseguidores. Y mucho me temo que la administración se parece mas una ballena que a un gigante, por su imponente masa corporal revestida de mucha grasa, por su aspecto inexpresivo y por su querencia a sumergirse en profundidades insondables cuando se sabe perseguida” Caballería Vaquer, Marcos. El discreto encanto del derecho administrativo. Editorial Tirant lo blanc, Valencia 2016. Pág. 11

<sup>230</sup> PEDRO ABERASTURY. Ley alemana de procedimiento administrativo. [En línea] Disponible en: <<https://bit.ly/2UndJ4X>> [Consultado el 23/02/2019]

<sup>231</sup> GARCÍA- TREVIJANO FOS, José Antonio. Los actos administrativos. Madrid: Civitas, 1986. p.184 “Estos tres tipos de contenido deben así conectarse con la gran división tantas veces citada entre actos discrecionales, vinculados y reglados, (...) sobre la existencia de partes regladas y partes discrecionales en la mayor parte de los actos administrativos, se puede trazar el siguiente cuadro: - **Actos de contenido vinculado.** No pueden contener un contenido eventual, ya que el necesario y el implícito están predeterminados de forma precisa en la norma, agotando, prácticamente, la especie. - **Actos de contenido discrecional.** En ellos, el contenido necesario está imprecisamente fijando en la norma, la cual utiliza conceptos indeterminados cuya unidad de medida deber ser prefabricada por la propia administración a través de actos no normativos. El implícito, o no existe o,



torno a la discrecionalidad, con el fin de comprender sus alcances y efectos jurídicos, lo que Pierry Arrau define como poder discrecional:

“hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la administración de un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar y qué contenido debe dar a su actuación. El poder discrecional consiste en la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer”<sup>232</sup>

Para ejemplificar el tópico de los actos administrativos discrecionales, se propone la siguiente clasificación: actos leves, moderados o fuertes:

**i) Discrecionalidad leve:** en estos actos, el legislador establece el supuesto de hecho a la función administrativa en la competencia legal, pareciera un acto reglado, pero deja al arbitrio del funcionario público, si se otorga o no la consecuencia jurídica. Es decir, cuando se aplica la figura del llamamiento a calificar servicios la medida de ascenso o desvinculación del uniformado, depende sólo de la función administrativa.

**ii) Discrecionalidad moderada:** En este acto el legislador da varias opciones jurídicas para resolver un caso concreto. Un claro ejemplo, es la teoría de los móviles y los fines del acto administrativo<sup>233</sup>.

**iii) Discrecionalidad grave o fuerte:** En este acto, el legislador no profiere conclusiones de ningún tipo, ya sean derivadas de un supuesto, de un hecho, o una consecuencia jurídica; como es el caso de las omisiones legislativas relativas, que hace alusión a la regulación defectuosa, incompleta, por parte del legislador,

---

aunque sea parcialmente vinculado no impide su carácter discrecional. - **Actos de contenido parcialmente vinculado y parcialmente discrecional.** Forman la parte más importante de actos en el mundo real, bien entendido que esta parcialidad puede afectar al contenido o a los demás elementos” (el qué, el cuándo y cómo)

<sup>232</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. El control de la discrecionalidad administrativa. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/NTSDA2> > p.161

<sup>233</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-426, 29 de mayo de 2002 [M.P. Rodrigo Escobar Gil]

facultando a la administración de un amplio arbitrio a la hora de resolver el caso.<sup>234</sup>

La subdivisión de los actos discrecionales, se relaciona ampliamente con la teoría discrecional reducida a cero, derivada del derecho alemán, “Ermessensreduzierung auf null”, la cual impone a la administración un único resultado, que este acorde con los derechos fundamentales, tal como lo señala Mónica Ibagón:

“La reducción de la discrecionalidad administrativa también puede ser determinada por los derechos fundamentales. En Alemania los puntos de partida de la determinación de la influencia de los derechos fundamentales en el ejercicio de la potestad discrecional de la administración son los artículos 20 inc. 3 GG y I INC 3 GG. Conforme al artículo 20 inc. 3 GG, el poder legislativo está vinculado al ordenamiento constitucional y el poder ejecutivo y el poder judicial están sujetos a la ley y al derecho. De forma especial, para los derechos fundamentales, la ley fundamental prevé en el artículo I, inc. 3 GG que los derechos son vinculantes para el legislativo, el ejecutivo y los jueces”<sup>235</sup>

En los Estados democráticos constitucionales occidentales, los derechos fundamentales son enunciados normativos que permiten concretizar las garantías ciudadanas y a su vez, imponer la obligación de un respeto universal entre la administración y los derechos del administrado con sustento de la norma constitucional, como se señala a continuación: “todas las cartas constitucionales, se ha dicho, son contratos sociales en forma escrita, pactos de convivencia alrededor de la que no se puede ser decidido y a lo que debe ser decidido en garantía de los derechos de todos y de la paz, que equivalen a la razón social y por ello al fundamento filosófico de instituciones jurídicas y políticas”<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar Fabián. La inconstitucionalidad por omisión una revisión jurídica. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/ikYJHQ> >

<sup>235</sup> IBAGÓN IBAGÓN, Mónica Liliana. El principio del Estado de derecho y los contratos Estatales la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p.117

<sup>236</sup> Ferrajoli, Luigi. Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo. Editorial Universidad Libre. Bogotá- Colombia. 2016. Pág. 29

Los derechos fundamentales, a través de la teoría de la discrecionalidad reducida a cero, dinamizan y cumplen el papel de ser mandatos imperativos para el ejercicio de la administración, aplicando decisiones más justas en cuanto al margen discrecional.

La reducción de la discrecionalidad se presenta, entre otros casos, cuando la administración no puede decidir entre diferentes opciones completamente válidas y legítimas en ejercicio de su discrecionalidad, porque de hacerlo, podría vulnerar el derecho fundamental a la igualdad, consagrado en la Constitución Política, razón por la cual, la única decisión válida posible para la administración, es aquella que garantice este derecho. Esta situación recibe el nombre de "reducción de la discrecionalidad a cero".

Es necesario empatar la discrecionalidad reducida a cero con el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, bajo el núcleo común de la nulidad y<sup>237</sup> anulabilidad,<sup>238</sup> y la facultad que se encuentra inmersa entre la validez y la eficacia. La relevancia de diferenciar estos conceptos, radica en la posibilidad de demandar el acto administrativo en la vía contenciosa, mediante la causal de nulidad en las normas que debería fundarse y la eficacia que produzca hechos concretos a la administración y al administrado. Así pues, al gozar de presunción de legalidad el acto administrativo, tanto la administración, a través de la anulabilidad puede declarar su invalidez o ineficacia; como también el particular, por vía contenciosa, puede solicitar su nulidad.

---

<sup>237</sup> “Es la situación del acto que existió jurídicamente, pero que el juez invalidó por haberlo hallado afectado por cualquiera de las causales instituidas para ello. La nulidad es consecuencia de la anulación que realiza el juez contencioso administrativo, con efectos de cosa juzgada” Berrocal Guerrero, Luis. Manual del acto administrativo Ediciones el profesional. 2016 séptima edición. Pág.543

<sup>238</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manuel del acto administrativo: Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina Bogotá: Librería Ediciones el profesional, 2016. ISBN: 9789587072747. p. 543. “Es la condición en que se encuentra un acto administrativo de poder ser anulado o invalidado por estar afectado por cualquier causal de nulidad, que como se dijo en Colombia por regla general no tiene grados. Es la situación que presenta el acto viciado de nulidad pero que, en todo caso, se presume válido y debe cumplirse mientras no sea suspendido, provisionalmente o declarado nulo, o derogado”

**Validez:** Esta tiene un contenido funcional, es decir, lo pronuncia el órgano competente de hacer las reglas (en este caso el Congreso) y, por otro lado, tiene un contenido procedimental, que se ejerce mediante un trámite pertinente, señalado en la misma norma que establece su producción jurídica en un sistema *autopoético*. Por lo tanto, la validez en los actos administrativos, esta subordina a normas superiores que determinan su nivel de sujeción, pensado en un sistema escalonado de producción normativa (Stufenbau u orden de sistemas escalonados), que determina, por un lado, el nivel coercitivo de cumplimiento de la norma y por otro, su objetividad. Esto permite una concepción de reglas imperativas, abstractas, impersonales, generales, donde cualquier ciudadano-Estado las conoce, distingue y cumple, lo cual permite una aplicación de reglas igualitarias para todos<sup>239</sup>.

“Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras del lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a esta, creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera”<sup>240</sup>

Por tanto, al agotarse las normas superiores, existirá una norma superior que no pueda sustentarse en otra, es allí en donde se dota de fuerza a la *Grundnorm*, la norma hipotética fundamental, siendo mecanismo metodológico de interpretación de la validez (Stufenbau u orden de sistemas escalonados), que establece la objetividad de las normas jurídicas. Esto se sustenta, en que el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, no solamente está sometido a las reglas de

---

<sup>239</sup> HOBBS, Thomas. El leviatán. [En línea] Disponible en: <<https://bit.ly/2NIJq6e>> [Consultado el 23/02/2019] p. 240 “Por tanto, allí donde no hay república, nada es injusto, porque la naturaleza, consiste en el cumplimiento de los pactos válidos, pero la validez de los pactos no comienza sino en la constitución de un poder civil suficiente para obligar a los hombres a su cumplimiento”

<sup>240</sup> KELSEN, Hans. KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. México: Universidad Autónoma de México, 1995. Pág. 45 ISBN: 9786072002982.

legalidad de orden nacional y constitucional, sino también a normas internacionales, en el caso concreto, CADH.

Kelsen, referido por Adolf Merkel, en la *teoría general del Estado*, afirma que:

“la función administrativa siempre es de carácter sub legal, es decir, de ejecución directa de legislación, y solo indirecta de la Constitución. También suministra una explicación lógica para determinar la validez formal de cada uno de esos niveles normativos”<sup>241</sup>

**Eficacia:** Esta produce efectos reales, concretos en los administrados, y se analiza con la causa y la finalidad del acto administrativo, permitiendo evaluar su operatividad, a través de acciones concretas de tipo jurídico y social, como lo refiere la Ley 1437 de 2011 CPACA (art. 91)<sup>242</sup>

Al no derivarse los presupuestos de validez y eficacia, el ciudadano puede ejercer un control de legalidad de la actuación administrativa, es decir, puede presentar los recursos por vía administrativa con el fin de que la administración subsane el error, o que la misma administración revoque su propio acto administrativo. En caso de no prosperar el control de legalidad, el ciudadano puede hacer uso de una segunda instancia o control jurisdiccional en materia contenciosa administrativa, aludiendo a los siguientes argumentos:

a) Falta de competencia<sup>243</sup> (validez),

---

<sup>241</sup> BREWER-CARIAS Allan R. Op. cit. p.33

<sup>242</sup> “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: 1) Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; 2) Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho; 3) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; 4) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto; 5) Cuando pierdan vigencia”

<sup>243</sup> Esta causal esta materializada en cuanto el funcionario no tiene la jurisdicción reglada para resolver la Litis, por tanto, es incompetente como lo enseña el art. 121 de la Constitución Política de

- b) Desconocimiento del derecho de audiencia o defensa (eficacia),<sup>244</sup>
- c) Falsa motivación (eficacia),<sup>245</sup>
- d) Desviación de poder (validez),<sup>246</sup> y
- e) Violación objetiva de las normas (validez),<sup>247</sup>

Lo anterior implica que, la decisión del juez en la vía contenciosa mediante el control de legalidad, impide la violación de los derechos del administrado y respalda la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos, propiciando la validez y eficacia del derecho, ideas provenientes del sistema jurídico del derecho francés,<sup>248</sup> materializado en el ordenamiento jurídico colombiano en los “controles judiciales”, en palabras de Carlos Mario Molina:

“estos controles permiten impedir la producción y el mantenimiento de un acto ilegal. Si el acto ha sido producido, el control está dirigido a impedir sus efectos jurídicos. Una vez se materializan los efectos jurídicos producidos, el control impide que continúen. El control está destinado también, a indemnizar los daños que pueda producir el acto ilegal”<sup>249</sup>

---

Colombia “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que atribuyen la constitución y la ley”

<sup>244</sup> Esta causal tiene que ver las reglas del debido proceso legal, el administrado tiene derecho a conocer el derecho audiencia y defensa, sea favorable a sus intereses o perjudica a su derecho.

<sup>245</sup> Esta causal es frente al conocimiento de la solicitud por parte del administrado esta se desprende en cuenta decisiones firmes y que no contengan errores de hecho y de derecho

<sup>246</sup> La intención entre el hecho el fin perseguido, debe ser proporcional, racional y legítimo, este dado en primera medida por el legislador.

<sup>247</sup> Al principio de legalidad se dan en dos sentidos, interpretación de la norma errónea por parte de la administración en cuanto esta fue clarificada por el legislador o el mayor juez de lo contencioso administrativo y segundo la jerarquización de la norma.

<sup>248</sup> MALDONADO BONILLA, Daniel. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009. ISBN: 9789586651462. p.20 “El modelo pragmático considera que los trasplantes jurídicos son herramientas para solucionar problemas concretos. El agente importador escoge, o el agente exportador impone un conjunto de normas o instituciones porque en otros contextos enfrentaron con éxito retos análogos a las que ahora se enfrentan. Los trasplantes son entonces interpretados porque quienes defienden este modelo como medios que permiten alcanzar un fin determinado, hacer más eficiente la administración de justicia, alcanzar el equilibrio macroeconómico o fortalecer el Estado de Derecho por Ejemplo”

<sup>249</sup> MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. El control de legalidad de los actos administrativos en Colombia. En: Revista Universidad de Medellín. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/d7RAom>>

El acto de llamamiento a calificar servicios en el campo administrativo, a pesar de tener naturaleza discrecional, debe ser objetivo y distinguirse los presupuestos del hecho, los móviles del acto, así como el fin que lo promueve. Estas características del contenido objetivo, son las que nutren al acto administrativo con presunción de legalidad, y legitimidad de la función administrativa.”<sup>250</sup>.

Por otro lado, la eficacia no puede ser entendida sin tener en cuenta los hechos reales y concretos, igualmente los derechos fundamentales del uniformado que surgen del acto discrecional. Por tanto, la labor del juez administrativo, es ejercer una revisión exhaustiva del trámite en procura de respetar el orden legal y los derechos fundamentales y humanos del uniformado.

Es importante aclarar que la figura del llamamiento a calificar servicios, está inmersa en dos connotaciones i) eficacia, ii) validez. Lo que se pretende es mantener la decisión de que la administración conserve el favor de la discrecionalidad al escoger el medio, ya sea de ascenso o retiro, bajo la figura de llamamiento a calificar servicios, so pena de que el juez contencioso administrativo decrete la nulidad del acto por la vulneración de los imperativos legales, constitucionales y/o convencionales <sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Teoría general del acto administrativo. Bogotá: Dike, 1995. ISBN: 9789589421017. p.5. “una vez emitidos los actos administrativos se considera que están ajustados a derecho, esto es, a las normas jurídicas que le son de obligatoria observancia y cumplimiento. Es una presunción *luris Tantum*, que significa que se puede probar en contrario, para cuando se demuestre que se contravino el ordenamiento jurídico. En esta medida, un acto administrativo dictado conforme a derecho se presume legítimo y conlleva a la ejecutividad del mismo. El fundamento de la presunción se encuentra en la celeridad y seguridad que debe reinar en la actividad administrativa, puesto que la legitimidad del acto administrativo no necesita ser declarada previamente por los organismos jurisdiccionales, ya que se entorpecería la actuación misma, que debe realizarse en interés público, el cual como es de dominio general, prima sobre el interés privado. Como contrapartida necesaria y lógica de su presunción de legalidad de los actos administrativos, la constitución nacional, y las leyes han reglamentado la teoría de las nulidades, han organizado acciones correspondientes y han creado jurisdicciones especiales para el juzgamiento de las irregularidades”

<sup>251</sup> HOBBS, Thomas. El leviatán. [En línea] Disponible en: <<https://bit.ly/2NIJq6e>> [Consultado el 23/02/2019] p. 240 “Por tanto, allí donde no hay república, nada es injusto, porque la naturaleza, consiste en el cumplimiento de los pactos válidos, pero la validez de los pactos no comienza sino en la constitución de un poder civil suficiente para obligar a los hombres a su cumplimiento”

### c. CONTROL JUDICIAL DIALÉCTICO ADMINISTRATIVO

La propuesta de un Control Judicial Dialéctico ante la figura de llamamiento a calificar servicios, surge a partir de la teoría del derecho administrativo constitucional que ubica como eje central de todo proceso al administrado (a la persona),<sup>252</sup> al que se le considera como sujeto de derecho intrínseco a su dignidad como persona. Así mismo, es fundamental el papel del juez administrativo<sup>253</sup> dentro del Control Judicial Dialéctico, como factor fundamental en la administración de justicia y en la defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

El control judicial dialéctico esta precedido por el juicio de integralidad<sup>254</sup> aplicado en materia disciplinaria, en donde la actividad del juez debe superar el control de legalidad y constitucionalidad del acto administrativo, aplicando un juicio sustancial con primacía de los derechos fundamentales y del ordenamiento constitucional y legal. Aunque su aplicación es en materia disciplinaria, se usa como tercer control en los actos administrativos de esta materia, luego del control de legalidad y constitucionalidad, haciendo semejanza con el propósito del control judicial dialéctico planteado, como forma de control del acto discrecional en un tercer nivel.

---

<sup>252</sup> “En definitiva, se trata de un derecho administrativo que tiene como eje, centro o pivote al ciudadano, a la persona o al administrado, provisto de una serie de derechos fundamentales y humanos que surgen de su dignidad intrínseca de derechos fundamentales y humanos que surgen de su dignidad intrínseca y que concibe a las administraciones públicas como depositarias de una serie de privilegios o de prerrogativas posicionales que deben estar al servicio exclusivo de manera objetiva, imparcial y neutral, de los administrados y no de los intereses personales o subjetivos de los funcionarios públicos – en cuanto orientadores temporales del poder- o del interés sectorial de los órganos públicos ( interés de la administración)”. Jinesta Lobo. Ernesto. Derecho administrativo constitucional y convencional “constitucionalización” y “convencionalización” Pág. 421 en perspectivas de una reforma: Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Enerhard Schmidt- Assman. Editorial Universidad Externado de Colombia.2016

<sup>253</sup> “Los jueces nunca han sido meros autómatas o entes pasivos, ni, como decía Montesquieu, “nada más que la boca que pronuncia las palabras de la ley incapaces de moderar su fuerza y vigor. Al contrario, los jueces siempre han sido los interpretes de la constitución, siempre sometidos a la misma ley, y a sus principios y valores” Brewer- Carias, Allan. Derecho administrativo. Editorial. Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 294

<sup>254</sup> Vease. Sentencia. Consejo de Estado sentencia de unificación 9 de Agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU). Consejero Ponente Willian Hernández Gómez. Actor Piedad Cordoba.



El Control Judicial Dialéctico administrativo, es un concepto que surge de la unión de la teoría dialéctica de Hegel, con la que se busca entender un postulado a partir de los contrarios; es decir, para Hegel no hay conceptos únicos, sino que ellos están mediados por la posición y la contraposición. Así, se toma como base en el objeto de estudio, la motivación dada en la ley en donde, no se necesita mayores razones de las que señala, sino el tiempo de la prestación del servicio por parte del uniformado 15 años y la asignación de retiro. Mientras que su contraposición, una motivación expresa en el aspecto fáctico como jurídico, para que se predique acorde con los estándares interamericanos, el llamamiento a calificar servicios en los militares, esto con el fin de buscar una solución armónica que no contradiga los estándares de interpretación de la validez y la eficacia del acto discrecional.

Para definir el Control Judicial Dialéctico, se parte de la triada dialéctica de Fichte-Hegel<sup>255</sup> (Tesis, Antítesis y síntesis). En Hegel, la dialéctica es la lógica del movimiento, las ideas o conceptos tienen contradicciones propias en la razón que se superan en trilogía ternaria.

El valor del control de juicio dialéctico administrativo reside en la confrontación de las posiciones de las normas adscritas de la C.C – CE en una tesis, mediante una antítesis en las normas adscritas CT- IDH y del resultado, el juez que propone una solución jurídica, una síntesis.

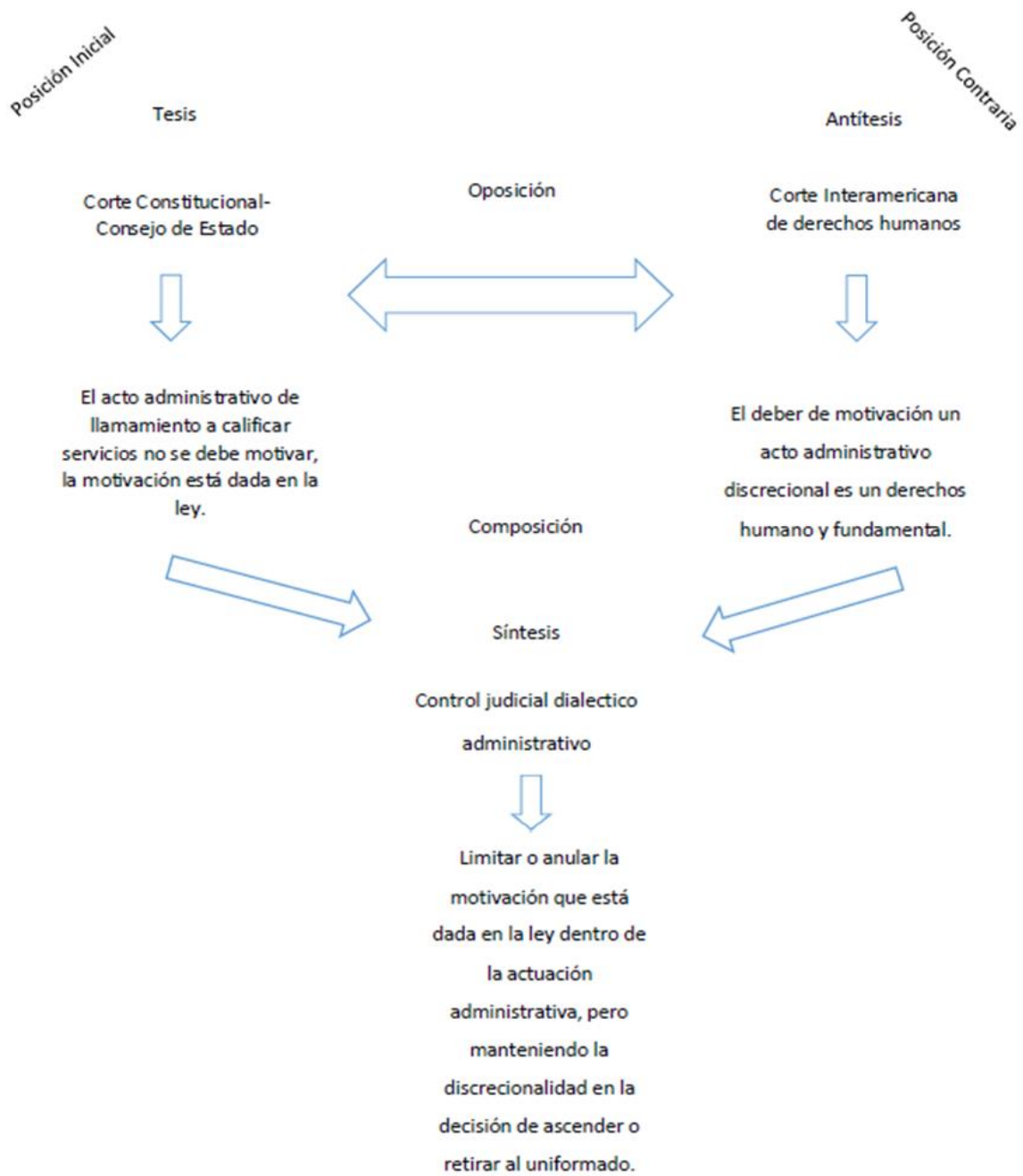
En el caso de esta investigación, la trilogía en mención se construye así:

---

<sup>255</sup> Hegel Friedrich Georg Wilhelm. Fenomenología del Espíritu. Fondo de Cultura Económica. Sexta reimpresión 1985. México. p. 8 “No concibe la diversidad de los sistemas filosóficos como el desarrollo progresivo de la verdad, sino que solo ve en la diversidad la contradicción. El capullo desaparece al abrirse la flor, y podría decirse que aquél es refutado por esta; del mismo modo que el fruto hace aparecer la flor como un falso ser allí de la planta, mostrándose como la verdad de esta en vez de aquella. Estas formas no sólo distinguen entre, sino que se eliminan las unas a las otras como incompatibles. Pero, en su fluir, constituyen al mismo tiempo otros tantos momentos de una unidad orgánica en lo que, lejos de contradecirse, son todos igualmente necesarios y esta igual necesidad es cabalmente la que constituye la vida del todo”

- a) Tesis: El acto administrativo de llamamiento a calificar servicios no se debe motivar, la motivación está dada en la ley. (Corte Constitucional- Consejo de Estado)
  
- b) Antítesis: El deber de motivación a un acto administrativo discrecional es un derecho humano y fundamental. (Corte Interamericana de derechos humanos).
  
- c) Síntesis: Limitar o anular la motivación que está dada en la ley dentro de la actuación administrativa, mediante un juicio dialéctico, pero manteniendo la discrecionalidad en la decisión de ascender o retirar al uniformado.

Gráfica 18. Trilogía de la investigación.



Nota: Fuente de elaboración propia

**i) Argumentos de la tesis: Corte Constitucional y Consejo de Estado:**

Como hemos visto a lo largo del segundo capítulo, en el escenario de esta investigación y con respecto a la figura de llamamiento a calificar servicios, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han derivado sus normas adscritas a partir de una actividad reglada, que se constituye en la tesis o posición inicial, y en la que se señalan los siguientes argumentos:

I. No es factible recurrir a la tutela como amparo de los derechos fundamentales en este caso, puesto que existe la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho para decretar la nulidad del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios.

II. La carga de la prueba para la procedencia de la declaración de nulidad del acto administrativo, le corresponde únicamente al uniformado<sup>256</sup>.

III. El oficial en la demanda en materia contenciosa administrativa, solo puede alegar la causal de desviación de poder<sup>257</sup>.

IV. El Consejo de Estado agrega que la idoneidad y el buen servicio, no son razones jurídicas, para que proceda la desviación de poder.

V. Los actos preparatorios no son enjuiciables en materia administrativa, solo el acto definitivo.

VI. Los actos preparatorios no son comunicados a los uniformados, puesto que tienen carácter de reserva legal y confidencial<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> Sentencia SU-091, 2016. Op. cit. “y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos”

<sup>257</sup> Sentencia C-179, 2006. Op. cit. “La atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso *sub examine* ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”

<sup>258</sup> estudio que realiza el comité es de carácter **CONFIDENCIAL**. No se puede divulgar la información de los estudios realizados” Directiva permanente 0379 de 2016. Ejército nacional de Colombia

VII. El acto definitivo de retiro de llamamiento a calificar servicios, no requiere una explicación adicional, en razón a que su motivación se encuentra en la ley; tiempo y concepto de la junta asesora del Ministerio Defensa Nacional.

ii) **Argumentos de la Antítesis: Corte Interamericana de Derechos Humano**

El concepto de ley en sentido amplio<sup>259</sup> nace a partir de una relación dialógica que se establece entre la Ley, la Constitución y la CADH. Por otra parte, el término ley en sentido amplio, se deriva de la normalización, al interior de las Constituciones Políticas de las normas y tratados que emanan del Derecho Internacional de los derechos humanos, tal como lo señala Eduardo Ferrer: “Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye el otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Cada vez son más los Estados latinoamericanos que lo han aceptado en su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y muy recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de Enero del 2010.”<sup>260</sup>.

El Estado Colombiano es proclive al derecho internacional, con mayor énfasis en los derechos humanos<sup>261</sup>, que no solo se fundan en un imperativo categórico de la

---

<sup>259</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Op. cit. “La ley (dentro del sistema constitucional) es la norma escrita superior entre todas (en el marco de la constitución, que como hemos visto en el precedente capítulo, es norma normarum, con supremacía general y absoluta), la que por ello prevalece frente a cualquier otra fuente normativa y no puede ser resistida por ninguna, en cuanto expresión de la voluntad popular, conforme indica el preámbulo de la Constitución”

<sup>260</sup> FERRER MAC- GREGOR, Eduardo. Op. cit. p. 121

<sup>261</sup> GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar Fabián. De la supremacía de la constitución a la supremacía de convención. *En*: Revista Verba Iuris. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2YJbP4O>> “Colombia aceptó el 21 de junio de 1985 presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno; El mismo instrumento reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el

norma constitucional, sino a su vez en una primacía de una tesis intermedia de aplicabilidad del derecho internacional, como criterios de la validez y la eficacia, inmerso en un bloque de convencionalidad, que se irradia en los actos administrativos<sup>262</sup>.

El servidor público (administración-jurisdiccional), como representante delegado del Estado, tiene que, además de vigilar el cumplimiento de la Constitución, conocer, estudiar y dar aplicabilidad material a la CADH en un caso concreto, de no cumplir con alguna de estas funciones, incurre en un error de derecho, que genera como consecuencia directa, el incumplimiento de las obligaciones internacionales y la responsabilidad por hecho ilícito internacional<sup>263</sup>.

Lo anterior constituye un nuevo paradigma en la aplicación del derecho, toda vez que traspasa la idea de un Estado Constitucional a un Estado Convencional de Derecho<sup>264</sup>, que exige revisar las normas legales, constitucionales y convencionales,

---

momento que lo considere oportuno. Que fue hecho Ley de la República mediante la Ley 16 de 1972, haciendo cumplimiento el Pacto de San José de Costa Rica”

<sup>262</sup> “Los jueces nacionales deben atender a este “bloque”, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una “viva interacción” entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad” Voto razonado Corte Interamericano de Derechos Humanos. Caso Cabrera García Montiel Flores vs México. Párrafo 50-51

<sup>263</sup> “el error de derecho (violación directa materializado en un acto administrativo constituye una violación flagrante o directa de la norma jurídica en razón a una aplicación indebida, una falsa interpretación o desconocimiento en absoluto de la ley, actuándose, como si la misma no existiera. Por su parte el error de hecho (violación indirecta) significa la justificación de un acto administrativo en un hecho falso o inexacto”. ARIAS GARCÍA, Fernando. Estudios de derecho procesal administrativo. Grupo Editorial Ibáñez. 2013. p. 85

<sup>264</sup> “En este último supuesto se configura el paradigma o modelo de Estado constitucional y convencional de derecho que parte de la premisa normativa de que la Constitución y los IIDH tienen *a priori* la misma jerarquía; y en el supuesto de colisión entre dichas fuentes, una prevalece sobre la otra solamente para el caso concreto sobre la base de ponderar el contexto e aplicación tomando como vector el principio *pro persona*. Existe una relación sincrónica entre ambos controles. A mayor control de convencionalidad interno por parte de los jueces y juezas locales, menor control de convencionalidad externo. A mayor garantía interna de los derechos humanos, menor responsabilidad internacional de un Estado” Gil Domínguez, Andrés. Estado Constitucional y Convencional de derecho y control de convencionalidad Editorial la Ley. Lunes 3 de abril de 2017.

en pro del respeto de los derechos de los ciudadanos, porque como lo refiere el Mg. Jaime Orlando Santofimio:

“Las autoridades nacionales de todos los órdenes y poderes no solo están llamadas a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una interpretación convencional, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no compatibles, o se correspondan con los mínimos consagrados en la convención Americana de Derechos humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional humanitario, o el mismo derecho de gentes”<sup>265</sup>

Es necesario resaltar que no existe un caso en concreto, o petición o denuncia en curso, que se encuentre en sede de la CT- IDH, por tanto, se utilizó el concepto de *res interpretata* como un criterio analógico de interpretación hermenéutica internacional para resolver casos similares en donde el juez Eduardo Ferrer Mac Gregor, señala:

“La eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana (*res interpretata*) deriva directamente de la obligación de los Estados Parte de la Convención del respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1º y 2º del propio Pacto, teniendo en consideración que, conforme a la propia Convención Americana, la Corte Interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y, aplicación de las disposiciones de esta Convención, que le sea sometido y dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, cuando decida que hubo violación de los mismos. Así, la aplicación nacional del estándar interpretativo interamericano asegura el mínimo de efectividad de la norma convencional”<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. 2003. Op. cit. p.277

<sup>266</sup> Caso Gelman vs Uruguay, 2013. Op. cit. Ferrer Mac- Gregor Poisot. Eduardo. Voto razonado Resolución de la Corte Interamericana de derechos humanos. Párrafo 53.

De acuerdo con lo anterior, se recepciona el eje de la investigación como pauta interpretativa del precedente interamericano que se extrae de la línea jurisprudencial desarrollada en el segundo capítulo, las normas adscritas frente al deber de motivar expresamente, la facultad de una actividad discrecional del Estado en cabeza de la administración debe estar adecuada a los derechos humanos y a los estándares interamericanos, que recaen en la investigación frente al trámite de la actuación administrativa de los Mayores que aspiran a ascender a Teniente Coronel y que se sintetizan a continuación:

I. El deber de motivación es una garantía de la correcta administración de justicia.

II. La decisión debe estar debidamente fundamentada con el fin de llegar a una conclusión.

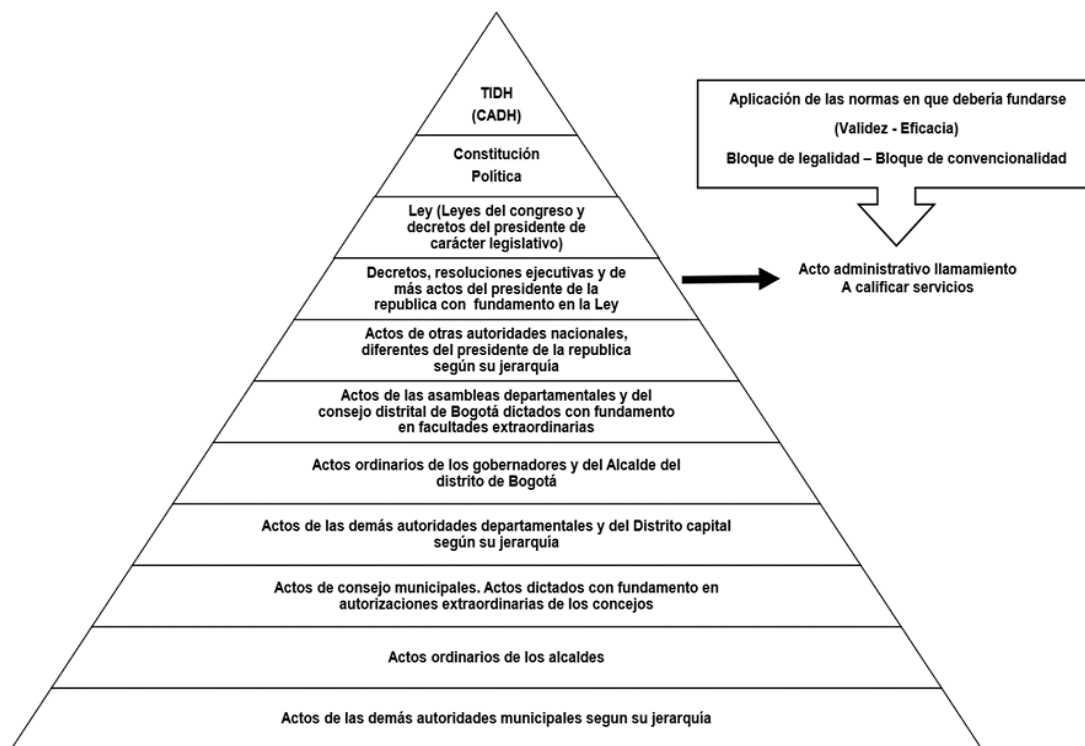
III. Conocer las razones de hecho y derecho, (motivos y normas) en que se basa su decisión para controvertir la decisión judicial, amparado en el debido proceso legal, siendo aplicable a la naturaleza jurisdiccional y administrativa.

IV. El fallo debe mostrar los argumentos de las partes y el conjunto de las pruebas analizadas.

La escala normativa de la que se ha venido hablando en esta disertación (Stufenbau), con relación a la expedición del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, se puede representar gráficamente de la siguiente manera:



Gráfico 19. Escala normativa, llamamiento a calificar servicios<sup>267</sup>



### **iii) Argumentos de la síntesis: Control Judicial Dialéctico Administrativo**

El servidor público retirado de la carrera militar, puede presentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto administrativo, con base en la misma

<sup>267</sup> Entiendase “Podría sostenerse que pasó a la historia constitucional del derecho occidental- en la mayoría de los Estados- el principio de la supremacía constitucional del derecho occidental- en la mayoría de los Estados – el principio de la supremacía parlamentaria (equivalente a soberanía del parlamento); principio con el que significaba que la ley era intocable por ser absoluta, como también forma parte de esa historia el aforismo latino *dura lex sed lex*. En el Estado moderno se abrió paso el principio de la Supremacía de la Constitución que “la constitución es norma de normas”. La Constitución es la normatividad de superior jerarquía a la que esta subordinada el orden jurídico infraconstitucional, siendo el tribunal o la Corte Constitucional el máximo interprete de la constitución. Esta afirmación categorica también ha comenzado a ser historia, a partir del momento en que el Estado Parte de un Tratado o convención internacional que reconoce Derechos Humanos adquiere obligaciones internacionales erga omnes de respetar y garantizar el pleno ejercicio”, porque queda sometido a la normatividad internacional, incluida la constitución. En este orden de ideas, podemos decir que “la convención americana de derechos humanos es normas de normas”. Rey Cantor, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes. Pág. 391-392. En El Control difuso de convencionalidad. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Editorial Fundap. Mexico. 2012

causal, la desviación de poder, o bien acudir a otra como desconocimiento de las normas en que debía fundarse.

Sea cual sea la causal empleada en la demanda, el funcionario jurisdiccional encargado de la acción jurídica, debe realizar un control judicial dialéctico administrativo de las medidas administrativas dentro del trámite de la actuación, es decir, no solo debe observar los hechos, pretensiones y las pruebas; sino que está compelido a realizar un examen riguroso de los argumentos empleados en el trámite de ascenso en aras de garantizar el respecto al debido proceso, en particular la efectivización del derecho de defensa.

En ese sentido, el juez contencioso se comporta como un guardián difuso de la constitución y convención, labor concerniente a los derechos fundamentales y humanos, en contra de los yerros o vicios formales y materiales que se presentan dentro de la actuación administrativa<sup>268</sup>.

En el campo de lo contencioso administrativo, pese a ser una justicia rogada,<sup>269</sup> el juez no solo se vale de las pretensiones solicitadas por las partes y las pruebas

---

<sup>268</sup> “en sede de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho es un control integral y pleno, que se aplica a la luz de la Constitución y del sistema legal como un todo, en los aspectos tanto formales como materiales de las actuaciones y decisiones sujetas a revisión, y no se encuentra limitado ni por las pretensiones o alegaciones de las partes. Como se recalcará más adelante, el mandato constitucional de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.), aunado a la prevalencia normativa absoluta de la Constitución Política en tanto norma de normas (art. 4, C.P.) y al postulado de primacía de los derechos fundamentales de la persona (art. 5, C.P.), obliga en forma imperativa a los Jueces de la República -incluyendo al Consejo de Estado y a la totalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa- a dar una implementación práctica integral a los mandatos del constituyente, y al sistema jurídico-legal vigente como un todo, en cada caso individual que se someta a su conocimiento a través de los medios ordinarios de control que consagra el CPACA” Sentencia. Consejo de Estado. Sección segunda, subsección A. Rad. 263 de 2013. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>269</sup> “En ese sentido, en atención al carácter de justicia o jurisdicción rogada que reviste a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el control de legalidad se contrae a los motivos de violación alegados por la parte actora y las normas que se señalen como vulneradas, en la oportunidad legal, por ser el libelo demandatorio un marco de referencia para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial. Entonces, es de la esencia del proceso contencioso en ejercicio de la acción de nulidad, la confrontación de los actos acusados con las normas superiores que se predicen como transgredidas, labor que no es posible realizar cuando lo que se dice violado y sus argumentos atacan actos distintos a los demandados, porque el juez no puede resolver sobre temas

entregadas que se predicen del acto administrativo discrecional, sino que también examina cada uno de los pasos que ejerció la administración frente al deber de motivar expresamente. En este punto el juez nacional se enfrenta a dos posturas,<sup>270</sup> ambas derivadas de las normas adscritas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en donde señala expresamente que el acto administrativo no se debe motivar, más de lo que está expresado en la ley; mientras que en sede Interamericana, se tiende a la motivación expresa de orden jurídico y fáctico, en el llamamiento a calificar servicios. Por tanto, el juez administrativo sopesa las diferentes resoluciones judiciales, mediante un criterio racional, para buscar una respuesta correcta en el ordenamiento jurídico.

Al presentarse una confrontación entre la CC-CE ante CIDH, el juez administrativo debe soportar el rol de juez Hércules (Dworkin), que exige una labor argumentativa por la textura abierta <sup>271</sup>de la norma legal, traspasando la frontera de las reglas a favor de los principios aplicados a la resolución del conflicto del acto de llamamiento a calificar servicios (motivación dada en la ley – deber de motivación) .

“El Hércules de Dworkin, este juez racional que toma los derechos fundamentales en serio, que domina el imperio del derecho, que se consagra en toda ocasión, y particularmente en los casos difíciles, a encontrar la respuesta correcta que se

---

que no le han sido puestos a su consideración” Sentencia. Consejo de Estado. Sección cuarta Consejero ponente Martha Teresa Briceño Rad.: 08001-23-31-000-2008-00777-01(19050)  
comprendidas las bicicletas? sin duda encontraríamos interpretes dando razones a favor de la aplicación de la palabra vehículo a este caso y otros argumentando que las bicicletas pueden circular libremente por el parque”

<sup>271</sup> Véase “Hart uso la idea de textura abierta formulada por F Waismann (Waismann, 1951). El argumento era que, dado que el significado está dado por el uso, las palabras (conceptos) es la capacidad de entender el mismo significado de la palabra (concepto) en cuestión. Del mismo modo, sin embargo, en muchas instancias la aplicación de esas palabras, (conceptos) a ciertos eventos en el mundo distará de ser obvia, y ello generará desacuerdo entre los hablantes competentes. En esta última circunstancia el hecho de no reconocer a un evento como una instancia de la palabra (concepto) en cuestión no constituye evidencia de que el hablante ignora su significado (al contrario de lo que ocurre en los casos claros, en los cuales se constituye la evidencia. En estos eventos en los que Hart, llamo penumbra del significado de la palabra (concepto) relevante, donde las diferentes opiniones acerca de su aplicabilidad pueden existir entre usuarios competentes del lenguaje en cuestión” Atria, Fernando. H I Hart y la textura abierta en el derecho. Pág. 380 en Anuario de filosofía jurídica y social.1999. Chile

impone. Su religión en efecto, es la unidad del derecho, que él debe fortalecer en cada uno de sus juicios- unidad en doble sentido: de la coherencia narrativa que mejor se adapta al estado pasado y presente del derecho, y de la jerarquía más satisfactoria de los principios de moral política compartidos con la comunidad en cada momento de su historia”<sup>272</sup>

El juez debe tener la capacidad de hacer juicios y buscar en el ordenamiento jurídico la solución correcta, con el fin de resolver la complejidad de un caso cuando las normas son insuficientes o incongruentes. Por tanto, recurrirá a los principios y su discrecionalidad para hallar la respuesta correcta.

Los principios actúan en el ejercicio jurisdiccional para encontrar una solución armónica entre lo justo y lo legal. En este sentido es interesante analizar que “El considerado más importante filósofo del derecho americano actual, Ronald Dworkin, hace girar su concepción del derecho en torno a los principios, concediendo especial importancia en ella, tanto a la defensa de la operatividad de la moral en el mundo del derecho, como a una sólida creencia en la idea de unidad de solución justa y, consecuentemente, en la plenitud del sistema jurídico”<sup>273</sup>.

Los principios para el filósofo americano “aluden a un estándar que debe ser observado porque es una exigencia de la justicia, la equidad u otra dimensión de la moralidad, y las directrices políticas que son un tipo de estándares que tienen algún objetivo económico, político o social de la comunidad”<sup>274</sup>, se dan un nivel extra-jurídico imponiendo derechos y obligaciones, siendo divergentes a las reglas que son (obligaciones de carácter prescriptivo).

Según el profesor norteamericano Ronald Dworkin, los principios poseen estas características:

---

<sup>272</sup> OST FRANÇOIS, Júpiter y HÉRCULES, Hermes: Tres modelos de Juez Revista Enseñanza de derecho año 4, número 8, 2007. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2KLMXzD>>

<sup>273</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Op. cit. p. 63

<sup>274</sup> DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 2013. p. 72

- i) Un peso
- ii) La respuesta correcta en el derecho se encuentra en el ordenamiento jurídico vigente (Hércules). Es así, que toma como ejemplo desde las sentencias de la Corte Suprema de justicia de Estados Unidos

(Henningsen v Blomfield Motors, Inc)<sup>275</sup> un sustento a su teoría jurídica a favor de los principios, “Los casos que cita incluyen Riggs v Palmer, donde el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo fue sostenido a pesar del claro lenguaje de las reglas legales que gobiernan las consecuencias de un testamento para excluir que un homicida herede de su víctima”<sup>276</sup>, la decisión establece un criterio moral, en donde están implícitos los principios en el universo jurídico; el juez tiene la labor de conocerlos, desentrañarlos y aplicarlos en la solución al caso concreto.

Los principios son factibles a que entren en colisión en un caso, que conlleva al juzgador la elección del principio para dar salida al conflicto, esto no significa que un principio sea más importante que otro principio, sino que se establece una

---

<sup>275</sup> Ibid. p. 74 Véase “Con la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede (o hasta qué punto) limitar su responsabilidad en caso de que el coche salga defectuoso. Henningsen había comprado un coche firmado un contrato donde se decía que la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a reparar las partes defectuosas, garantía ésta que expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías obligaciones o responsabilidades. Henningsen argumentaba que, por lo menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía quedar protegido por esa limitación y debía hacerse responsable de los gastos médicos y de otro orden de las personas heridas en un accidente. No pudo aportar ninguna ley ni ninguna norma jurídica establecida que impidiera al fabricante ampararse del contrato (...) En diversos momentos de su argumentación los jueces van apelando a los siguientes principios: a) Debemos tener presente el principio general de que, en ausencia de fraude quien no opta por leer un contrato no puede evadir sus consecuencias b) En la aplicación de este principio, es un factor de importancia de dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes c) la libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne d) En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso esta tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del publico han sido equitativamente tratados. e) ¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia? F) Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse la imposición de un pacto en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra”

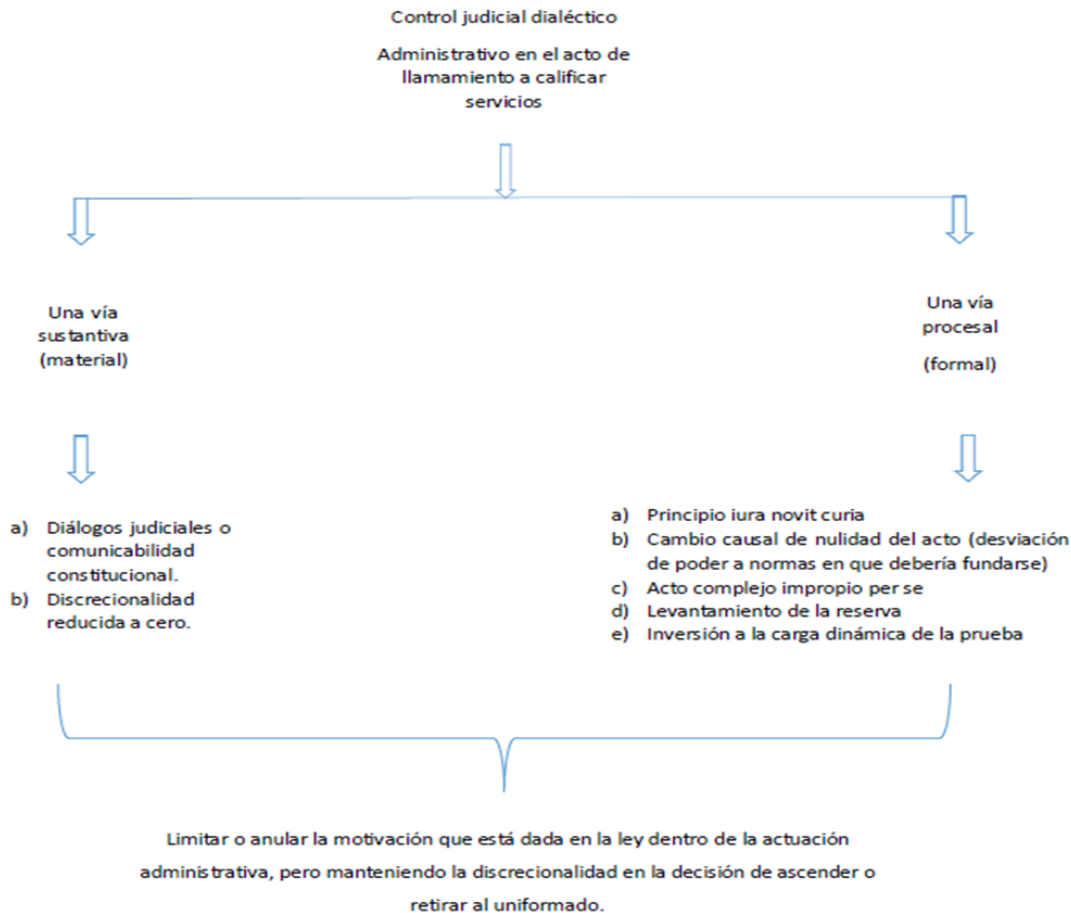
<sup>276</sup> HART, Herbert y DWORKIN, Ronald. Op. cit. p.122

simetría que corresponde a un valor de peso, por tanto, el principio no es aplicable en la solución práctica, manteniéndose vigente en el ordenamiento.

Los principios le permiten al juez armonizar el derecho vigente con las situaciones fácticas, encontrando puntos comunes y evolucionando las reglas en razón a que el derecho no es estático, sea por el paso del tiempo, por estándares políticos institucionales, o por las normas jurídicas internacionales, lo que sucede es que el juez pasó de ser “la voz de la ley” a ser un intérprete de la ley.

El juez contencioso, realiza el *control judicial dialéctico administrativo en el acto de llamamiento a calificar servicios*, en dos presupuestos: i) Una vía sustantiva (material), a través de las propuestas teóricas de los diálogos judiciales o comunicabilidad constitucional, y la discrecionalidad reducida a cero. ii) Una vía procesal (formal), a través del principio *iura novit curia* que faculta al juez, a realizar un cambio de causal de nulidad del acto de un vicio material a un vicio formal (desviación de poder a normas en que debería fundarse), a razón de que se examine la actuación administrativa de ascenso de los mayores que aspiran ascender a teniente coronel del Ejército Nacional, mediante el levantamiento de la reserva de los actos preparatorios o matrices, estos a su vez, se analizan con la finalidad de la medida, como un acto complejo impropio per se. Trámite definitivo, con el fin de que sea enjuiciable y que, como tarea final, se invierta la carga de la prueba a la administración en función del principio de la carga dinámica de la prueba, según el cual, quien está en mejores condiciones de acceder a la prueba, tiene la obligación de aportarla. En este caso, por tratarse de actos reservados, quien tiene la prueba es la administración y, por tanto, es ella quien está en el deber de aportarla.

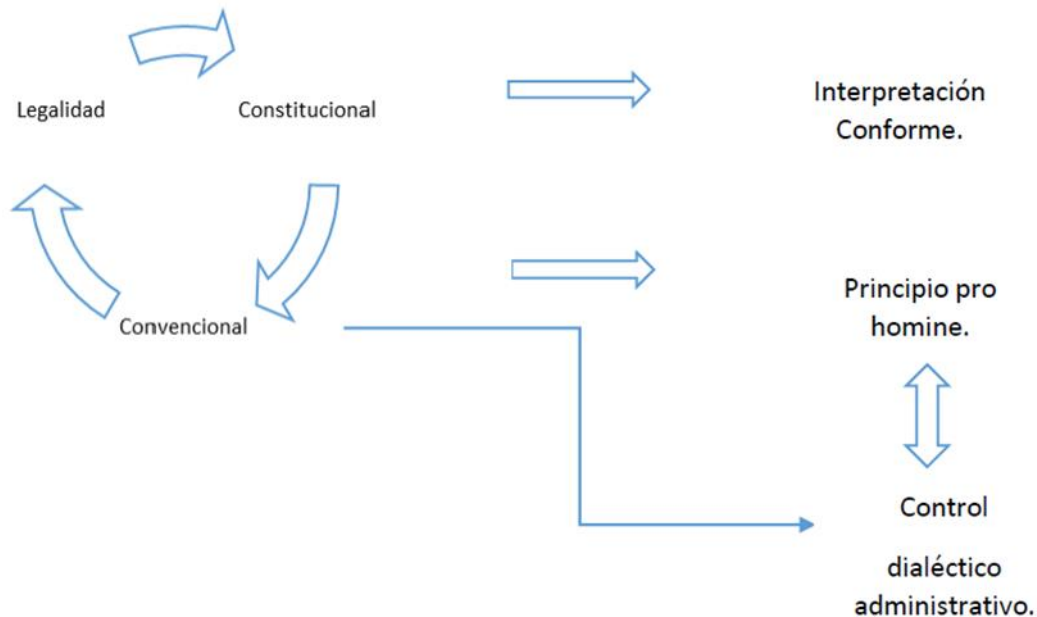
Gráfico 20. Presupuesto del acto de llamamiento a calificar servicios



Nota: Fuente de elaboración propia

**I) La vía sustantiva (material):** Armoniza el ámbito jurídico nacional con el internacional, interrogándose o preguntándose por la actividad de la administración frente al deber de motivar expresamente el retiro o ascenso, del miembro de las fuerzas armadas, en cada una de sus actuaciones. De este modo, verificaría si el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios está acorde con los postulados de los derechos humanos y fundamentales.

Grafico 21. Control dialéctico administrativo (material)



Nota: Fuente de elaboración propia

El método empleado no es persuasivo, sino argumentativo jurídico, dado que traspasa las fronteras del nivel teórico a un nivel práctico de la teoría de la comunicabilidad constitucional o los diálogos judiciales, toma como fuente la interpretación conforme y el principio pro homine, en un ejercicio analítico para realizar la labor de un control de la constitución y la convención<sup>277</sup>, como un ejercicio dialéctico administrativo; aplica la norma convencional que impone el deber a la administración de motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios y, al evaluar tal motivación, que tenga en cuenta lo que la doctrina alemana ha

<sup>277</sup> Entiendase “El control es aplicable a cualquier tipo de sistema de control constitucional existente en America Latina, sin que se dirija exclusivamente a los “jueces constitucionales”. Lo anterior debido, como lo trataremos de evidenciar, a que el contro difuso de constitucionalidad, no considste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad, sino que implica, en primer termino, tratar de armonizar la norma nacional con la convencional, lo cual significa realizar una interpretación conforme de la norma nacional con la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional( como estándar minimo) para desechar aquellas interpretaciones contrarias o incompatibles al paremetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un control de la interpretación que no cubra dicho parámetro. Y este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la inaplicación o declaración de invalidez de la norma inconventional, exclusivamente los jueces que dentro del sistema nacional tenga competencia para ello”. Ferrer Mac- Gregor, Eduardo. Interpretacion conforme y control difuso de convencionalidad “El nuevo paradigma para el Juez Mexicano” en Pág. 1111. En El Control difuso de convencionalidad. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Editorial Fundap. Mexico. 2012



llamado como “discrecionalidad reducida a cero.” (§45 VwVfg; §123 Abs. 1 S1 VwGO).

Así pues, al evaluar la legitimidad de la motivación y dado que el juez contencioso dispondrá de toda la información relacionada con las evaluaciones de los miembros de la fuerza pública que fueron evaluados a la par que quien demandó, de oficio deberá analizar si el demandante se encuentra en una situación similar o comparable a otra persona, respecto de quien se haya adoptado una decisión diferente (si fue ascendido o fue retirado del servicio), y verificar si existen razones justificadas para tal tratamiento diferenciado (art. 3 GG).

Por tanto, la primera tarea del juez, es observar la causa o el motivo en el procedimiento administrativo del sistema de ascenso, teniendo en cuenta los diálogos jurisdiccionales o la comunicabilidad constitucional y la teoría de la discrecionalidad reducida a cero, en donde se analizan las razones fácticas y jurídicas que originan a la administración a retirar o promocionar al servidor público.

“Por eso ha sostenido la doctrina que la motivación constituye un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto, en su sentido y alcance”<sup>278</sup>

La motivación consiste en exponer el conjunto de causas, bien sean internas o externas, que han determinado la adopción de un cauce de acción específica. En otras palabras, es la exposición de las razones que han determinado una decisión de la administración. Pero esta, no es una motivación formal, requiere una argumentación de fondo, el conocimiento de la causa de la desvinculación, y también las razones de hecho y derecho, entre la postura de la administración y los derechos del administrado, a favor de los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos, tal como lo señala Thomas Ramón:

---

<sup>278</sup> AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos de derecho administrativo general. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley, 1999. p. 208

[...] “la motivación es el punto de partida para distinguir entre arbitrariedad y discrecionalidad, cuando no existe motivación que sostenga un determinado acto, y ello, debido a que si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien lo adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho”<sup>279</sup>

La segunda tarea, es el deber del juez de verificar la observancia del buen servicio y el respeto, por el mérito de los uniformados en la carrera militar.

“En todo acto administrativo siempre existe un fin último, que es el resultado que la administración obtiene y que se relaciona con el interés general. [...] Debe existir una finalidad general de interés público, en todas las manifestaciones de voluntad de la administración, igualmente, debe existir una coincidencia entre la finalidad propuesta y la norma que la autoriza, finalidad que debe buscar el funcionario al hacer uso de la facultad”<sup>280</sup>

En Colombia los derechos fundamentales se han reconocido como factor que limita la discrecionalidad<sup>281</sup>, lo que implica una importancia trascendental en el acto de llamamiento a calificar servicios. Esto es válido, por un lado, en la participación del uniformado en el sistema de ascensos y por otro, en el ejercicio de la protección de sus derechos fundamentales, como es el caso del debido proceso y la igualdad, ya que al denegarse expresamente los motivos del retiro se genera la vulneración de los derechos fundamentales.

Es decir, permite dar claridad y transparencia al procedimiento en la vía administrativa, a su vez, el juez administrativo, mediante el control judicial dialectico,

---

<sup>279</sup> RAMÓN FERNÁNDEZ, Thomas. De la arbitrariedad de la administración. Madrid: Civitas, 2008. ISBN: 9788447028610. p.82

<sup>280</sup> AYALA CALDAS. Jorge Enrique. Op. cit. p.209

<sup>281</sup> Véase. Sentencia C-479 de 1992 M.P José Gregorio Hernández Galindo & T- 362 de 1997 M.P Carlos Gaviria Díaz.

salvaguarda los eventuales yerros que atentan contra los derechos fundamentales y los derechos humanos del servidor publico

**II) La vía procesal (formal):** El control judicial dialéctico administrativo establece un criterio procesal-formal en la acción de la nulidad y restablecimiento de derecho, al realizar la adecuación a los estándares jurisprudenciales interamericanos, en donde se faculta el cambio de la causal de un vicio material (desviación de poder) a un vicio formal (normas en que debería fundarse)<sup>282</sup> con base en el principio “iura novit curia”<sup>283</sup>

“tiene que ver con las irregularidades presentadas en la esencia del acto mismo, es decir su objeto, en sus motivos, en su finalidad: que determinan un quebrantamiento del ordenamiento jurídico [...] como vicios de fondo tenemos violación en las normas en que debería fundarse, y la falsa motivación del acto”<sup>284</sup>

Al quebrantarse los criterios de validez del acto, entre los que se destaca, las reglas interamericanas y constitucionales se generala declaratoria de nulidad del acto administrativo por un vicio formal (normas en que debería fundarse). Piénsese por ejemplo, en la expedición irregular de conceptos, ya sea por organismos o funcionarios incompetentes, o por la infracción de normas que deben convalidar el

---

<sup>282</sup> “Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de ***las normas en que deberían fundarse***, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, ***o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió***”

<sup>283</sup> “principio “iura novit curia”, el cual faculta al juzgador para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa petendi, con el fin de que la inadecuada escogencia de la acción por parte del actor no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo, estudiando o adecuando al asunto la acción que se debió escoger. Es decir, estudiando este asunto desde la óptica de la acción contractual. Asumir una posición contraria por parte de la Sala, sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 288 superior, en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma” Sentencia. Consejo de Estado. Sección tercera subsección, Rad.: 25000-23-26-000-2000-00961-01(25289) . Consejero ponente: Olga Melida Valle de la Hoz

<sup>284</sup> GUECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Editorial Ibañez, 2004. p. 234

acto<sup>285</sup>. Cabe destacar en este punto, como señala el Mg. Jaime Santofimio: “todo acto administrativo obedece necesariamente a unas circunstancias fácticas, y legales anteriores a su expedición”<sup>286</sup> es decir, el acto administrativo puede contener vicios formales.

El vicio formal no solo deriva en un yerro procedimental de la actuación, sino permite al juez establecer las diferentes causas de ascenso o retiro de los militares, coadyuvando los principios de transparencia y debido proceso que se desprende de las actuaciones administrativas.

El juez al revisar cada una de las actuaciones administrativas emanadas de los diferentes órganos colegiados tanto comité de estudios (CEM) y comité de ascensos, más el acta de la sección de ascensos, verifica si el acto administrativo, se encuentra acorde con las normas legales, constitucionales y convencionales, realizando un juicio de (validez), y a su vez un juicio de eficacia, en donde se analiza la causa y la finalidad del acto administrativo teniendo la observancia de los derechos fundamentales y humanos del uniformado.

El ascenso de Mayor a Teniente Coronel, se da en dos etapas dentro del trámite de procedimiento administrativo: i) en el comité de estudios (CEM) y ii), en el comité de estudio de ascensos, en donde dichas actuaciones administrativas son necesarias

---

<sup>285</sup> “En efecto, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla los vicios formales de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular, y como vicios materiales, su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. La peculiaridad de los vicios materiales a diferencia de los vicios formales, se centra en que no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración; por manera que la falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, en la intención con la cual la autoridad adopta una decisión para perseguir un fin diferente al previsto por el Legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario” Sentencia. Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección A, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 25000-23-25-000-2011-00521-01(2593-13).

<sup>286</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. 2003. Op. cit. p.175

para explicitar los medios de prueba y el levantamiento de la reserva para el ascenso al grado de Teniente Coronel.

En primera instancia comienza a estudiarse, a) la información básica de oficiales y suboficiales, b) el Programa personal de desempeño en el cargo, c) el folio de vida, d) la evaluación de inteligencia y conRAINTeligencia, e) la evaluación 360°, conjuntamente f) los niveles de calidad en acciones (positivas-negativas), que determina la evaluación y clasificación de la lista del uniformado, este resultado que es valorado por parte del comité de estudio CEM genera la matriz, que concluye en la circular que evidencia tan solo la decisión. Así se tiene los llamados al curso CEM y los retirados del servicio, para la entrega de dicho estudio al DIPER, mediante un BACKUP que es de carácter confidencial.

En segunda instancia se da mientras se aprueba el curso CEM, paritariamente el comité de estudio de ascenso analiza: a) la información básica de oficiales y suboficiales, b) el programa personal de desempeño en el cargo, c) el folio de vida, d) la evaluación y clasificación de los oficiales, e) los procesos de sanidad y Justicia, conjuntamente, f) los niveles de calidad en acciones (positivas-negativas), determinando la evaluación y clasificación de la lista del uniformado; el comité de estudio de ascenso elabora la matriz que es confidencial o reservada y con el resultado, este mismo comité se encarga de elaborar el acta de la sesión de ascensos, que luego es remitida a la Junta Asesora de Ministerio Defensa Nacional, con el fin de dictar el acto administrativo definitivo, para el ascenso o llamado a calificar servicios de los miembros de la fuerza pública.

Todo lo anterior, refleja que el trámite de la actuación administrativa de ascenso es impulsado por el DIPER (Ejército Nacional) que nombra los órganos colegiados cuya función principal, es realizar un estudio objetivo del ascenso de los oficiales del grado de Mayores, que aspiran ascender a teniente Coronel. El Comité de estudio CEM, y el Comité de estudio de ascensos, tienen como tarea principal estudiar el folio de vida y la evaluación en consonancia con el número de plazas a

ocupar dentro del trámite legal, en este sentido tienen bajo custodia las pruebas, y los argumentos decisorios o definitivos de ascender o llamar a calificar servicios.

El estudio que realizan los diferentes comités, tiene como característica principal el carácter reservado y no dan cuenta alguna de participación del uniformado, por tanto, cada etapa es discrecional y única de la administración de ascender o llamar a calificar servicios. Esta característica, permite que en cualquier comité se integre personal no apto o se descalifique para ascender a un uniformado, pese a cumplir con los requisitos legales, constitucionales y convencionales para hacerlo.

La facultad del *control judicial dialéctico administrativo*, permite al juez cumplir una labor interpretativa de las normas, tendiente a amparar los derechos constitucionales-convencionales, a su vez ejercer el levantamiento de la reserva en la matriz del estudio de la circular CEM o la matriz del acta de ascenso, con el fin de verificar alguna irregularidad manifiesta teniendo conocimiento del acto preparatorio, ya que de esta manera se ampara los derechos fundamentales y humanos del uniformado. Así, el juez se cerciora si el acto ha sido acorde a los principios de la correcta administración, o, por el contrario, reflejan la arbitrariedad de la función pública.

El papel del juez administrativo, permite generar no solo protección de los derechos fundamentales del uniformado, sino que procura una veeduría de la administración del Ejército Nacional al conocer, distinguir e interpretar cada actuación administrativa en el marco del debido proceso al que tiene derecho todo uniformado que aspira ascender.

La administración del Ejército Nacional conserva la discrecionalidad en la decisión del ascenso o retiro (llamamiento a calificar servicios), no obstante, la labor del juez administrativo es verificar que la actuación se motive y la decisión se ajuste a las normas legales, constitucionales y convencionales. Esto no significa que la discrecionalidad se elimine por completo, sino da la posibilidad al uniformado de

conocer las razones de hecho y de derecho que sustenta la institución, dado que la discrecionalidad está permitida en la decisión mas no en el trámite, ya que debe primar el debido proceso y el principio de transparencia y no influir razones ajenas, como preferencias o intereses personales, que decidan sobre el ascenso.

En consecuencia, el juez administrativo observa el acto de llamamiento a calificar servicios en su conjunto, no como un acto administrativo separado, entre los preparatorios y el definitivo, sino como un acto complejo impropio per se, tal y como afirma Luis Berrocal:

“Son aquellos que necesariamente deben perfeccionarse con varios pronunciamientos de la autoridad que expide el acto, por lo tanto, se dan las demás características de los actos complejos propios, distintos de la pluralidad de los órganos. La única diferencia con estos, entonces, es que la formación del acto está a cargo de un solo órgano”<sup>287</sup>

Para que se configure el acto administrativo impropio per se, es necesario que confluyan las siguientes características:

**i) Un mismo órgano:** Se forma por la decisión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, acorde a la resolución de ascenso o llamamiento a calificar servicios por parte de las fuerzas militares en el comité de estudios CEM y comité de estudios de ascensos.

**ii) Unidad de contenido:** Los diferentes órganos colegiados, comité de estudio CEM, comité de estudios de ascensos y la sección de ascensos, verifican los requisitos legales para ascender o llamar a calificar servicios, por tanto, es un solo acto, sea la promoción o la desvinculación del servicio activo del oficial Mayor a Teniente Coronel.

---

<sup>287</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Op. cit. p.179.

**iii) Varios contenidos:** La Circular CEM, se deriva de la matriz que estudia la posibilidad de los oficiales en el grado de Mayor para realizar el curso de Estado Mayor, concomitante con la realización del curso y su aprobación en la Escuela Superior de la Guerra, el DIPER, dicta resolución para nombrar comité de estudio de ascenso, con el fin de evaluar los requisitos legales que se generan en la matriz y el acta de la sección de ascensos, ello con la debida aprobación de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional; las actuaciones administrativas son distintas y consecutivas con el fin de ascender o llamar a calificar servicios al uniformados.

**iv) Interdependencia:** Entre los distintos actos de tramite como son; estudio del folio de vida (actuación de circular), acto para ser convocado a curso de estado mayor (actuación de circular), aprobación del curso, matriz del comité de estudio de ascensos, y acta de ascenso; se adquiere una sola existencia jurídica, sea por el ascenso o por el llamamiento a calificar servicios, generada como correspondencia necesaria y correlacional.

En efecto, la labor del juez administrativo revisa la causa y la finalidad de la medida en un acto complejo impropio per se, dado que los vicios del acto definitivo pueden tener en el acto preparatorio un vicio oculto, caprichoso o arbitrario que lleva implícita la ilegalidad de la medida discrecional, de ahí que la actuación administrativa ascienda personal no apto en razones de sanidad o problemas jurídicos, o puede también, afectarse el uniformado que, pese a tener los mejores resultados en la carrera militar, se llame a calificar servicios, sin explicación alguna.

Por lo anterior, el juez contencioso no solo observa y verifica el trámite, sino el interés del debido proceso y la verdad material del derecho, les impone un deber a las fuerzas militares, en este caso el Ejército Nacional, de explicitar su decisión dentro del trámite administrativo de ascender o llamar a calificar servicios al uniformado.



Pese a que las normas adscritas de la Corte Constitucional-Consejo de Estado le imponen la carga de la prueba *-onus probandi-* al uniformado, para que sea éste quien acredite la ilegalidad del acto de llamamiento a calificar servicios, como se ha manifestado anteriormente, el principio de la carga dinámica de la prueba, impone el deber de aportar la prueba a quien está en mejores condiciones de hacerlo<sup>288</sup>, en este caso, la administración pues el material probatorio está en cabeza de ella y bajo reserva de ley, concretamente se encuentra en las matrices del comité de estudio CEM y del comité de estudio de ascenso de los mayores que aspiran ascender a teniente coronel<sup>289</sup>.

La carga de la prueba, recae entonces, en la administración del Ejército Nacional para que acredite, las razones fácticas y jurídicas, que llevaron a la expedición del acto administrativo cuestionado. En particular, “ la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previstas legales que, como norma reparten los esfuerzos probatorios, la misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia en cabeza de quien este en mejores condiciones técnicas profesionales o fácticas para producirlas”<sup>290</sup>.

Por consiguiente, del material probatorio aportado por la administración y de las razones legales (constitucionales- convencionales) el juez administrativo, procederá a decretar en firme la legalidad de la actuación o en su defecto, la declaratoria de la nulidad del acto que llamo a calificar servicios al uniformado.

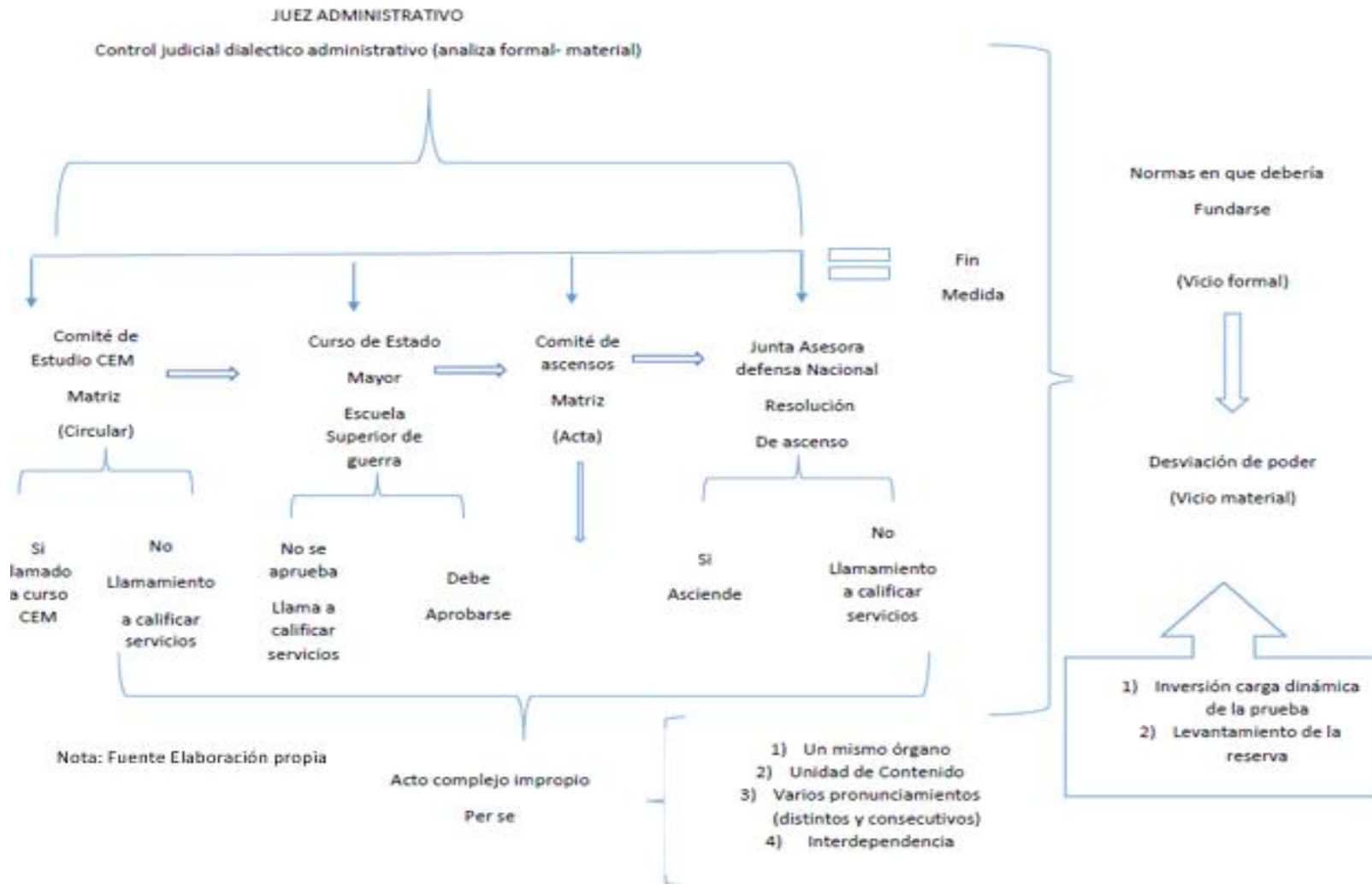
---

<sup>288</sup> Artículo 167 CGP aplicable en los procesos contenciosos administrativos por remisión del artículo 211 del CPACA.

<sup>289</sup> DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos. La carga dinámica de la prueba como modalidad de medio probatorio aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2TziBEIpdf>> “El juez no lleva a sus espaldas la exigencia o peso de la carga de la prueba, que es la de probar los hechos, como sí la llevan las partes; no obstante, sí constituye para él, un instrumento que debe emplear para direccionar la litis en materia probatoria y como criterio que coadyuva a la construcción de la convicción necesaria para imprimirle un sentido al fallo, buscando sin lugar a dudas una verdad más formal que real”

<sup>290</sup> Peyrano, Jorge. Fuerza expansiva de las cargas probatorias dinámicas Santa fe. Editorial Culzoni, 2008. Pág 61

Gráfica 22. Control judicial dialéctico administrativo (analliza lo formal-material)



Nota: Fuente elaboración propia

En efecto, el juez, por medio del control judicial dialéctico administrativo, concretiza el imperativo de las normas internacionales emitidas en sede de la Corte Interamericana de derechos humanos, para ponderar con las normas adscritas nacionales (Corte Constitucional y Consejo de Estado), sintetizado en revisar la actuación administrativa en su trámite, con el fin de limitar la motivación dada en la ley, a través de la teoría de discrecionalidad reducida a cero y la aplicación del principio *iura novit curia*, lo cual permite establecer, mediante el juicio sistemático, la defensa de los derechos del uniformado, así, evita la declaratoria de responsabilidad por hecho ilícito internacional del Estado Colombiano y mantiene la decisión administrativa, ya sea, la emisión del acto de llamamiento a calificar servicios, como instrumento valioso de relevo generacional, o la promoción del oficial.

Como se observó, el control judicial dialéctico es el tercer nivel de control del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, precedido del juicio integral aplicado en materia disciplinaria como una tercera forma de control, después del control de legalidad y constitucional. Su aplicación hasta el momento ha sido completamente nula, pues el acto administrativo se reviste por una amplia discrecionalidad de la administración, hecho que permite retirar de la carrera militar al uniformado, sin que se exprese mayor motivo, salvo lo expresado en la ley. La falta de motivación hace necesario aplicar un control distinto del legal y constitucional, que propenda por la primacía de los derechos fundamentales, exigiendo una labor hermenéutica-argumentativa que atienda tanto las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales internos y los fallos emitidos por la CT-IDH. Así, el control judicial dialéctico surge como una propuesta novedosa para el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, para ser aplicada en materia administrativa.

Es por ello, que el juez administrativo debe asumir un rol distinto frente a la omisión de motivar el acto por parte de la función pública. Las diferentes irregularidades que

se presentan en el trámite, del sistema de ascenso de Mayor a Teniente Coronel, hace necesaria la revisión de las causas que sustentan el acto definitivo por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de realizar un control integral del acto y de estudiarlo como un acto complejo impropio per se, de donde resulta adecuado y oportuno la revisión de la discrecionalidad por parte de la administración sin que cruce la línea de la arbitrariedad, en el trámite y en el acto definitivo.

En otro aspecto, es necesario que el juez administrativo tome un papel activo dentro del proceso jurisdiccional contencioso, más allá de las pretensiones de las partes, con el fin de adecuar la protección de los derechos fundamentales y humanos del uniformado en el acto de llamamiento a calificar servicios, con efectos de eliminar yerros en la administración en los actos de trámite, que invalidan la decisión definitiva. Esta obligación surge a partir de los diálogos jurisdiccionales o la comunicabilidad constitucional, que establece un marco común de interpretación jurídica, tomando como fuente las obligaciones internacionales y la aplicación del control difuso de convencionalidad, por lo tanto, el papel del juez administrativo no solo se limita a un requisito de forma, sino que a su vez, cumple un requisito de fondo al tomar la decisión con un prisma prevalente de protección de los derechos fundamentales y humanos del uniformado .

## CONCLUSIONES

La discusión sobre el *control judicial del acto administrativo* de llamamiento a calificar servicios en el Ejército Nacional de los Mayores que aspiran ascender al grado a Teniente Coronel, es abordada desde diferentes enfoques. Se parte de una investigación descriptiva *ius teórica*, con aplicación del derecho administrativo, constitucional e internacional de los Derechos Humanos, sin dejar de lado una discusión *ius filosófica*, para brindar una herramienta jurídica en la labor del juez, en donde pueda plantear argumentos a las reglas y sopesar racionalmente los principios en disputa; aquéllos que defienden la necesidad de una discrecionalidad plena de la administración y los que propenden por la motivación expresa con el fin de evitar la arbitrariedad administrativa.

Desde el marco teórico y la reconstrucción del estado del arte se evidencia que las decisiones contrapuestas entre CE, CC y CT-IDH, acerca de la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios no está superado. Desde el punto vista de la doctrina y la jurisprudencia se encuentra una tensión en las decisiones que tienden a la motivación expresa o la motivación dada en la ley,

La investigación estableció sobre el sistema de ascensos del Ejército Nacional del grado de Mayor a teniente Coronel, una razón de tiempo legal exigida, junto con el aval de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional determinado por los imperativos legales y jurisprudenciales; tal tiempo que corresponde a 15 años, deriva del acto de llamamiento a calificar servicios y determina como consecuencia directa la asignación total de retiro.

El sistema de ascensos fue analizado al detalle. Al ser una actividad determinada desde la norma jurídica, pasa por la consideración de las directivas y de las disposiciones de ley, permitiendo el ascenso, la promoción, y el retiro a miembros de la fuerza pública según su escalafón. No obstante, es posible que intervengan en los procesos, posiciones contrarias a los presupuestos de ley, generándose una

nociva arbitrariedad administrativa, sea en el Comité de estudios CEM o en el comité de ascensos.

Las actuaciones administrativas de trámite son de carácter reservadas y no es posible intervención o participación alguna al interesado, tan solo se entrega el acto definitivo de retiro o ascenso, el cual carece de motivación expresa, lo que genera, un manto de duda sobre eventuales vulneraciones en sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y el debido proceso.

A continuación, se expusieron las relaciones entre los controles que genera cada uno de los órganos jurisdiccionales (legalidad-constitucionalidad-convencionalidad), con la denominada teoría de redes dialógicas o comunicabilidad constitucional. Esta última, se refiere a un ejercicio hermenéutico de la decisión judicial, en procura de respetar la ley, la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, todo esto atendiendo al hilo conductor del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios con un eje temático en la globalización judicial de las fuentes formales del derecho. Para tal fin, se estudiaron tres líneas jurisprudenciales: la línea de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para así, establecer las normas adscritas y los principios formales que sustentan el acto del llamamiento a calificar servicios en materia del control judicial.

Las normas adscritas derivadas de los órganos jurisdiccionales (C.C-C. E-CT-IDH) se presentarán a título conclusivo, con el fin de demostrar la posición de la sentencia arquimédica y su postura (afirmativa-negativa) en el caso de investigación.

El tribunal constitucional elaboró una tesis negativa, que se asienta en la sentencia arquidémica SU-237 del 2019 del Magistrado Carlos Bernal Pulido, como norma adscrita que deriva en el constreñimiento de los derechos fundamentales y/o humanos de los funcionarios del Ejército Nacional en el grado de oficiales Mayores que quieren ascender a Teniente Coronel. Tal norma determina las siguientes

características: i) Que no se motiva el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios. ii) Que el funcionario militar es quien posee la carga de prueba. Debe demostrar la causal de desviación de poder y únicamente por vía contenciosa administrativa iii) Que ello es un instrumento del sistema jerárquico y piramidal de las fuerzas militares.

El Consejo de Estado, secunda dicha postura, mediante el radicado número: 08001-23-33-000-2014-01097-01(1379-17) sección segunda subsección b, Consejero Ponente William Hernández Gómez, según el cual, la figura administrativa de llamamiento a calificar servicios no se debe motivar, en este sentido, si el administrado tiene algún indicio, error o arbitrariedad, deberá demandarlo mediante la causal de desviación de poder, pues se presume la legalidad del acto.

Por otra parte, en sede del Tribunal Interamericano, en el Caso de Trabajadores Cesados del Petroperú vs Perú 23 de noviembre del 2017, se señala que se permite la discrecionalidad del Estado, pero esta debe estar precedida por el principio del deber de motivación, es una garantía de la correcta administración de justicia, que la decisión deba estar debidamente fundamentada con el fin de llegar a una conclusión, dándosele a conocer las razones de hecho y derecho, (motivos y normas) en que se basa su decisión para controvertir la decisión judicial, esto es, amparado en el debido proceso legal, siendo aplicable a la naturaleza jurisdiccional y administrativa. Finalmente, el fallo debe mostrar los argumentos de las partes y el conjunto de las pruebas analizadas.

Aunque, en sede Interamericana no ha llegado petición o denuncia, informe admisibilidad, o resolución de fallo en lo referente al retiro discrecional de llamamiento a calificar servicios, el principio del deber de motivación de los actos discrecionales a la destitución de funcionarios públicos, es aplicable por vía de extensión al interpretativo convencional (*res interpretata*), que constituye una pauta analógica hermenéutica de los derechos humanos, se emana a las autoridades nacionales en sede de los funcionarios jurisdiccionales o públicos, para cumplir con

las obligaciones internacionales y evitar la responsabilidad por hecho ilícito internacional.

Con el fin de obtener la certeza sobre el precedente judicial, los principios y la tesis de las líneas jurisprudenciales, se resignificó mediante la teoría de la ecología intelectual (matriz vertical) y la teoría de las redes dialógicas institucionales jurídicas (matriz horizontal).

Desde la ecología intelectual (matriz horizontal) se analizaron las estadísticas de la jurisprudencia, en las tesis afirmativa y negativa. Ello concibió como resultado en el tema de investigación, tanto de (C.C-C. E), una aproximación conceptual de la doctrina administrativa de los profesores españoles Miguel Sánchez Morón y Luciano Parejo Alfonso, y sumó las posiciones filosóficas de Hobbes y Kelsen. Además, se recurre a la doctrina administrativa de los profesores españoles, Alejandro García Nieto, Eduardo García de Enterría y Thomas Ramón Fernández, sumando la tendencia filosófica de Kant, Rawls y Alexy, que permite hacer un cambio sustancial entre la postura conservadora de la corte interamericana a una tendencia garantista *ius moralista*.

La teoría de la redes dialógicas institucionales jurídicas (matriz-vertical), relacionó la interconexión nacional entre la (Corte Constitucional- Consejo de Estado) y muestra la divergencia entre (nacional – internacional, Corte Constitucional- Consejo de Estado ante CT-IDH), concluyendo que no hay un solo concepto tácito o expreso que acoja las normas adscritas, en lo referente al deber de motivación, en el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, en donde se infiere dos perspectivas contrarias.

**i) la seguridad jurídica del precedente:** Se percibe en la red dialógica horizontal intrínseca y extrínseca vertical, (Corte Constitucional- Consejo de Estado) que se respetan los nichos jurisprudenciales, tomando una sola vía de interpretación en materia jurisprudencial, al exigir la no motivación en el acto definitivo de llamamiento



a calificar servicios por parte de las juntas asesora del Ministerio de Defensa Nacional, esto ha generado unas fuentes estáticas en el ordenamiento que blindan las decisiones de la función pública, dado que el uniformado debe demostrar el acto caprichoso o arbitrario de su retiro.

**ii) Obligaciones internacionales y responsabilidad por hecho ilícito**

**internacional en materia de Derechos Humanos:** Las normas de derechos humanos a partir de su ratificación y aceptación, son normas imperativas de obligatorio cumplimiento que deben ser tenidas en cuenta al momento de una decisión administrativa o judicial, dado que en materia de derecho internacional público (derecho internacional de los Derechos Humanos), no se hace necesario el daño, basta el no acatamiento del compromiso internacional. Así las cosas, el principio del deber de motivación, es norma adscrita generada por la jurisprudencia de la CT-IDH, mediante el control concentrado de convencionalidad, que crea un efecto expansivo y dinamizador en los Estados Americanos, debiendo ser atendida mediante la interpretación conforme, y el efecto útil del precedente.

La teoría de la ecología intelectual y las redes dialógicas, reflejan la ruptura dialógica entre los organismos jurisdiccionales internos y la jurisdicción transnacional en sede interamericana, generando como consecuencia directa la falta de compromiso en las obligaciones internacionales y por consecuencia directa, la responsabilidad por hecho ilícito internacional.

La responsabilidad en materia derecho internacional de derechos humanos, se predica del incumplimiento de una regla o norma adscrita por parte del Estado en el caso concreto, es el deber de motivar expresamente el acto discrecional.

Aunque no es necesario el daño, basta con que se genere un incumplimiento de la norma adscrita en el caso concreto. A nivel interamericano, no se ha analizado un caso de llamamiento a calificar servicios, por medio del control difuso de

convencionalidad (jueces-funcionarios jurisdiccionales - funcionarios públicos) que deriva inmerso el título jurídico de imputación de la denegación de justicia.

Con el fin de prevenir una responsabilidad internacional del Estado Colombiano, se permite sintetizar una propuesta teórica, denominada el control judicial dialéctico administrativo, esto forja un papel protagónico en el juez administrativo en vía contenciosa, a través de la posición de contrarios: Corte Constitucional-Consejo de Estado (tesis) vs Corte Interamericana de derechos humanos (antítesis), de donde se abstrae la síntesis.

- a) Tesis: El acto administrativo de llamamiento a calificar servicios no se debe motivar, la motivación está dada en la ley. (Corte Constitucional- Consejo de Estado)
- b) Antítesis: El deber de motivación a un acto administrativo discrecional es un derecho humano y fundamental. (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- c) Síntesis: Limitar o anular la motivación que está dada en la ley dentro de la actuación administrativa, pero manteniendo la discrecionalidad en la decisión de ascender o retirar al uniformado.

El juez contencioso administrativo, analiza, conserva y supera los argumentos jurisdiccionales internos e internacionales, ponderando los suministros jurídicos de las normas adscritas, con el único fin de observar el sistema de ascenso de los Mayores que aspiran ascender a Teniente Coronel, una propuesta técnica en el respeto de la garantía de los derechos humanos y fundamentales.

El control judicial dialectico administrativo, surge en la vía contenciosa a razón de la presentación de la acción de nulidad de restablecimiento del derecho por parte del uniformado, en este sentido cuando el juez administrativo avoca conocimiento, se presenta un caso difícil que debe resolver como el Hércules de Dworkin.

El juez indaga en el universo normativo, buscando la respuesta correcta. En este eje se toma dos puntos de vista: i) una vía sustantiva (doctrinal-material) ii) una vía procesal (jurisprudencial-formal).

La primera, con referencia, a los diálogos jurisdiccionales o la comunicabilidad constitucional, a través de la interpretación conforme y el principio pro homine. Así mismo, la teoría de la discrecionalidad reducida a cero tendiente a la protección de los derechos fundamentales, todo esto en la aplicación de la actuación administrativa de ascenso de mayores a teniente coronel.

La segunda, con la referencia del principio *iura novit curia* que faculta al juez administrativo a cambiar de causal de nulidad del acto del vicio material, desviación de poder, al vicio formal, normas en que debería fundarse, con el fin de cumplir el *stare decisis* de la jurisprudencia interamericana, a través del criterio analógico hermenéutico, denominado la *res interpretata*, esto permite analizar al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios, no como actos separados de trámite, sino como un solo acto definitivo enjuiciable en materia administrativa denominado, acto complejo impropio per se. A razón de que cumple con los presupuestos doctrinarios y jurisprudenciales del Consejo de Estado como son; i) un mismo órgano ii) unidad de contenido iii) varios pronunciamientos (distintos-consecutivos) iii) interdependencia.

Por tanto, en el *control judicial dialéctico administrativo*, se examina la actuación administrativa en un acto complejo impropio per se, levantando la reserva legal del trámite, con el fin de evitar los yerros o vicios ocultos del ascenso o retiros de los uniformados que afecten la legalidad, constitucionalidad o convencionalidad del acto administrativo.

El juez administrativo en materia probatoria está facultado de invertir la carga de la prueba del *onus probandi* del servidor público que fue retirado de la carrera militar, a una carga dinámica de la prueba a la administración, dado que los argumentos o cadena de custodia reposan únicamente en las matrices del DIPER del Ejército Nacional (Comité de Estudio CEM) y/o (Comité de estudio de ascenso), estos tienen el carácter de ser confidenciales.

A razón de lo anterior, se indica que la actuación administrativa del sistema de ascenso se precia de ser una actividad reglada (Decreto Ley 1790 de 2000, 1799 del 2000, directivas o disposiciones), pese a esto, existen márgenes de discrecionalidad de la función pública, dado que la ley lo permite, que se presentan en el caso concreto, en sede del Comité de estudios CEM o el comité de ascensos, cuando se elaboran las matrices. Empero, es factible que sean contrarias a las normas adscritas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, la administración en sede del Ejército Nacional conserva la discrecionalidad en la decisión del ascenso o retiro (llamamiento a calificar servicios), la labor del juez administrativo es verificar que la actuación se motive y la decisión se ajuste a las normas legales, constitucionales y convencionales

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El dialogo judicial interamericano un camino de doble vía hacia a la protección efectiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016
- AGUDELO, OSORIO, Julián David. Choque de trenes: tutelas contra sentencias, concepciones del derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano. Universidad de Antioquia 2016. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/C4vEUL>>
- AGUIAR, Asdrúbal. La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos. [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/ppuM7v>>
- ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Sevilla: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. ISBN: 9788425908354.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial centro de Estudios Constitucionales, 2012
- AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos de derecho administrativo general. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley, 1999
- BERARDINELLI BARRERO, Juan Antonio. Jurisprudencia Constitucional. Precedentes judiciales de la humanidad casos materiales. 2ª ed. Bogotá: Legis, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos. Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América latina. En: Justicia Constitucional derechos humanos, y democracia en América latina. Bogotá: Universidad Externado 2014. p.61
- BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manuel del acto administrativo: Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina Bogotá: Librería Ediciones el profesional, 2016. ISBN: 9789587072747.
- BLANQUER, David. Curso derecho administrativo I, los sujetos y la actividad. Madrid: Tirant lo Blanch, 2006
- BLANQUER, David. Derecho Administrativo 1- El fin, los medios y control. Madrid: Tirant lo Blanch, 2010. ISBN: 9788498767681.

- BONILLA MIRANDA, Haideer. Dialogo Judicial Interamericano. Bogotá: Nueva Jurídica, 2016.
- BORDA VILLASDO, Luis. La teoría pluralista del Estado y la globalización. En: El derecho en el contexto de la globalización. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009
- BREWER-CARIAS Allan R. Derecho Administrativo Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009. ISBN: 9789803652067.
- BULYGIN, Eugenio El positivismo jurídico. México: Fontamara, 2016.
- BULYGIN, Eugenio. El positivismo jurídico. México: Marcial Pons, 2006. ISBN: 9786077360254.
- CABALLERÍA VAQUER, Marcos. El discreto encanto del derecho administrativo. Valencia :2016 Tirant lo blanc, Valencia 2016.
- CAMARGO, Pedro Pablo. El debido Proceso. Bogotá: Leyer, [2005]. ISBN: 9586907082.
- CAMPOS BIDART, German. Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional. [en línea] Disponible en: <<https://goo.gl/rsNE7N>>
- CÁRDENAS LÓPEZ, Carlos Mauricio. La responsabilidad internacional del Estado: conceptualización del sistema general los subsistemas de protección de derechos humanos e interamericano. En: Instituciones de derecho administrativo. Tomo II. Responsabilidad, Contratos y Procesal. Bogotá: Ibañez, 2016. p.112-113
- COLLINS, Randall. Sociología de las filosofías una teoría global del cambio intelectual. Barcelona: Editorial Hacer, 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Gustavo Francisco Petro Urrego vs Colombia Medida Cautelar 374/13. (18 de marzo de 2014)
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política (20 de julio de 1991). Gaceta constitucional: 116. art. 29
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Programa de fortalecimiento legislativo. Tema estructura organizacional y legal de las fuerzas militares y su

sistema de escalonamiento. Comisión segunda de la República. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/5dr5ae>> p. 8

CONSEJO DE ESTADO. Número radicado 11001-03-25-000-2013-00543-00 (14 de julio de 2014) No interno 1060-2013 [C.P. Cesar Palomino Cortes]

CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03882-02 (17 de agosto de 2017) [M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés] Sección primera.

CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02998-01(AC) (14 de mayo de 2015) [C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez]

CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 15001-23-33-000-2014-00499-01(4710-15) (28 de marzo de 2019) [C.P. Cesar Palomino Cortes]

CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 18001-23-31-000-2011-00044-01(1237-16) [C.P. William Hernández Gómez]

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-13/93 (16 de julio de 1993)

CORAO AYALA, Carlos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. México: Editorial Porrúa, 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia C-010 (19 de enero de 2000). [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Acuerdo 05 (21 de febrero de 1992). Integración de la Corte Constitucional y Requisitos para ser Magistrado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Decreto 2591 (19 de noviembre de 1991) Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-037 (5 de febrero de 1996) [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-083 (1 de marzo de 1995) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1079 (5 de diciembre de 2002) [M.P. Rodrigo Escobar Gil]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-182 (13 de abril de 2016). [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225 de 1995. [M.P Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-496 (15 de marzo de 2016). [M.P Luis Ernesto Vargas Silva]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-500 (16 de julio de 2014) [M.P Mauricio Gonzales]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-590 de 2005 [M.P Jorge Córdoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-792 (29 de octubre de 2014). [M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-941 (24 de noviembre de 2010). [M.P Jorge Iván Palacio]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-172 (16 de abril de 2015) [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-053 (22 de abril de 2015) [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1023 (3 de agosto de 2001) [M.P. Jorge Córdoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-217 de 2016 [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-012 (20 de enero de 2012) [M.P Jorge Iván Palacio Palacio]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1165 de 2001 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1173 (28 de noviembre de 2008) [M.P Jaime Córdoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-265 (8 de mayo de 2013) [M.P Jorge Iván Palacio Palacio]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-375 de 2016 [M.P. Gabriel Mendoza Martelo]



CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 (5 de junio de 1992)  
[M.P. Ciro Angarita Barón]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-594 de 2016 [M.P. Gloria  
Stella Ortiz Delgado]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-740 de 2011 [M.P.  
Humberto Antonio Sierra Porto]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-967 (15 de diciembre de  
2014) [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-967 (18 de julio de 2001)  
[M.P. Jaime Araujo Rentería]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. C-1052 de 2001. [M.P.  
Manuel José Cepeda Espinosa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. SU-091 (25, febrero, 2016)  
[M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. SU-250 (28 de enero  
de 1998) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. T-111 (20 de febrero de  
2009) [M.P. (E) Clara Elena Reales Gutiérrez]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. T-406 de 1992. [M.P. Ciro  
Angarita Barón]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García  
Montiel vs México. (26 de noviembre 2010). Excepciones preliminares, fondo,  
reparaciones y costas, párrafo 225

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantos vs  
Argentina. (28 de noviembre de 2002)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chocrón Chocrón  
vs Venezuela. (1 de Julio de 2011).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fleury y otros vs  
Haity. (23 de noviembre de 2011).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Garibaldi vs Brazil.  
(23 de septiembre de 2009)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman vs Uruguay. (20 de marzo del 2013).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Mendoza vs Venezuela. (septiembre 1 de 2011). fondo reparaciones y costas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Maldonado Ordoñez vs Guatemala (3 de mayo de 2016) fondo, reparaciones y costas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacre del Mozote y lugares Aledaños vs El salvador, (25 de octubre de 2012)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Nademe Dorzema & otros vs Republica dominicana. (24 de octubre de 2012)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche). (29 de mayo de 2014)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suarez Rosero vs Ecuador. (29 de mayo de 1999), Interpretación de la sentencia de reparaciones y costas. TEDH Allenet de Ribemont vs France. (7 agosto de 1996). Req 15175/89

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras &TEDH. (Gran sala). (18 de septiembre de 2009), Varnava y otros Turquia Req 16094/90

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Claude Reyes y otros vs Chile. (19 de septiembre de 2006). Fondo, reparaciones y costas. TEDH Stoll vs Switzertland. (10 de diciembre de 2007) Req. 69698/01

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Genie Lacayo vs Nicaragua. Fondo, (29 de enero 1997) TEDH. Motta vs Italy. Req 11557/85. (19 de febrero 1991).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 2/82 (24 de febrero de 1982).

CRAWFORD, James. artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos. p.4. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/Fn3kZC>>

- CREGO DÍAZ, María. Dialogo judicial. En: Revista en la cultura legalidad. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/Tcqui3>>
- DEL ROSARIO- RODRÍGUEZ, Marcos Francisco. La supremacía constitucional, naturaleza y alcances. En: Revista Dikaion. (Vol.20 No.1) [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/q2YWFE> > p.103-105
- DESDENTADO DAROCA. Eva. El principio de interdicción a la arbitrariedad. En: los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: La ley, 2010. ISBN: ISBN: 9788481267297.
- DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos. La carga dinámica de la prueba como modalidad de medio probatorio aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2TziBEIpdf>>
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1989. p. 67
- FAZIO, Federico. Izquierda o derecha. Ensayos de teoría jurídica crítica Duncan Kennedy Siglo XXI, Buenos Aires, 2010. [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/rnWV4d>>
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo. El Control difuso de convencionalidad, dialogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Jueces Nacionales. México: FUNDA,.2012.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Madrid, Marcial pons, 2018. ISBN: 9788491232056
- FIGUEROA BASTIDAS, Gabriel Ernesto. La responsabilidad internacional agravada del Estado Colombiano. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2018.
- FITZPATRICK, Peter. El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo y legalismo. Bogotá: Editorial Siglo del hombre, 2010.
- FLAX, Gregorio. El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo. En: El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso Derecho Administrativo. Santiago de Chile: Civitas, 2017. 18ª ed. ISBN: 9788491528746

- GARCÍA NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2012 4ª. Ed. ISBN: 9788430954766
- GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar Fabián. De la supremacía de la constitución a la supremacía de convención. En: Revista Verba Iuris. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2YJbP4O>>
- GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar Fabián. La inconstitucionalidad por omisión una revisión jurídica. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/ikYJHQ> >
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. El abuso del derecho internacional. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/2zf4vG>>
- GORDILLO, Agustín Tratado de derecho administrativo. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/6uVxiV>>
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Tratado de derecho Procesal Constitucional. México: Porrúa, 2011.
- GUTIERREZ PANERO, Ricardo. Manual de derecho Romano. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2015
- HABERMAS, Jurgen. Más allá del Estado Nacional. Mexico: Fondo de Cultura Economica.1999.
- HART, Herbert y DWORKIN, Ronald. La decisión judicial. Bogotá: Siglo del Hombre, 2005.
- HERRERA LLANOS, Wilson. La rama Legislativa del Poder Público en Colombia. En: Revista de Derecho, No 20. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/eyZYDa>>
- HERRERA, Juan Camilo. Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica: 200 años después de la Carta Jamaica. En: Colombia Internacional [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/tUHJz8> > p. 170
- HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio. Elementos Argumentativos e interpretativos en la doctrina de la sustitución de la constitución en Colombia. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/XiXuzv>>
- HIMMA, Kenneth Einar. Positismo jurídico incluyente. En: Problema anuario de filosofía y teoría del derecho, 2014 [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2YL9oyR>>

- HOBBS, Thomas. Leviatán. México: Fondo de Cultura Económica. ISBN: 9789681602253
- HOYOS, Luis Miguel y MESA RODRIGUEZ, Francisco. El Constitucionalismo multinivel y el constitucionalismo ideológico: nuevas perspectivas de interpretación jurídica en Colombia. En: revista Advocatus. (No.22) [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/4UtwXR> >
- IBAGÓN IBAGÓN, Mónica Liliana. El principio del Estado de derecho y los contratos Estatales la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Madrid: Tecnos, 2008.
- KANT, Immanuel. Sobre la paz perpetua. Madrid: Alianza, 2001
- KELSEN, Hans. El contrato y el tratado. México: Coyoacán, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. México: Universidad Autónoma de México, 1995. ISBN: 9786072002982.
- LARSEN BURGORGUE, Laurence; CÉSPEDES MONTOYA, Nicolás. El Dialogo judicial entre la Corte Interamericana de derechos Humanos y la Corte Europea de derechos Humanos. En Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Lima Perú: Editorial Palestra, 2017.
- LLoret FERRER, Jaume. La responsabilidad internacional del Estado y los derechos humanos. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. ISBN: 9788430932979
- LÓPEZ MEDINA, Diego ¿Por qué de hablar una teoría impura del derecho? Para américa latina. En: teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del hombre, 2009.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. Derecho de los jueces. Bogotá: Editorial Legis, 2009.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. Teoría impura del derecho. Bogotá: Legis, 2012.
- MALDONADO BONILLA, Daniel. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009. ISBN: 9789586651462.
- MANILI, Luis Pablo. El bloque de constitucionalidad. Buenos Aires: Editorial la ley, 2005
- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. La motivación del acto administrativo en el Estado Constitucional. En: La Constitucionalización del derecho administrativo XV Jornadas internacionales del derecho administrativo. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2014.
- MARTINEZ, Jenny s. Towards an International Judicial System. En: Stanford Law review. (Vol. 56 No 2), 2003. p.429-529
- MARX, Karl. Sobre la cuestión judía. Buenos Aires: Prometeo, 2004.
- MENDIETA GONZALEZ, David. La acción pública de inconstitucionalidad a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/XXAZq3> >
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 460 (9 de marzo de 2018) Por el cual se modifica la planta de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. Decreto de Planta. Documento inédito.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 484 (23 de marzo de 2016) Por el cual se modifica la planta de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. Decreto de planta. Documento inédito.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. El control de legalidad de los actos administrativos en Colombia. En: Revista Universidad de Medellín. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/d7RAom>>
- MURILLO CRUZ David. La dialéctica entre bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. En: Revista de derecho Público (36).91. En línea] disponible en: < <https://bit.ly/2Kglt3r>>
- MURILLO MENA, Jessica. Las facultades discrecionales en el Estado Social de derecho colombiano: Una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia. Tesis de maestría en derecho administrativo. Bogotá, Universidad del Rosario, 2014. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/Ksd3f9> > p.46
- NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los derechos humanos. [En línea] Disponible en:< <https://goo.gl/91epkN>>
- NAVARRO, Pablo. Sistema Jurídico, casos difíciles y conocimientos de derecho. [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/zN5sWg> >

- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Interpretación y dogmática constitucional. Bogotá: Doctrina y ley, 2005. ISBN: 9789586763240.
- ORUNESU, Claudia. Positivism jurídico y sistemas constitucionales. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- OST FRANÇOIS, Júpiter y HÉRCULES, Hermes: Tres modelos de Juez Revista Enseñanza de derecho año 4, número 8, 2007. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2KLMXzD>>
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de derecho administrativo. Madrid: TiranLoBlanch, 2018. 9ª ed. ISBN: 9788491903758
- PÉREZ GIL, Carlos Alberto. Filosofías para juristas principiantes. Algunas ius-filodoxias de Hesíodo a Kelsen. Volumen I. Bogotá: Universidad Santo Thomas, 2012
- PICO, José Manuel, Historia militar del Ejército de Colombia. Bogotá: Centro de Estudios Históricos, 2007.
- PIERRY ARRAU, Pedro. El control de la discrecionalidad administrativa. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/NTSDA2> >
- POBLETE NÚÑEZ, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos, 2012. [En línea] Disponible en <<http://bit.ly/33zkVA0>>
- REY CANTOR, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes. Pág. 391-392. En El Control difuso de convencionalidad. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Mexico: Fundap. 2012. ISBN:9789685435895
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/xfTkJd>>
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La acción de tutela. Bogotá: Temis, 2015. 2ª. Ed. ISBN: 9789583510786.
- RALLAS, Jhon. El derecho de gentes. Madrid: Paidós.2001. ISBN: 9788449310478
- HOBBS, Thomas. El leviatán. [En línea] Disponible en: <<https://bit.ly/2NIJq6e>>

- RAMÍREZ BECERRA, Manuel. Notas sobre la reforma Constitucional del 2011 en materia derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional. Derecho internacional Público. México: Porrúa, 2016
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Thomas. De la arbitrariedad de la administración. Madrid: Civitas, 2008. ISBN: 9788447028610.
- RAMOS NAVARRO, Gabriela. Llamamiento a calificar en las FFM: sanción o instrumento de relevo de las líneas jerárquicas. Universidad Militar Nueva Granada. [En línea] disponible en: < <https://goo.gl/VchnWA>>
- RENTERÍA ARAUJO, Jaime. Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia de derechos fundamentales [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/gjeDEd> >.
- REY CANTOR, Ernesto. El Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos. México: Editorial Porrúa, 2008. ISBN: 9789992673973.
- REY CANTOR, Ernesto. Las Generaciones de los derechos humanos. Bogotá: Universidad Libre, 2012.
- RIDRUEJO PASTOR, Antonio José, Curso de Derecho internacional Público y organizaciones internacionales. Madrid: Tecnos, 2015
- ROUSSEAU, Charles. Derecho Internacional Público. Madrid: Ariel, 1966.
- ROUSSEAU, Jean Jackes. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Madrid: Alba, 2001
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo parte general. Madrid: Tecnos, 2017. 13ª. ed. ISBN: 9788430972272
- SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Teoría general del acto administrativo. Bogotá: Dike, 1995. ISBN: 9789589421017.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando y BREWER CARIAS, Allan. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 4ª ed. ISBN: 9789586167055.
- STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud. Proporcionalidad y Constitucionalismo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587108668.



TOULMIN, Stephen. La Comprensión humana I. El uso colectivo y la evolución de los conceptos. Madrid: Alianza, 1977.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. 0020/2013 M.R Mirtha Camacho Quiroga

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA EN SALA CONSTITUCIONAL. Expediente 11-1130 (17 de octubre de 2011). [M.P. Arcadio Delgado Rosales]

TRIGLIA, Adrián. Los 10 tipos de falacias lógicas y argumentativas. [en línea] disponible en: <<https://goo.gl/eBmcoZ> >

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Derecho internacional público. Buenos Aires: Sánchez RI Ltda, 2016.

VALLEJO CASTILLO, Edgar Hernando. Evolución jurisprudencial en los actos administrativos discrecionales de retiro en la fuerza pública. Tesis maestría derecho administrativo. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2Z6VG4y>>

VERGARA MOLANO, Alberto. Derecho Internacional Público. Bogotá: Nueva Jurídica, 2013

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. [en línea] disponible en: <<https://goo.gl/r59PhK>>

## ANEXOS

### Anexo A. Línea jurisprudencial Corte Constitucional

<b><u>LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL</u></b>						
<b>SENTENCIA</b>	<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>FECHA</b>	<b>TIPO DE SENTENCIA</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
C-525/95	VLADIMIRO NARANJO MESA	dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).	constitucionalidad	<p>Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del "Grupo anticorrupción" que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado.</p> <p>No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (Arts. 50 y 52 del Decreto 041 de 1994), y motivada en las razones del servicio</p>	<p>la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad. Se advierte, sin embargo, que esta discrecionalidad no puede entenderse como regla general, sino que es excepcional, para situaciones como la que ahora ocupa la atención de la Corte; cuando, en eventos diferentes, se trata de la aplicación de sanciones por parte de la autoridad, debe respetarse el debido proceso, y el inculpaado debe ser oído en descargos.</p>	<p>PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES el artículo 12 del Decreto-Ley 573 de 1995, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional", y el artículo 11 del Decreto 574 de 1995, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 de 31 de enero de 1994, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional".</p>

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
C-072/96	JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO	veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).	CONSTITUCIONALIDAD	<p>Precisarse el alcance de lo que se entiende por "calificar servicios", acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o desdorosa, sino valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. Declarar la inexecutable total del precepto, como lo pretende el accionante, llevaría a la conclusión de que el llamamiento a calificar servicios está proscrito por la Constitución Política, lo que no resulta acertado por cuanto es una modalidad válida de culminar la carrera oficial en los cuerpos armados que en nada contradice los preceptos superiores.</p>	<p>la Corte es claro que lo consagrado en la norma es una limitante a la libre disposición superior, en favor del oficial, a quien se otorga la certidumbre de que el Gobierno o la Policía no pueden hacer uso de la facultad de llamar a calificar los servicios de sus oficiales y suboficiales sino después de transcurridos quince años de servicios.</p>	<p>Primero.- ESTESE A LO RESUELTO por la Corte Constitucional en Sentencia C-525 del 16 de noviembre de 1995, que declaró EXEQUIBLES los artículos 12 del Decreto 573 de 1995 y 11 del Decreto 574 de 1995.</p>

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
C-564/98	FABIO MORON DIAZ	octubre siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998).	CONSTITUCIONALIDAD	<p>la discrecionalidad para la remoción de suboficiales por parte de la respectiva autoridad, no significa arbitrariedad como lo parece entender el autor en su libelo sino que es un instrumento normal y necesario para el buen funcionamiento de una institución como la Policía Nacional; por lo tanto, a juicio de la Corte, el Comité de Evaluación de Suboficiales cumple sus funciones, no de forma caprichosa sino discrecional, pero basada en elementos y causales previamente regladas por la ley, cuyo ejercicio implica una aplicación ceñida a las normas que fijan los procedimientos adecuados, los cuales, a su vez, deben descansar en razones de buen servicio público, por parte de los organismos competentes, para expedir este tipo de actos administrativos de índole particular y contenido concreto. Así como ocurre en el caso subexamine, la discrecionalidad que surge de las atribuciones del Comité de Evaluación debe ir siempre acompañada de ciertos requisitos de racionalidad y razonabilidad, propios de cada juicio de esta naturaleza; en consecuencia, este acto discrecional por parte del Comité de evaluación de suboficiales, en el sentido de proponer los retiros por incapacidad profesional, o los de emitir conceptos sobre la continuidad de un suboficial en período de prueba, o la de recomendar su retiro, luego de ser sometido a observación o evaluación eventual por conducta deficiente, debe tener, a su vez un mínimo de motivación o justificación, más aun cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública que concentra dichas atribuciones en razón del servicio,</p>	<p>la Corte quiere reiterar su jurisprudencia sobre esta materia en el sentido de que los Comités de Evaluación de suboficiales cuyas funciones señala el artículo 55, en los segmentos acusados, deben cumplir estrictamente sus deberes, señalando en el acta de sus recomendaciones los motivos del retiro, y ajustándolas al debido proceso administrativo</p>	<p>Declarar <b>EXEQUIBLES</b> las expresiones “Proponer los retiros por incapacidad profesional”, “Emitir concepto sobre la continuidad en la institución de los suboficiales en el grado de Cabo Segundo, que se encuentren en período de prueba”, y “Recomendar el retiro o la continuidad en el servicio de los suboficiales sometidos a observación o evaluación eventual por conducta deficiente” contenidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 55 del Decreto 041 de 1994 “Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”, bajo el entendimiento de que las actuaciones del Comité de Evaluación de Suboficiales deben constar en acta en donde aparezcan los motivos del retiro que se recomienda, dentro de las reglas del debido proceso administrativo.</p>
C-371/99	JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO	Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días de mayo	CONSTITUCIONALIDAD	<p>Lo sumario de la motivación no puede confundirse con su insuficiencia o superficialidad. Alude a la extensión del argumento y no a su falta de contenido sustancial, de suerte que el señalamiento de los motivos en que el acto encuentra soporte, no por sumario puede tildarse de incompleto y menos de inexistente. Todos los actos</p>	<p>Todo acto administrativo, debe tener motivación así sea sumaria.</p>	<p>En los términos de esta Sentencia, declárense EXEQUIBLES las frases "al menos en forma sumaria si afecta a particulares", del artículo 35,</p>

	de mil novecientos noventa y nueve (1999).	administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna.	y "siquiera sumaria, cuando sea obligatoria", del artículo 76 del Código Contencioso Administrativo.
--	--	---	--

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
T-967/01	JAIME ARAUJO RENTERIA	Diez (10) días del mes de septiembre del año dos mil un (2001).	TUTELA	Pues, siendo el Ejército Nacional como tal, una entidad con estructura jerárquica, no todos sus miembros pueden ascender. Si el problema es de límite de cupos, darle el cupo a uno implica necesaria y correlativamente excluir a otro. Ante la existencia de un número cerrado de cupos, no es posible incluir a más personas, es así como, aún aquellos que tenían derecho pueden quedar por fuera porque se trata de un número cerrado; esto, siempre y cuando se hayan respetado y observado los procedimientos y disposiciones legales que aplican a la carrera en este caso la militar.	El poder discrecional no se ejerció de manera legal por parte de la entidad demandada al proferir el acto de ascenso de suboficiales en marzo de 2000, ya que su decisión de no ascender al actor no obedeció a los fines y objetivos perseguidos por la normatividad, ni se respetaron los hechos y causas que dieron origen al proceso de ascenso, apartándose de las normas legales que limitaban o reglaban dicha facultad discrecional.	Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido por Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, pero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
C-179/06	ALFREDO BELTRÁN SIERRA	ocho (8) de marzo de dos mil seis (2006)	CONSTITUCIONALIDAD	El retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general.	Jurisprudencialmente se establece que los actos administrativos mediante los cuales se desvincula a un oficial tanto de la policía como del ejército nacional, debe tener cierta motivación, la cual debe estar basada en uno principios claros, además de con ella propender por la efectivización misma de los fines del estado	Declarar EXEQUIBLES los artículos 4, parcial, de la Ley 857 de 2003, y 104 del Decreto- Ley 1770 de 2000.
T-995/07	JAIME ARAUJO RENTERIA	veintiuno (21) de noviembre de dos mil siete (2007)	TUTELA	La Corte no se cansará de repetir que es imposible, a la luz de la Constitución Política actual de la República de Colombia, confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad antojadiza. Este es el caso que se estudia en la presente sentencia; el caso de quien opta por la profesión del policía, con todo el sacrificio que ello	Se tiene entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin	Primero.- CONFIRMAR la sentencia dictada el 21 de junio de 2007, por medio del cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la

			implica, para, a la larga, verse separado de la carrera que ha elegido, sin recibir explicación alguna. Retirar del servicio a un miembro de la dicha institución implica, en la mayoría de los casos, poner fin a un proyecto de vida y, cuando tal decisión se toma sin la justificación que requiere, que debe tomar como fundamento el interés general, el miembro desvinculado tiene que someterse a un proceso que implica, en últimas, cambiar todo su patrón vital. Cabe	perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general.	Judicatura revocó el fallo en el que, el 17 de mayo de 2007
--	--	--	--	---	---

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
T-432/08	MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA	seis (6) de mayo de dos mil ocho (2008).	TUTELA	Al respecto, esta Corporación en diversos fallos, ha subrayado las diferencias entre los procesos disciplinarios y la desvinculación discrecional y ha analizado la exequibilidad de la facultad discrecional de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional o por razones del servicio de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Ha señalado que la misma no puede ser confundida con la arbitrariedad en la toma de la decisión de retiro, ya que, en la mayoría de los casos tal disposición se encuentra supeditada a un concepto o pronunciamiento de un órgano colegiado, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa o la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, según la institución y el grado del funcionario, recomendación que, a su vez, debe estar precedida y sustentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro de los miembros de dichas instituciones, en los informes que se alleguen y en todos los	Puede ocurrir que el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado. En estos casos, para establecer si el retiro discrecional con base en información reservada vulnera o no el debido proceso, debe tenerse en cuenta si el afectado puede conocer los motivos y tener así la oportunidad de controvertirlos ante la misma Junta. El informe es reservado frente a terceros, pero no ante el eventual afectado	Primero. - REVOCAR la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2007, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. MODIFICAR la sentencia proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico -Sala Disciplinaria- el 30 de julio de 2007 y en su defecto, ORDENAR a la Dirección General de la Policía Nacional, poner en conocimiento del actor el informe emitido por la Junta de Evaluación y Clasificación respecto del afectado, para recomendar el retiro del servicio entre otros, del señor Fabián Eduardo Rosales de la Cruz, para que éste pueda ejercer

				elementos objetivos que permitan proponer el retiro o no del servicio del funcionario		su derecho de defensa frente a tal decisión.
--	--	--	--	---	--	--

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
T-569/08	RODRIGO ESCOBAR GIL	veintinueve (29) de mayo de dos mil ocho (2008)	TUTELA	el ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por lo tanto, “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública”[1] que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”.	el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas y también que la doctrina fijada por la Corte Constitucional corresponde a la regla o principio que permite solucionar el caso y tiene fuerza vinculante propia e independiente de la que le corresponde a la parte resolutoria de las sentencias de constitucionalidad, pues en esa parte resolutoria el juez se limita a indicar si una determinada disposición es exequible o no lo es,	SEGUNDO.- CONCEDER al señor Rafael Gustavo Romero Gloria la tutela de los Derechos Fundamentales al debido proceso y a la defensa y, en consecuencia ORDENAR al Ministerio de Defensa – Armada Nacional, que dentro del improrrogable término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a motivar el acto administrativo que dispuso el retiro del demandante y a plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar el retiro del soldado profesional Rafael

					sin que esa declaración condicione la fuerza del precedente que, en lo sucesivo, ha de ser aplicado a casos iguales o semejantes	Gustavo Romero Gloria, siempre y cuando haya habido solicitud formulada por el Comandante de la respectiva unidad operativa que también se hará constar. El acto administrativo motivado se notificará debidamente al demandante, de conformidad con lo legalmente dispuesto.
--	--	--	--	--	--	---



**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
T-1168/08	JAIME ARAUJO RENTERIA	veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008)	TUTELA	La motivación constituye así un medio de control del acto administrativo que debe ser suficiente, "esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión"[1] el cual no se satisface con el señalamiento de un concepto jurídico indeterminado, sino que debe obedecer a un razonamiento concreto que conduzca a la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de un determinado caso.	determinado que en el evento en que la ley expresamente excluya del deber de motivar algún acto administrativo, las razones deben quedar por lo menos expuestas en la hoja de vida del afectado. La recomendación de la respectiva junta debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos invocados, en las pruebas que se alleguen, en el examen de la hoja de vida y en todos los elementos objetivos y razonables que permitan concluir que con el retiro del funcionario se cumple el fin para el cual fue instituida la Policía Nacional. La recomendación de la respectiva junta debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos invocados, en las pruebas que se alleguen, en el examen de la hoja de vida y en todos los elementos objetivos y razonables que permitan concluir que con el retiro del funcionario se cumple el fin para el cual fue instituida la Policía Nacional.	REVOCAR el fallo emitido el 21 de mayo de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en la acción de tutela de Carlos Andrés Gutiérrez Ibáñez (T-2.025.942) por medio del cual se resolvió revocar el fallo impugnado y negar el amparo solicitado; y en su lugar CONFIRMAR en cuanto a la protección del derecho fundamental al debido proceso y por las razones expuestas en esta sentencia, el fallo proferido el 1° de abril de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, en virtud del cual se tuteló transitoriamente el derecho fundamental al debido proceso de Carlos Andrés Gutiérrez Ibáñez contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional.

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
T-1173/08	JAIME COERDOVA TRIVIÑO	veintiocho (28) de noviembre de dos mil ocho (2008).	TUTELA	<p>En ejercicio de la facultad de configuración legal sobre el régimen especial de carrera de la Fuerza Pública, el Legislador ha expedido diversas regulaciones, incorporando constantemente la facultad de retiro discrecional. Por ello, la Corte ha señalado que el régimen de la Fuerza Pública posee cierta flexibilidad, consistente en que el nominador, o los mandos militares competentes para evaluar el desempeño de los funcionarios, poseen un margen de apreciación amplio en virtud de las actividades especiales que desarrolla la Fuerza Pública, derivadas de su delicada misión institucional.</p> <p>Pero esta Corporación también ha establecido de manera inequívoca, que esa flexibilidad no puede llegar al punto de comprometer los principios constitucionales que orientan la conformación y las actuaciones de la Fuerza Pública; los principios que definen la carrera administrativa (igualdad y mérito); o el derecho fundamental al debido proceso pues, como se explicó en la sentencia referida, "En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables</p>	<p>la existencia de razones que guarden relación con las funciones y finalidades de la Fuerza Pública como sustento de la decisión; (ii) que esas razones se plasmen, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el Acta del Comité o la Junta de calificación respectivas; (iii) en el caso de los suboficiales de las Fuerzas Militares, la ley establece la obligación de que exista una recomendación previa al retiro, emitida por el Comité de Evaluación para la aplicación del artículo 104 del decreto 1790 de 2000; (iv) que se garantice al peticionario el derecho a ser oído por el Comité; (iv) que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado.</p>	<p>PRIMERO. - REVOCAR las sentencias proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el cinco (5) de marzo de dos mil ocho (2008), en primera instancia, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el veintiocho (28) de abril de dos mil ocho (2008) en segunda instancia.</p> <p>SEGUNDO.- CONCEDER al señor Lucas Julián Rincón Sánchez la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa y, en consecuencia ORDENAR al Comandante del Ejército Nacional, que dentro del improrrogable término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a motivar el acto administrativo que dispuso el retiro del demandante y a plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar el retiro del Sargento Segundo Lucas Julián Rincón Sánchez. El acto administrativo motivado se notificará debidamente al demandante, de conformidad con lo legalmente dispuesto.</p> <p>TERCERO. - Si vencido el término concedido para proceder a motivar el acto administrativo no se hubiere producido la motivación, el señor Rincón Sánchez deberá ser reintegrado de inmediato al Ejército Nacional.</p>

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
T-111/09	CLARA ELENA REALES GUITIERREZ	veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009).	TUTELA	decisión de retiro de un miembro de la Policía Nacional debe estar precedida del concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación, en el caso indicado por la ley, la Corte ha entendido que esta recomendación, se insiste, debe estar sustentada en elementos de juicio objetivos y razonables que permitan justificar el retiro del funcionario de la Institución	Puede ocurrir que el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado. En estos casos, para establecer si el retiro discrecional con base en información reservada vulnera o no el debido proceso, debe tenerse en cuenta si el afectado puede conocer los motivos y tener así la oportunidad de controvertirlos ante la misma Junta. El informe es reservado frente a terceros, pero no ante el eventual afectado, salvo que las circunstancias indiquen mantener excepcionalmente la reserva	Primero. - REVOCAR la sentencia dictada dentro del expediente T-2029364, el 29 de mayo de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante la cual se revoca la decisión del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Disciplinaria. Segundo. - TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso del señor Germán Ernesto Muñoz Díaz. Como consecuencia de lo anterior, dejar sin efectos el Decreto No. 3647 de septiembre de 2007 y ORDENAR a la Dirección General de la Policía Nacional, que expida nuevamente el acto administrativo el cual deberá ser motivado y puesto en conocimiento del señor Muñoz Díaz, para que éste pueda controvertirlo, si así lo considera.

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTE NCIA	MAGISTR ADO PONENT E	FECHA	TIPO DE SENTE NCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
T- 655/09	MARIA VICTORIA CALLE	diecisiete (17) de septiembre de dos mil nueve (2009)	TUTELA	Puede ocurrir que el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado. En estos casos, para establecer si el retiro discrecional con base en información reservada vulnera o no el debido proceso, debe tenerse en cuenta que el afectado puede conocer los motivos y tener así la oportunidad de controvertirlos ante la misma Junta	Las Fuerzas Armadas tienen amplias facultades para remover a sus miembros. Ahora bien, dichas facultades no pueden ser ejercidas con arbitrariedad, la desvinculación de un soldado del Ejército Nacional por razones del servicio, debe estar antecedida del informe del Comité de Evaluación, el cual debe ofrecer un examen de fondo, completo y preciso de las razones que se invocan para el retiro, y de los elementos razonables y objetivos que permitan sugerir la desvinculación del soldado. Cuando el retiro discrecional del servicio se base en un informe reservado, la reserva se mantendrá frente a terceros, pero no frente al soldado objeto del retiro, quien tiene derecho a conocer dicho informe. En aras de garantizar el debido proceso, se le permite al soldado conocer el informe reservado para controvertir la decisión de su retiro	REVOCAR parcialmente la sentencia dictada el 22 de abril de 2009, por el Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en el sentido de tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social del accionante, por las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia.
T- 824/09	LUIS ERNEST O VARGAS SILVA	diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009).	TUTELA	La motivación permite dilucidar el límite entre lo discrecional y lo arbitrario; si no fuera así, el único apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta, aspecto que contraviene los postulados esenciales de un Estado de Derecho en donde lo que impera no es el poder puramente personal[2], sino la manifestación de la autoridad acorde con los principios constitucionales y con la ley.	La discrecionalidad de los actos de retiro no es absoluta, y por ello, no puede llegar al punto de comprometer los principios constitucionales que orientan la conformación y las actuaciones de la Fuerza Pública, ni el derecho fundamental al debido proceso	Primero: REVOCAR la sentencia proferida el 8 de abril de 2010 por la Sección Segunda Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por medio de la cual confirmó el fallo emitido por la Sección Cuarta Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

<b>SENTE NCIA</b>	<b>MAGISTR ADO PONENT E</b>	<b>FECHA</b>	<b>TIPO DE SENTE NCIA</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
T- 723/10	JUAN CARLOS HENAO PÉREZ	trece (13) de septiembre de dos mil diez (2010)	TUTELA	El deber de motivación deriva de la garantía del derecho constitucional al debido proceso, el cual implica que cuando está en discusión la disposición de un derecho, el afectado tiene la seguridad de contar con condiciones sustanciales y procesales para la protección o defensa de sus intereses. Y es con la finalidad, precisamente, de desarrollar este derecho, que se impone el respeto a los principios de publicidad, inmediatez y libre apreciación de la prueba, dándosele la oportunidad al afectado de exponer sus argumentos y aportar pruebas que contribuyan para su defensa, para lo cual necesita conocer los motivos de una determinada decisión para poder controvertirla.	El deber de motivar las actuaciones discrecionales es de tal relevancia, que incluso en el evento en que expresamente la ley autoriza no motivar un acto, esta Corporación ha señalado que las razones han de quedar expuestas en la hoja de vida del afectado.	Primero: REVOCAR la sentencia proferida el 8 de abril de 2010 por la Sección Segunda Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por medio de la cual confirmó el fallo emitido por la Sección Cuarta Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTE NCIA	MAGISTR ADO PONENT E	FECHA	TIPO DE SENTE NCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
T- 267/12	JORGE IVÁN PALACIO PALACIO	Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)	TUTELA	En virtud de las facultades discrecionales el legislador autoriza a ciertos órganos del Estado para que puedan adoptar decisiones con un mayor grado de libertad, en razón a las particularidades de la función que se ejecuta. Así esta Corporación “ha construido una sólida doctrina constitucional en torno a la posibilidad de que el legislador otorgue a la administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el [objeto] de facilitar la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignada” De esta manera, “puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión”.	Se ha establecido que a la administración le corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente	Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 16 de agosto de 2011, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que declaró la improcedencia del amparo y revocó el fallo del 28 de julio de 2011 dictado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá
T- 638/12	LUIS ERNEST O VARGAS SILVA	dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012).	TUTELA	el Tribunal Constitucional ha exigido la motivación de los actos de desvinculación de los miembros de la fuerza pública. Aunque, debe indicarse que este precedente se constituyó a partir de tutelas interpuestas directamente contra la –Nación- el Ejército o Policía Nacional, cuando el personal de las referidas institucional era retirado del servicio	la motivación de los actos de retiro no se agota en examen objetivo y razonable por parte de la respectiva junta o comité del supuesto de hecho que permita concluir que la recomendación de la desvinculación es acorde a los fines que persigue la ley. Los referidos motivos deben quedar plasmados en el acto	REVOCAR la sentencia proferida, el 9 de febrero de 2012 por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 3 de noviembre de

				sin motivación por razones de la mejora del servicio. Por eso, todas las providencias de esta línea jurisprudencial ordenaron a la fuerza pública motivar dichos actos jurídicos.	administrativo de retiro, pues es éste el que será notificado al servidor público, el que contiene la manifestación de voluntad de la administración y el que es objeto de control judicial	2011, emitido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que negó el amparo constitucional solicitado, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos al debido proceso y a la igualdad, del señor Luis Alberto Ramos Pájaro.
--	--	--	--	---	---	---

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

<b>SENTENCIA</b>	<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>FECHA</b>	<b>TIPO DE SENTENCIA</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
T-265/13	JORGE IVÁN PALACIO	Bogotá D.C., ocho (8) de mayo mil trece (2013)	TUTELA	La consecuencia práctica de la abolición de los poderes omnimodos en un Estado de derecho es que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad de este carácter debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución. Sin embargo, no es admisible en un Estado de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte, toda vez que de esta manera "se hace	La atenuación en el deber de motivación al ejercer facultades discrecionales no implica que se pueda acudir a expresiones abstractas como "por razones del servicio" o "por necesidades de la fuerza". Este tipo de afirmaciones genéricas no le permiten al administrado conocer si la medida se ajusta a los fines de la norma que consagra la facultad discrecional, ni establecer si aquella es proporcional a los hechos que le sirven de causa	Segundo.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, –Sección Cuarta-, el 28 de julio de 2011, que a su vez confirmó el dictado por la Sección Segunda Subsección "B" de esa misma corporación, el 26 de mayo de 2011, que denegó las pretensiones de la demanda de tutela impetrada por la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

				<p>efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la administración le corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente</p>		
T-729/13	<p>LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ</p>	<p>diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013)</p>	TUTELA	<p>La motivación del acto administrativo se convierte en la garantía con la que cuenta el ciudadano, para que en caso de que la administración adopte una decisión que lo afecta, pueda solicitar su reconsideración mediante el agotamiento de los recursos de reposición y apelación (conocida como la vía gubernativa antes de la vigencia del CPACA) o acudiendo ante el juez contencioso administrativo para enjuiciar su legalidad.</p> <p>En innumerables ocasiones el deber de motivación, como ocurre con los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, se vincula con el ejercicio de una potestad discrecional. Esta última ha sido entendida como la herramienta jurídica prevista en la ley para lograr una buena administración pública, pues les brinda a las autoridades la</p>	<p>motivación, aunque sea mínima, es un elemento indispensable en la realización del acto discrecional, la cual, a pesar de no estar sujeta a la previsión de una fórmula sacramental, sí debe relacionarse de forma directa con la causal que se invoca para justificar el retiro y cumplir con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo anterior, sin perjuicio de las cargas que se imponen en el ordenamiento jurídico, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los oficiales de la Policía Nacional, en los que la facultad para el retiro discrecional por razones del servicio se sujeta a la previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, cuyo informe debe ser puesto de presente en el aludido acto de desvinculación, con miras a garantizar los derechos de defensa y contradicción del afectad</p>	<p>REVOCAR la sentencia proferida el 25 de abril de 2013 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro de la acción de amparo constitucional instaurada por el señor William César Jalal Ramos contra el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en su lugar,</p>



				posibilidad de decidir bajo alternativas de ponderación, la oportunidad o conveniencia de una acción, dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico.	
--	--	--	--	---	--

<b><u>LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL</u></b>						
<b>SENTENCIA</b>	<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>FECHA</b>	<b>TIPO DE SENTENCIA</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
SU-053/15	GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	febrero doce (12) de dos mil quince (2015).	UNIFICACION	la potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica "una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho	El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante, lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.    v. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales	REVOCAR la sentencia proferida el 26 de octubre de 2011, adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y el fallo proferido por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 11 de agosto de 2011.
SU-172/15	GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	dieciséis (16) de abril de dos mil	UNIFICACION	El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo,	Los actos de retiro no son susceptibles de motivación. Sin embargo, los mismos deben ser expedidos cumpliendo las exigencias legales y constitucionales respectivas, de las cuales la principal es la verificación	Primero. LEVANTAR la suspensión de términos que se había dispuesto en la presente acción de tutela y

		<p>quince (2015).</p>	<p>lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante, lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.</p>	<p>del concepto previo emitido por el Comité de Evaluación correspondiente.</p>	<p>REVOCAR el fallo proferido el 3 de julio de 2013, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que en su momento modificó el dictado, el 21 de marzo de ese año, por la Sección Cuarta de la misma colegiatura, por el cual se declaró improcedente la acción de tutela de la referencia.</p>
--	--	-----------------------	--	---	--

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
SU288/15	MAURICIO GONZALES CUERVO	Catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)	UNIFICACION	<p>El ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública” que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”. En efecto, “debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, [sino que ha de quedar] consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder</p>	<p>Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente estén motivados en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio. El concepto emitido por las juntas asesoras o comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante, lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de</p>	<p>REVOCAR la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera del 6 de marzo de 2014, que confirmó lo previsto en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, del 23 de octubre de 2013, que negó las pretensiones del señor Marco José Cordero García. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia.</p>

				<p>fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.</p> <p>Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.</p> <p>Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro, so pena de incurrir en la causal específica de procedencia de la acción de tutela por defecto fáctico</p>	
--	--	--	--	--	--

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
SU091-16	JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB	veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)	UNIFICACION	<p>El retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. Si bien no es exigible a la Fuerza Pública una motivación expresa del acto, pues ella está claramente contenida en la Ley, lo cierto es que tampoco es aceptable que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder.</p>	<p>A juicio de la Corte al exigir motivación expresa a estos actos de retiro se desnaturaliza la estructura jerarquizada y piramidal de las instituciones de la Fuerza Pública, así como la facultad discrecional de estos organismos de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial. Pues tal y como se expresó en la parte considerativa de esta sentencia, la figura del llamamiento a calificar servicios opera como un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, constituyéndose en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene cada institución, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario.</p>	<p>PRIMERO. En el expediente T-4.862.375. CONFIRMAR, por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta el veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015), que confirmó la sentencia de primera instancia emitida por la Sección Cuarta de esa Corporación el veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014)</p>
SU-217/16	GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016).	UNIFICACION	<p>El llamamiento a calificar servicios es una figura que encuentra sustento en la naturaleza constitucional de la Fuerza Pública como garante de la integridad, convivencia y seguridad de la Nación. En el caso de la Policía Nacional, la Constitución le otorga al Legislador la facultad de regular todo lo concerniente al régimen de carrera de la institución. Así, la Ley 857 de 2003 señala que los miembros del cuerpo de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional solo podrán ser llamados a calificar servicios cuando cumplan con los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro y cuando exista un concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional.</p>	<p>La sentencia SU-091 de 2016 unificó una regla jurisprudencial que determinó que los actos de llamamiento a calificar servicios, si bien están sometidos a la eventualidad de un control judicial posterior como todos los actos administrativos, no requieren de una motivación más allá de la extra textual contemplada en las normas sobre la materia.</p>	<p>Primero- LEVANTAR la suspensión del término decretado para decidir el presente asunto.</p>

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL**

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	FECHA	TIPO DE SENTENCIA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
SU237/19	CARLOS BERNAL PULIDO	Treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019)	UNIFICACION	No incurrió en el defecto por desconocimiento del precedente constitucional alegado, toda vez que los argumentos del accionante se fundaron en consideraciones que no constituyen precedente. Igualmente, constató que, por el contrario, dicho fallo sí cumplió con las reglas jurisprudenciales de motivación en los actos de llamamiento a calificar servicios, establecidas en las sentencias de unificación SU-091 y SU-217 ambas de 2016..	i) el llamamiento a calificar servicios no debe contener necesariamente una motivación expresa porque su fundamentación deriva de la ley, constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial ante el juez de lo contencioso. Sin embargo, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta. Estas reglas armonizan el criterio del mérito en el ascenso con las necesidades del servicio y las exigencias de renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública.	Primero- Negar el amparo

Anexo B.. Línea jurisprudencial Consejo de Estado

<b><u>LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO</u></b>						
<b>SECCION</b>	<b>RADICACION</b>	<b>FECHA</b>	<b>CONSEJERO PONENTE</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
<b>SECCION SEGUNDA</b>	0605-01	22/11/2001	NICOLAS PAJARO PEÑARANDA	<p>La carga de la prueba del desvío de poder y la falsa motivación, por ser vicios que afectan al acto administrativo que goza en principio de la presunción de legalidad, le corresponde al impugnante y es éste quien tiene que demostrar que la administración ha perseguido un fin diferente a aquél que el derecho ha asignado, cuestión que no aconteció en el sub iudice.</p> <p>las circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante la permanencia en la institución, debieron ser tenidas en cuenta para no retirarlo, ha de reiterar la Sala, que tales circunstancias, tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores, pues bien puede existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios.</p>	<p>retirado del servicio mientras se adelantaba la investigación disciplinaria originada por la supuesta comisión de una falta, circunstancia que “per se” no vicia de nulidad el acto, ya que como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, la facultad discrecional no se vuelve destitución por el hecho de que se esté adelantando contra el empleado un proceso disciplinario, pues una y otra actuación corresponde a funciones diferentes.</p>	<p>CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Quindío el veinte (20) de octubre de dos mil (2000) en el proceso instaurado por el señor JAIRO BEDOYA GARCIA contra la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.</p>
<b>SECCION SEGUNDA</b>	68001-23-31-000-1997-3030-01(2955-01)	7/03/2002	ANA MARGARITA OLAYA FORERO	<p>circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante la permanencia en la institución, ha de reiterar la Sala, que tales circunstancias, tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores, pues bien puede existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios.</p> <p>Como es sabido, la carga de la prueba de desvío de poder por ser un vicio que afecta al acto administrativo que goza en principio de la presunción de legalidad, le corresponde al</p>	<p>tuvo razón el a quo al considerar que no fueron demostrados los vicios de que se acusó el acto demandado por lo que se impone la confirmación del fallo recurrido.</p>	<p>CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander – Sala de Descongestión el veintinueve (29) de diciembre de dos mil (2000) en el proceso instaurado por el señor PASTOR CAMPOS</p>

				impugnante y es éste quien tiene que demostrar que la administración ha perseguido un fin diferente a aquél que el derecho ha asignado, cuestión que no aconteció en el sub judice.		GAMBOA contra la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.
--	--	--	--	---	--	---

<b><u>LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO</u></b>						
<b>SECCION</b>	<b>RADICACION</b>	<b>FECHA</b>	<b>CONSEJERO PONENTE</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
<b>SECCION SEGUNDA</b>	25000-23-25-000-1999-01756-01(5199-01)	25/07/2002	NICOLAS PAJARO PEÑARANDA	<p>carga de la prueba del desvío de poder y la falsa motivación, por ser vicios que afectan al acto administrativo que goza en principio de la presunción de legalidad, le corresponde al impugnante y es éste quien tiene que demostrar que la administración ha perseguido un fin diferente a aquél que el derecho ha asignado, cuestión que no aconteció en el sub judice.</p> <p>las circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante la permanencia en la institución, debieron ser tenidas en cuenta para no retirarlo, ha de reiterar la Sala, que tales circunstancias, tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le ha conferido a los nominadores, pues bien puede existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios.</p>	la determinación contenida en el acto impugnado se llevó a cabo en uso de la facultad discrecional, sin que fuera necesario, que para el ejercicio de dicha potestad se realizara un juzgamiento de la conducta del actor, o que se hubiera expresado o se deja constancia de los motivos que tuvo el Director de la Institución para ordenar el retiro del servicio.	<p>REVOCASE el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", el veintidós (22) de junio de dos mil uno (2001) en el proceso instaurado por el señor JOSE ALIRIO SALAMANCA SALAMANCA contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional</p>



<p><b>SECCION SEGUNDA</b></p>	<p>25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02)</p>	<p>8/05/2003</p>	<p>ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO</p>	<p>Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.</p>	<p>En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.</p>	<p>REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" de fecha 30 de noviembre de 2001 mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por JOSE HUMBERTO MEDINA DONATO.</p>
-------------------------------	--	------------------	------------------------------------	---	---	--

**LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO**

<b>SECCION</b>	<b>RADICACION</b>	<b>FECHA</b>	<b>CONSEJERO PONENTE</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
<b>SECCION SEGUNDA</b>	68001-23-15-000-1997-12673-01(5985-02)	1/04/2004	ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO	Como expresión del ejercicio de la potestad discrecional, no es necesario que la autoridad administrativa manifieste y exteriorice los criterios que tuvo en cuenta para disponer la separación del servicio de sus servidores y por ello, no es dable calificar de arbitraria la actuación que omite consignar tales motivos; éstos se entienden intrínsecos en la decisión	El retiro del actor, por razones del servicio, no requiere manifestar expresamente las causas del mismo, basta que se cumplan las formalidades previstas en la ley	CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander
<b>SECCION SEGUNDA</b>	25000-23-25-000-2000-01435-01(6207-03)	10/03/2005	ALBERTO ARANGO MANTILLA	Quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que contiene una decisión de esa naturaleza, esté obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición, lo cual en el presente caso no se probó.	La motivación de los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios, no requiere de motivación, pero El "llamamiento a calificar servicios" es una situación que, de acuerdo con el marco normativo que antecede, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional, y, por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad. serán aprobados únicamente cuando se haya levantado la respectiva acta de la junta asesora del ministerio de defensa.	CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

**LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO**

<b>SECCION</b>	<b>RADICACION</b>	<b>FECHA</b>	<b>CONSEJERO PONENTE</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
<b>SECCION SEGUNDA</b>	76001-23-31-000-2001-01511-01(8762-05)	6/08/2009	VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA	La hoja de vida del miembro de la fuerza pública, no garantiza estabilidad en el cargo.	El llamamiento a calificar servicios es un acto discrecional, por tanto, no requiere motivación. El jefe de personal de la policía nacional puede estar presente en la junta asesora del ministerio de defensa, tendrá voz, pero no voto.	CONFÍRMASE la sentencia de 19 de octubre de 2004, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca
<b>SECCION SEGUNDA</b>	19001-23-31-000-2002-00444-01(0516-09)	25/03/2010	GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN	la carga de la prueba de desvío de poder por ser un vicio que afecta al acto administrativo que goza en principio de la presunción de legalidad, le corresponde al impugnante y es éste quien tiene que demostrar que la administración ha perseguido un fin diferente a aquél que el derecho ha asignado, cuestión que no aconteció en el sub iudice.	el actor, existe como único requisito que el funcionario a retirar hubiera cumplido 15 años o más de servicio, lo cual debe realizarse mediante acto administrativo expedido por la Dirección General de la Policía Nacional.  Del examen del acto acusado y de los elementos probatorios allegados al proceso, frente a la exigencia legal señalada se colige que aquél se encuentra ajustado a derecho, pues no sólo fue expedido por el Director General de la Policía Nacional - (fls: 3 y 4); sino que además contaba con más de quince (15) años de servicio en la Institución como se desprende del extracto de la hoja de vida, toda vez que fue vinculado desde el 21 de	CONFÍRMASE la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2008, por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso instaurado por el señor ALFREDO JESUS RIASCOS REYES contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL

					abril de 1986 (fl.2 del cuaderno de pruebas de la demanda).	
<b>SECCION SEGUNDA SUBSECCION A</b>	25000-23-25-000-1999-06200-01(0505-04)	8/04/2010	ALFONSO VARGAS RINCON	El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurrieron razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre.	El mismo razonamiento hasta aquí expuesto, lleva a la Sala a la convicción incontrovertible de que la causa determinante para la expedición del acto de retiro aquí atacado, no fue el interés de mantener o mejorar el servicio público a cargo de la entidad demandada, todo lo contrario, ello refleja más bien una actitud a todas luces contraria al mismo, es decir, se configura la desviación de poder que hace nulo el acto impugnado.	REVÓCASE la sentencia del 28 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala de Descongestión -, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por Guillermo Alberto Díaz Díaz.
<b>SECCION SEGUNDA SUBSECCION A</b>	54001-23-31-000-2001-00054-01(1065-10)	18/08/2011	ALFONSO VARGAS RINCON	El Acta del Comité de Evaluación no constituye un acto administrativo enjuiciable ante el contencioso administrativo, porque es un acto preparatorio del acto principal que es el que modifica la situación jurídica laboral del actor frente a la Institución demandada	Ni el acta del Comité de Evaluación y Clasificación, ni el acto de retiro requiere ser motivados ni notificados al afectado.	CONFÍRMASE la sentencia de 30 de octubre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que negó las pretensiones de la demanda

**LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO**

<b>SECCION</b>	<b>RADICACION</b>	<b>FECHA</b>	<b>CONSEJERO PONENTE</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
<b>SECCION SEGUNDA SUBSECCION B</b>	68001-23-31- 000-2004- 00753- 01(0779-11)	17/11/2011	GERARDO ARENAS MONSALVE	el llamamiento a calificar servicios en términos prácticos conduce al cese de las funciones de un agente en servicio activo, ello no comporta una sanción, despido ni exclusión infamante o denigrante; por el contrario, las normas que prevén tal instrumento consagran en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales.	las consideraciones que anteceden, debe decirse que si bien la tesis jurisprudencial de la Sala, tradicionalmente ha sido que la idoneidad para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de las funciones, no le otorgan a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas una estabilidad absoluta, esto es, una permanencia indefinida en el grado que ostenta, en el caso concreto, las circunstancias de tiempo y modo que rodearon la decisión de retiro del servicio del demandante por llamamiento a calificar servicios hacen suponer que dicha medida no estuvo acorde a los fines de la norma que la autoriza, ni a los principios que gobiernan la función pública.	REVÓCASE la sentencia de 23 de septiembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por MARIO ALBERTO CAÑAS ORTEGA contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

<b>SECCION SEGUNDA SUBSECCION B</b>	05001-23-31-000-2001-03004-01(0357-12)	20/03/2013	GERARDO ARENAS MONSALVE	Tratándose del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan.	La motivación de los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios, no requiere de motivación, pero serán aprobados únicamente cuando se haya levantado la respectiva acta de la junta asesora del ministerio de defensa.	CONFÍRMASE parcialmente la sentencia de 17 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se declaró inhibido para emitir un pronunciamiento de fondo
<b><u>LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO</u></b>						
<b>SECCION</b>	<b>RADICACION</b>	<b>FECHA</b>	<b>CONSEJERO PONENTE</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
SECCION SEGUNDA	11001-03-15-000-2013-01936-01(AC)	30/10/2014	ALFONSO VARGAS RINCON	El retiro por llamamiento a calificar servicios se produce en ejercicio de una facultad discrecional, la cual por su naturaleza no requiere motivación, se presume ejercida en aras del buen servicio y quien afirme que en su expedición concurren razones diferentes, tiene a su cargo la obligación de aducir e incorporar la prueba que así lo demuestre.	El llamamiento a calificar servicios es una facultad discrecional, razón por la cual el acto administrativo que la decreta no requiere de motivación.	REVÓCASE la sentencia del 3 de julio de 2014, por medio de la cual el Consejo de Estado
SECCION CUARTA	11001-03-15-000-2014-02276-00	10/12/2014	HUGO FERNANDO BASTIDAS	Descongestión, valoró debidamente las pruebas del proceso, pero concluyó que el buen desempeño laboral que invocaba el señor Reyes Rincón no era suficiente para mantenerse en el servicio activo. Es decir, que el demandante no desvirtuó la presunción de que el retiro se produjo por la renovación	llamamiento a calificar servicios, en cuanto estimó que, por tratarse de una facultad discrecional, se presume que el retiro, por llamamiento a calificar servicios, obedece a razones de buen servicio y de renovación institucional y no es necesario que los hechos que la administración	Denegar el amparo solicitado por el señor Humberto Reyes Rincón.

				<p>del personal de la institución y, por lo tanto, se denegaron las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.</p>	<p>tiene en cuenta para dictarlo aparezcan explícitos en el acto administrativo. Que, en concreto, el ejercicio de la facultad discrecional, por llamamiento a calificar servicios, requiere únicamente del concepto previo de la junta asesora y del cumplimiento de los requisitos para acceder a la asignación de retiro. Que, cumplidos esos requisitos, el retiro se presume legal, con el objeto de renovar el personal uniformado de la Fuerza Pública.</p>	
--	--	--	--	--	--	--

**LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO**

SECCION	RADICACION	FECHA	CONSEJERO PONENTE	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
SECCION QUINTA	110010315000201402276-01	26/03/2015	ALBERTO YEPES BARREIRO	Para esta Corporación, contrario a lo argumentado por la Corte, dichos actos por su naturaleza no requieren de motivación, pues se producen en ejercicio de una facultad discrecional y se presume que obedecen a razones del buen servicio, por lo que quien afirme que en su expedición concurren razones diferentes tiene el deber de demostrarlo.	tanto en la decisión del Juzgado como del Tribunal se hace claridad en que la desviación de poder debe ser debidamente probada, circunstancia por la que precisamente el ad quem confirmó la decisión del a quo, pues a su juicio no existió suficiente material probatorio que demostrara que el retiro del señor Reyes Rincón se debió a la voluntad de los encargados de hacer la recomendación del retiro ante la Junta Asesora del Ministerio de Defensa.	CONFIRMAR la sentencia de 10 de diciembre de 2014 proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación y que negó el amparo solicitado por el señor Larry Humberto Reyes Rincón, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia
SECCION CUARTA	11001-03-15-000-2014-02413-01	29/04/2015	HUGO FERNANDO BASTIDAS	la Sala advierte que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, guarda correspondencia con el precedente judicial, relacionado con el retiro del servicio de los miembros de la Policía Nacional, por llamamiento a calificar servicios.	el tribunal concluyó que un oficial o suboficial de la Policía Nacional puede ser retirado por llamamiento a calificar servicios, siempre que supere 15 años de servicios. Que, según la hoja de vida del señor Luis Fernando Ayala Neira cumplió 19 años y 21 días al servicio de la Policía Nacional. Que, por lo tanto, podía ser retirado. Preciso, además, que la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios se ejerce en beneficio de la misión constitucional y legal de la Policía Nacional, que exige la renovación del personal, y, por lo tanto, se presume legal, salvo que se demuestre lo contrario. Que el señor Ayala Neira no desvirtuó dicha presunción y que, en todo caso, su buen desempeño laboral no era suficiente para mantenerse en el servicio activo. Que, por lo tanto, el acto de retiro permanecía incólume.	Confirmar la sentencia impugnada.



**LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO**

<b>SECCION</b>	<b>RADICACION</b>	<b>FECHA</b>	<b>CONSEJERO PONENTE</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
SECCION SEGUNDA SUBSECCION B	11001-03-15- 000-2016- 00387-00(AC)	7/12/2016	GERARDO ARENAS MONSALVE	El retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción o trato degradante, pues es un instrumento que facilita que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de policía disfruten de la asignación de retiro sin necesidad de que continúen en el ejercicio de las actividades castrenses.	Esta Corporación ha fijado el criterio según el cual no es necesario expresar las razones por las que se desvincula a un oficial de la Policía Nacional bajo esa causal, en tanto la motivación está prevista en la ley.	SE TUTELAN los Derechos Fundamentales al debido proceso y a la igualdad de Nación-Ministerio de Defensa Policía Nacional-Secretaría General, vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca
SECCION CUARTA	11001-03-15- 000-2015- 03447-01(AC)	30/08/2016	JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ	que se verifique el cumplimiento de los requisitos que la norma contempla, para que sea procedente el llamamiento a calificar servicios, sin que el retiro por esta causa, se entienda como una sanción, a pesar de ser un buen servidor el que se retira de la Institución.	que haya cumplido el tiempo necesario exigido en el marco legal para ser beneficiario de una asignación de retiro, y ii) la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional haya dado su concepto previo favorable para el efecto.  Lo anterior, se explica en el hecho de que el llamamiento a calificar servicios constituye una facultad legítima del Gobierno Nacional para permitir la renovación del personal uniformado de la Policía Nacional, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, como una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental al debido proceso, en particular el derecho de defensa.	CONFÍRMASE la providencia impugnada proferida el 5 de mayo de 2016 por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", por las razones expuestas en la motivación precedente

					Todo en el marco de una estructura piramidal, que no permite que todos sus miembros sean ascendidos, y garantizándole el derecho al llamado a calificar servicios al reconocimiento de la asignación de retiro, por el cumplimiento del requisito fijado en la Ley para acceder a tal beneficio.	
SECCION SEGUNGA SUBSECCION B	41001-23-31-000-2003-00401-01	1/12/2016	CESAR PALOMINO CORTES	ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares disfruten de la asignación de retiro	no se requiere la motivación expresa del acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, ya que se presume expedido con la finalidad de relevar la línea jerárquica en aras del buen servicio, cuando se tiene concepto de la junta asesora, solo para oficiales, y se han cumplido 15 años o más de servicio.	CONFIRMAR la sentencia del 18 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila que negó las pretensiones de la demandada presentada por el señor Jaime Marino Villamizar Carrillo contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por las razones expuestas en la presente sentencia.
SECCION QUINTA	11001-03-15-000-2016-03187-01(AC)	9/03/2017	LUCY JEANNETTE BERMUDEZ	tratándose del acto de retiro por llamamiento a calificar servicios (como sucede en el presente asunto), no se debe exigir motivación alguna, puesto que al no tratarse de una sanción lo que se busca es una renovación del personal del cuerpo armado que no requiere más allá que el funcionario haya cumplido un determinado tiempo de servicio y tenga derecho a la asignación de retiro	los actos de retiro por llamamiento a calificar servicios no debían estar motivados, es del 12 de febrero de 2015; mientras que, por otra parte, la providencia SU-091, es del 25 de febrero de 2016.	CONFIRMAR la sentencia de 26 de enero de 2017, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que denegó el amparo solicitado por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia

**LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO**

SECCION	RADICACION	FECHA	CONSEJERO PONENTE	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
<b>SECCION SEGUNDA SUBSECCION B</b>	25000-23-42-000-2013-00111-01(0318-14)	4/05/2017	CARMELO PERDOMO CUETER	<p>["los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. También se ha reiterado que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre, en principio, con la carga de la prueba. La desviación de poder debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto".</p>	De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la POLICIA NACIONAL, la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la trajinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas.	Confirmase la sentencia proferida el 11 de octubre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección C), que negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Mayli Ginette Villarraga Céspedes contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, conforme a lo expuesto en la parte motiva.
<b>SECCION CUARTA</b>	11001-03-15-000-2017-0071-00	4/05/2017	MILTON CHAVEZ GARCIA	La Corte Constitucional como el Consejo de Estado, tienen un criterio uniforme a cerca de este tema, el cual consiste en que, todo acto discrecional de retiro supone el mejoramiento del servicio, razón por la cual no requiere motivación alguna, pues se encuentra amparado en la presunción de legalidad.	El retiro por llamado a calificar servicios, es una facultad discrecional del gobierno nacional que se presume su motivación por ley, y que está inspirada por el buen servicio, cuyos únicos requisitos son llevar más de 15 años de servicio en la institución para tener derecho a la asignación de retiro y tener una decisión previa de la junta asesora del ministerio de defensa.	DENEGAR el amparo.

<b>SECCION CUARTA</b>	11001-03-15-000-2016-03332-01	1/06/2017	HUGO FERNANDO BASTIDAS	El ejercicio de la potestad discrecional, no es necesario que la autoridad nominadora manifieste los criterios y razonamientos que tuvo en cuenta para el retiro del servicio, y que existen circunstancias que no está obligada a explicar en el acto que decide retirar a algún oficial o suboficial, por lo tanto, quien pretenda desvirtuar la legalidad del acto administrativo de retiro debe demostrar la existencia de móviles distintos al buen servicio público.	La hoja de vida y el buen desempeño de los oficiales no es un seguro que permita que se siga prestando el servicio, por lo que no debe tenerse en cuenta a la hora de retirar a los oficiales del servicio, siempre y cuando cumplan con los requisitos para acceder a una asignación de retiro.	Confirmar la sentencia impugnada
-----------------------	-------------------------------	-----------	------------------------	--	--	----------------------------------

**LINEA JURISPRUDENCIAL CONSEJO DE ESTADO**

<b>SECCION</b>	<b>RADICACION</b>	<b>FECHA</b>	<b>CONSEJERO PONENTE</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
SECCION CUARTA	11001-03-15-000-2017-01109-00(AC)	6/09/2017	STELLA JEANNETE CARVAJAL	El retiro por llamamiento a calificar servicios es una facultad del Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o del Director General de la Policía Nacional en relación con los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, para lo cual deben presentarse dos condiciones: (i) que el uniformado alcance los presupuestos de acceso al reconocimiento de la asignación de retiro y (ii) que exista recomendación en ese sentido de la Junta Asesora.	Exigir una motivación del acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza esa figura que fue establecida por el legislador para mantener la estructura jerarquizada y piramidal de la Fuerza Pública	NIÉGANSE las pretensiones de la acción de tutela
SECCION SEGUNDA	25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14)	12/10/2017	GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ	idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario.	Lo hasta aquí expuesto, esta Corporación ha fijado el criterio según el cual no es necesario expresar las razones por las que se desvincula a un oficial de la Policía Nacional bajo esa causal, en tanto la motivación está prevista en la ley	CONFÍRMASE la sentencia de 18 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las

				La estructura jerárquica de la fuerza pública es piramidal, es decir, que en la medida en que se asciende se restringe progresivamente el número de cupos, por tanto, no todos los oficiales que tengan una buena hoja de vida pueden llegar a los más altos rangos o niveles		pretensiones de la demanda incoada por el señor Luis Alberto Ortiz Quintero contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.
SECCION SEGUNDA	11001-03-15-000-2017-03172-00(AC)	15/02/2018	RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS	la modalidad del llamamiento a calificar servicios, causal que reviste una menor intensidad de la facultad discrecional, frente a la que se ve reflejada cuando el retiro ocurre por voluntad del gobierno	para poder ser retirado por la causal de llamamiento a calificar servicio, el uniformado debe haber cumplido quince (15) años o más de servicio en la institución.  el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional	SE NIEGA la acción de tutela instaurada por el señor Carlos Alberto Castiblanco Rodríguez, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.
SECCION SEGUNDA	25000-23-25-000-2002-04531-02 (4369-2014)	31/05/2018	CARMELO PERDOMO CUETER	En lo que atañe al llamamiento a calificar servicios, si bien se efectúa en ejercicio de una facultad discrecional y para la emisión del respectivo acto administrativo debe observarse el principio de proporcionalidad, tiene como propósito la renovación del personal uniformado, por lo cual está precedido por razones de conveniencia institucional, mas no de carácter subjetivo, y en tal sentido no es dable exigir una motivación expresa o un soporte documental de esta.	la potestad de retirar del servicio por llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa, lo cierto es que no es dable que esta sea utilizada de manera arbitraria como un medio de persecución laboral o de abuso de poder, por lo que si la accionante estima que aquella tuvo un fundamento contrario a la Constitución y la ley, le corresponde la carga probatoria de demostrar que su retiro estuvo precedido por una arbitrariedad. (...) cabe precisar que si bien es cierto que se encuentran demostrados los aludidos reconocimientos y recomendaciones, también lo es que esta situación por sí sola no desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, toda vez que el buen desempeño y la idoneidad en el ejercicio de un empleo público se exige de cualquier servidor estatal y el retiro por llamamiento a calificar servicios no comporta una sanción*, sino un instrumento para relevar los mandos dentro de la	Confirmase la sentencia de veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección E en descongestión), que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por el señor Mario Alberto Sotomayor Uribe contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional,

					institución castrense, por ello se usa en la medida en que el personal oficial tenga los requisitos colmados para acceder a una asignación de retiro.	conforme a la parte motiva
SECCION SEGUNDA	08001-23-33-000-2014-01097-01(1379-17)	4/04/2019	WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ	El llamamiento a calificar servicios es una forma normal de retiro del servicio activo cuando se cumple el requisito de tiempo de servicio, para permitirle al uniformado ser beneficiario de la asignación de retiro- También se ha precisado que el retiro por llamamiento a calificar servicios no es una sanción o trato degradante, sino un instrumento por el cual se permite que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía disfruten de la asignación de retiro	se refirió al tema de motivación en el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios para indicar que en este caso, aquella está dada expresamente por la ley y para que proceda es necesario que se configuren dos requisitos, a saber: (i) tener un tiempo mínimo de servicios y (ii) ser acreedor de la asignación de retiro	Primero: Confirmar la sentencia proferida el 18 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión Oral A, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Juan Carlos Jaimes Bedoya contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

Anexo C. Línea jurisprudencial Corte Interamericana de Derechos Humanos

<b>LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b>						
<b>NOMBRE DEL CASO</b>	<b>RADICADO DE LA SENTENCIA</b>	<b>RESUMEN</b>	<b>FECHA</b>	<b>OBITER DICTA</b>	<b>RATIO DECIDENDI</b>	<b>DECISUM</b>
Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú	Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la destitución y persecución a magistrados del tribunal constitucional por no apoyar una decisión de reelección de Alberto Fujimori.	31 de enero de 2001	a. los magistrados de las Cortes Constitucionales en los países latinoamericanos deben contar con las garantías de independencia, autonomía e imparcialidad. El ordenamiento b. en el presente caso, la independencia de los jueces debe analizarse en relación con la posibilidad del Tribunal Constitucional de dictar decisiones contrarias a los poderes Ejecutivo y Legislativo, como también al carácter que debe tener el Congreso al actuar como juez en el procedimiento de destitución de magistrados. Cualquier acto estatal que afecte esa independencia y autonomía resulta contrario al artículo 8 de la Convención; jurídico peruano establece que los magistrados del Tribunal Constitucional, en su calidad de jueces que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes y revisan en última instancia las acciones de garantía o protección de Derechos Fundamentales, deben gozar, en el ejercicio de dichas funciones, de independencia, autonomía e imparcialidad; Asimismo, en el proceso de destitución se incurrió en violaciones a instrumentos de derechos humanos de carácter internacional que vinculan al Perú. La falta de un debido proceso violó la Convención Americana, en particular el artículo 8.2 sobre las garantías mínimas del inculcado: la comunicación previa	El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.	1. declara que el Estado violó, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. declara que el Estado violó, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 3. declara que el Estado incumplió la obligación general del

				de la acusación formulada, el derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, la concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa y el derecho de interrogar a los testigos. Adicionalmente, se violó el artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada en 1948.		artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señalados en los puntos resolutive anteriores de la presente Sentencia.
Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá	Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el despido arbitrario a 270 empleados públicos, así como a la falta de un debido proceso que ampare sus reclamos.	2 de febrero de 2001	El Estado no proporcionó elementos sobre los casos de todos los trabajadores, y de los que proporcionó se desprende la ineficacia de los recursos internos, en relación con el artículo 25 de la Convención. Así se evidencia que los tribunales de justicia no observaron el debido proceso legal ni el derecho a un recurso efectivo. Como fue expresado, los recursos intentados no fueron idóneos para solucionar el problema del despido de los trabajadores. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.	En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que: a) el debido proceso no puede entenderse circunscrito a las actuaciones judiciales; debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares; b) existe una identidad entre los principios que inspiran el derecho penal y los que inspiran el derecho administrativo sancionatorio ya que ambos derechos son manifestaciones del poder punitivo del Estado; c) en el ejercicio de potestades discrecionales la administración debe actuar conforme a la legalidad y a los principios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo a los destinatarios de los actos administrativos ejercer su derecho de defensa; d) las sanciones disciplinarias sólo pueden ser legalmente aplicadas por la autoridad administrativa competente como resultado de un procedimiento administrativo que respete el artículo 8 de la Convención (...)	declara que el Estado violó los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia. 2. declara que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores mencionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia.



**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

NOMBRE DEL CASO	RADICADO DE LA SENTENCIA	RESUMEN	FECHA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
Caso trabajadores Censados vs Perú	Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el despido arbitrario empleados públicos bajo la ley del proceso de racionalización de la función judicial, así como a la falta de un debido proceso que ampare sus reclamos.	24 de Noviembre de 2006	El Tribunal recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna [1]. Al establecer si el Estado es responsable internacionalmente por la alegada violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o resoluciones administrativas, o si se aplicaron o no determinadas disposiciones de derecho interno, en relación con las violaciones que se alega fueron cometidas en perjuicio de las presuntas víctimas de los hechos, sino si los procesos internos permitieron que se les garantizara un verdadero acceso a la justicia, conforme a los estándares previstos en la Convención Americana, para determinar los derechos que estaban en controversia	La Corte considera que ciertamente los Estados disponen de facultades discrecionales para reorganizar sus instituciones y, eventualmente, para remover personal en función de las necesidades del servicio público y la gestión de intereses de orden público en una sociedad democrática, si bien el ejercicio de esas facultades no puede ser sustraído del pleno respeto a las garantías del debido proceso y protección judicial, pues lo contrario podría someter a los afectados a una actuación arbitraria. No obstante, el Tribunal ha señalado los términos en que analizará la controversia existente en este caso a la luz de las obligaciones estatales derivadas de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma	El Estado violó, en perjuicio de las 257 víctimas enunciadas en el Anexo de la presente Sentencia, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 106 a 132 de esta Sentencia.

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

NOMBRE DEL CASO	RADICADO DE LA SENTENCIA	RESUMEN	FECHA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
Caso Apitz Barbera & otros (Corte primera de lo contencioso administrativo) vs. Venezuela	Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la destitución de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sin un debido proceso.	5 de agosto de 2008	Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que no hay prueba que indique que el Estado haya desconocido el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, pero sí está demostrado que su legislación (supra párr. 59) y jurisprudencia (supra párr. 61) les impidieron solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador sea revisada. Dicho de otro modo, no está demostrado el incumplimiento del deber de respeto del derecho, sino la falta de garantía del mismo. La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” <sup>83</sup> . El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia <sup>84</sup> , que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias <sup>85</sup> . En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas	El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia [1], que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. El deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1	: 1. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado, en los términos del párrafo 24 de la presente Sentencia. DECLARA, por unanimidad, que: 2. El Estado no violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal competente, conforme a los párrafos 47 a 53 de esta Sentencia 3. El Estado no garantizó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal imparcial, lo que constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, conforme a los párrafos 54 a 67 de esta Sentencia. 4. El Estado no violó el

			<p>y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores<sup>86</sup>. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso. SJ “no revisó la calificación del error [judicial inexcusable], limitándose a 'homologar' [la] decisión” adoptada por la SPA. La Comisión consideró que “[l]a insuficiente motivación en relación con la tipificación de la falta ilustra que [...] no se adelantó una calificación de la conducta como ilícito disciplinario” ni “se adelantó juicio sobre su idoneidad para el ejercicio del cargo”. Destacó también que “la indebida fundamentación no permite contar con elementos suficientes para la graduación de la sanción”. La Comisión indicó que en el presente caso ocurrió “una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada”, razón por la cual “la destitución por error judicial inexcusable [...] resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho”. En este sentido, “los magistrados no fueron juzgados por su conducta disciplinaria sino por la interpretación jurídica que adoptaron en el fallo”.</p>	<p>para salvaguardar el derecho a un debido proceso</p>	<p>artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no oír a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y a la señora Ana María Ruggeri Cova en el proceso de avocamiento ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y al no oír en audiencia pública a los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras en los recursos interpuestos, conforme a los párrafos 68 a 76 de este fallo. 5. El Estado incumplió con el deber de motivación derivado de las 71 relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova, conforme a los párrafos 77 a 94 de esta Sentencia. 6. No ha quedado establecido que el Poder Judicial en su conjunto carezca de independencia, conforme a lo expuesto en los párrafos 96 a 108 de esta Sentencia. 7. El Estado violó el derecho de los señores Juan Carlos Apitz Barbera y Perkins Rocha Contreras y de la señora Ana María Ruggeri Cova a ser juzgados por un tribunal independiente, conforme al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, por las razones expuestas en los párrafos 109 a 148 de esta Sentencia.</p>
--	--	--	--	---	---

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

NOMBRE DEL CASO	RADICADO DE LA SENTENCIA	RESUMEN	FECHA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela	Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la destitución arbitraria de la jueza Mercedes Chocrón Chocrón sin ofrecer garantías de un debido proceso ni un recurso adecuado para cuestionar dicha situación.	1 de julio de 2011	<p>Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial. Al respecto, en el caso Reverón Trujillo la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. Al respecto, el Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. “parece escudarse en una especie de inmunidad absoluta de control administrativo y judicial, al señalar que la posibilidad para el remover [j]ueces [p]rovisorios y/o [s]uplentes es una potestad discrecional, la cual entiende como no sujeta a límite sustantivo alguno, al punto que ni siquiera hace referencia, ni mucho menos explica las supuestas ‘observaciones’ que dieron lugar a la decisión de revocar la designación de [la señora Chocrón Chocrón]”. Así, para los representantes, “de existir algún tipo de observación, queja o denuncia en contra [de] la [señora] Chocrón [Chocrón], ésta tenía el derecho a conocerla, a los fines de ejercer su defensa”. Además, los representantes destacaron que “[al] no existió [ningún] procedimiento para declarar la destitución de la [señora] Chocrón [Chocrón], mucho menos se le dio el derecho a ejercer su defensa al conocer las razones por las cuales se le estaba destituyendo”. De otra parte, indicaron que “no puede el Estado venezolano pretender fundamentar la competencia de la Comisión Judicial [...] argumentando que dejar sin efecto</p>	<p>Este Tribunal ha señalado que es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Al respecto, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto por un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. De otra parte, la Corte ha señalado que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”. En ese sentido, la Corte recuerda que “[e]n cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir</p>	<p>El Estado violó el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Chocrón Chocrón, en los términos de los párrafos 115 a 123 de la presente Sentencia. 3. El Estado violó el artículo 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Chocrón Chocrón, en los términos de los párrafos 127 a 130 de la presente Sentencia. 59 4. Es innecesario pronunciarse sobre la alegada violación del artículo 23.1.c, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora Chocrón Chocrón, en los términos de los párrafos 134 a 136 de la presente Sentencia.</p>

un nombramiento de un [j]uez [p]rovisorio no es una medida disciplinaria, sino que es un simple acto discrecional que no tiene sust[ento] alguno". Los representantes agregaron que "la remoción del cargo de [la señora] Chocrón [Chocrón] constituye una medida disciplinaria, toda vez que se pretende fundamentar en unas supuestas 'observaciones que fueron formuladas ante [la] Comisión Judicial'[ , por lo que] la revocatoria de su designación atiende a unos supuestos comentarios, ilícitos, quejas o hasta rumores presentados o producidos ante ese órgano administrativo, razón por la cual se trata de un acto-reacción, el cual atiende a la necesidad de castigar una supuesta conducta contraria [a] derecho". Además, argumentaron que dejar sin efecto el cargo es equiparable a una sanción disciplinaria, por cuanto "afecta la esfera de los derechos [...] del juez provisorio, temporal, suplente o accidental [ , ya que] consiste en la privación de un bien o derecho [tales como la] revocación de un acto favorable, [la] pérdida de una expectativa o de un derecho, [la] imposición de una obligación de pago de una multa".

discrecionalmente las garantías de los administrados".

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

NOMBRE DEL CASO	RADICADO DE LA SENTENCIA	RESUMEN	FECHA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
Caso del tribunal constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador		El caso se refiere al cese de los agraviados (vocales del Tribunal Constitucional) y los juicios políticos llevados a cabo en contra de algunos de estos vocales impulsados por el Congreso Nacional de Ecuador sin garantías procesales.	28 de agosto de 2013	Los representantes argumentaron que “[l]a resolución adoptada por el Congreso Nacional pretendía dar una apariencia de no ser un proceso sancionatorio sino la corrección de un error del Congreso Nacional, sin embargo las declaraciones de los diputados en los debates del día de la resolución, así como las declaraciones del agente del Estado en la audiencia ante la [Comisión] develan que tras esta resolución había un afán de separar a los vocales [...] de sus funciones por supuestos actos de corrupción y de pertenencia a ciertos grupos políticos”. la Corte IDH precisó que la facultad de dejar sin efecto el nombramiento de jueces con base en “observaciones” debe encontrarse mínimamente justificada y regulada, por lo menos en cuanto a la precisión de los hechos que sustentan dichas observaciones y a que la motivación respectiva no sea de naturaleza disciplinaria o sancionatoria. Debido a que si efectivamente se tratase de una sanción disciplinaria, La exigencia de motivación sería aún mayor, ya que el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público y, por ende, correspondería analizar la	El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención. 69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. 70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.	El Estado es responsable por la violación del artículo 8.1, las partes pertinentes del artículo 8.2 y el artículo 8.4 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de las ocho víctimas del presente caso, por la cesación arbitraria y los juicios políticos ocurridos, hechos que generaron la violación de las garantías judiciales, en los términos de los párrafos 165 a 222 de la presente Sentencia. 3. El Estado es responsable por la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 23.1.c y el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial y a la garantía de imparcialidad, en perjuicio de las ocho víctimas del presente caso, en los términos de los párrafos 188 a 222 de la presente Sentencia. El Estado es responsable por la violación del artículo 25.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la imposibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo, en perjuicio de las ocho víctimas,

gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción

en los términos de los párrafos 228 a 233 de la presente Sentencia.

**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

NOMBRE DEL CASO	RADICADO DE LA SENTENCIA	RESUMEN	FECHA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala	Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311.	La Corte analiza la destitución de la señora Maldonado Ordoñez de la procuraduría de derechos humanos de Guatemala por una denuncia penal que en su contra se interpuso y que provocó su salida de la entidad sin siquiera la debida investigación. Se le destituyó por motivos diversos a los establecidos y sin el lleno de los requisitos del debido proceso.	3 de mayo de 2016	<p>La Corte recuerda que, si bien esta disposición se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Con relación al deber de motivación, la Corte reitera que es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática<sup>61</sup>.</p> <p>Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. El deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para</p>	<p>Con relación al deber de motivación, la Corte reitera que es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. El deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.</p>	<p>El Estado es responsable por la violación del derecho a conocer el fundamento de la acusación, contenido en el artículo 8.2.b de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la señora Olga Yolanda Maldonado Ordoñez, en los términos de los párrafos 80 a 84 de la presente Sentencia. 3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la defensa, contenido en el artículo 8.2.c de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la señora Olga Yolanda Maldonado Ordoñez, en los términos de los párrafos 80 a 84 de la presente Sentencia. 4. El Estado es responsable por la violación al deber de motivación y al principio de legalidad, contenidos en los artículos 8.1 y 9 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en</p>

			<p>salvaguardar el derecho a un debido proceso, En el presente caso, la Corte considera que no existió una motivación que estuviera debidamente justificada y razonada para la destitución de la señora Maldonado. No fue señalado con claridad la manera en que la conducta de la señora Maldonado se ajustaría al supuesto de las normas invocadas como fundamento de la destitución y no se realizó ningún análisis de los contenidos en dichas normas. Lo anterior constituyó una violación al deber de motivación contenido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Maldonado.</p>		<p>perjuicio de la señora Olga Yolanda Maldonado Ordóñez, en los términos de los párrafos 85 a 95 de la presente Sentencia. 5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenidos en los artículos 25 y 2 de la convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la señora Olga Yolanda Maldonado Ordóñez, en los términos de los párrafos 108 a 120 de la presente Sentencia.</p>
--	--	--	---	--	---



**LINEA JURISPRUDENCIAL CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

NOMBRE DEL CASO	RADICADO DE LA SENTENCIA	RESUMEN	FECHA	OBITER DICTA	RATIO DECIDENDI	DECISUM
<p>caso trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú</p>	<p>Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344</p>	<p>La Corte analiza el caso trabajadores censados de Petroperú vs Perú, y se refiere a la destitución de 84 trabajadores de Petroperú; 39 trabajadores del Ministerio de Educación; 15 trabajadores del Ministerio de economía y finanzas; 25 trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos en el marco de los procesos de racionalización de las entidades públicas en los años noventa, bajo el acto legislativo No 674 denominado: las condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión privada en los diversos sectores productivos (agrario, minero, pesquero, industrial, infraestructural), con especial atención a la actividad exportadora.</p>	<p>23 de noviembre de 2017</p>	<p>La Corte recuerda que la obligación del Estado de conducir los procesos con apego a la garantía de protección judicial consiste en una obligación que es de medios o comportamiento y que no es incumplida por el solo hecho de que el proceso no produzca un resultado satisfactorio, o no se arribe a la conclusión pretendida por las presuntas víctimas. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha sostenido que todo juez tiene la obligación de asegurar que los procesos se lleven a cabo con el debido respeto de aquellas garantías que sean necesarias para asegurar un juicio justo.</p>	<p>deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho al debido proceso. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada a la recta administración de justicia, que le garantiza a los ciudadanos el derecho a ser juzgados por las razones que el derecho otorga, a la vez que brinda credibilidad a las decisiones judiciales en una sociedad democrática. En virtud de lo anterior, las decisiones que adopten los órganos internos de los Estados que puedan afectar derechos humanos deben de estar motivadas, de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación de un fallo debe permitir conocer cuáles son los hechos, motivos y normas en las que se basó el órgano que lo dictó para tomar su decisión de modo que se pueda desechar cualquier indicio de arbitrariedad, a la vez que les demuestra a las partes que estas han sido oídas en el marco del proceso. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.</p>	<p>El Estado es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, y los 15 trabajadores de MEF, listados en el anexo adjuntado a la presente Sentencia, de conformidad con los párrafos 159 a 162 y 173 a 181 de la presente Sentencia.</p>