

**PAULO CÉSAR NARVÁEZ MERA**

**LÍMITES LEGALES A LA FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PARA  
ASCENDER A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES**

**MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO  
ADMINISTRATIVO**

**MODALIDAD PROFUNDIZACIÓN 2019-2020**

**BOGOTÁ D.C. MAYO, 2021**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO  
ADMINISTRATIVO**

**MODALIDAD PROFUNDIZACIÓN**

**RÉCTOR: DR. HERNANDO PARRA NIETO**

**SECRETARIO GENERAL: DR. JOSÉ FERNANDO RUBIO**

**DIRECTOR DEPARTAMENTO: DR. JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA**  
**DERECHO ADMINISTRATIVO**

**DIRECTOR DE TESIS: DR. HUGO MARÍN HERNANDEZ**

**EXAMINADORES: DR. JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA**  
**DR. IVÁN CARVAJAL SÁNCHEZ**

Bogotá D.C., 27 de abril de 2021

Doctor  
**JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA**  
Director  
Departamento de Derecho Administrativo  
Universidad Externado de Colombia  
Presente

**Referencia:** Concepto Monografía.

Apreciado profesor Rincón:

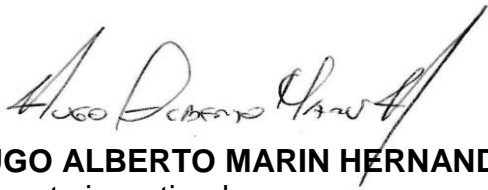
En cumplimiento de la labor que me ha sido encomendada como director del trabajo de grado realizado por el estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo **PAULO CÉSAR NARVÁEZ MERA**, titulado “**LÍMITES LEGALES A LA FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN PARA ASCENDER A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES**” y por estar en la oportunidad para ello, me permito remitir concepto favorable para la sustentación del trabajo en comento.

El trabajo se desarrolla en tres partes: en la primera, se da cuenta de los propósitos y principios de la carrera administrativa como sistema de administración de personal, con particular atención en el sistema especial de carrera de las Fuerzas Militares – FF.MM- y, más puntualmente, en la regulación normativa del ascenso y de la evaluación en el desempeño del personal escalafonado en el mismo, todo lo cual se ve impactado por las recientes variaciones en la postura de la jurisprudencia constitucional respecto de la exigencia de motivar el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios de los miembros de las FF.MM.

En la segunda parte se exponen las más frecuentes concepciones de la discrecionalidad administrativa y se contrastan las facultades discrecionales con las regladas, destacando el rol que debe tener la utilización del principio de proporcionalidad en el recto ejercicio de las primeras, al igual que en la aplicación de normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados. En la tercera parte, con base en los elementos incluidos en las dos primeras, se analiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de la naturaleza jurídica de la facultad de decidir ascensos en el sistema especial de carrera de las FF.MM –si se trata de una potestad reglada o de una discrecional- y la forma como dicha atribución debería ser no sólo concebida sino también ejercida para asegurar la vigencia de los principios que informan la carrera administrativa y el mejor funcionamiento del sistema especial de carrera de las FF.MM.

Por lo anterior, considero que el trabajo en referencia reúne los requisitos tanto formales como sustanciales para optar al título de Maestría al cual aspira el estudiante antes mencionado, pues aborda un problema de investigación correctamente delimitado, lo desarrolla a través de un plan de redacción coherente y razonablemente estructurado, además de que propone unas conclusiones plausibles y suficientemente argumentadas. En consecuencia, doy mi concepto favorable para que se lleve a cabo la sustentación del mismo ante el Jurado Evaluador que se tenga a bien designar.

Muy atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hugo Alberto Marin Hernandez', with a stylized flourish at the end.

**HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ**  
Docente investigador

## Tabla de Contenido

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>CAPITULO I</b> .....	17
<b>EL SISTEMA ESPECIAL DE CARRERA DE LAS FF.MM. Y EL ASCENSO DENTRO DE ÉSTE</b> .....	17
1.1 Efectos del cambio de la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto del deber de motivar los actos administrativos de retiro bajo la causal de “llamamiento de calificar servicios” en el sistema de ascensos de las Fuerzas Militares.....	17
1.2 Aproximación al sistema de carrera administrativa en Colombia .....	25
1.3 El mérito como elemento esencial del sistema de carrera administrativa .....	33
1.4 Del sistema de ascensos dentro de las Fuerzas Militares.....	41
1.5 De la reglamentación interna del proceso de evaluación y clasificación expedida por el Comando General de las Fuerzas Militares y la agregación normativa.....	51
<b>CAPÍTULO II</b> .....	58
<b>GENERALIDADES SOBRE LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y REGLADAS OTORGADAS A LA ADMINISTRACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD</b> .....	58
1.6 Aproximación conceptual de las potestades discrecionales y regladas de la Administración.....	59
1.7 Conceptos jurídicos indeterminados en el ejercicio de potestades discrecionales .....	69
1.8 Límites al ejercicio de potestades discrecionales .....	74
1.9 Del principio de proporcionalidad .....	81
<b>CAPITULO III</b> .....	86
<b>POSTURA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA NATURALEZA DE LA FACULTAD QUE TIENE LA ADMINISTRACIÓN PARA OTORGAR ASCENSOS DENTRO DE LAS FUERZAS MILITARES</b> .....	86
1.10 Tesis de la Corte Constitucional .....	86
1.11 Tesis del Consejo de Estado frente a la facultad del Gobierno Nacional para otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares.....	96
1.12 De la inseguridad jurídica en la potestad de otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares.....	107
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	111

## LISTA DE TABLAS

<b>Tabla 1.</b> Determinación del problema jurídico y la jurisprudencia constitucional.....	17
<b>Tabla 2.</b> Escalonamiento de los miembros de las FF.MM.....	42
<b>Tabla 3.</b> Tiempo mínimo de servicio en cada grado para los oficiales.....	43
<b>Tabla 4.</b> Fases del proceso de evaluación y clasificación.....	48
<b>Tabla 5.</b> Autoridades intervinientes en el proceso de evaluación.....	49
<b>Tabla 6.</b> Listas de clasificación.....	50
<b>Tabla 7.</b> Valoración numérica de las acciones positivas y negativas .....	52
<b>Tabla 8.</b> Indicadores que se debe tener en cuenta en el proceso de evaluación.....	53
<b>Tabla 9.</b> Naturaleza de las potestades discrecional y reglada para el ascenso FF.MM.....	87
<b>Tabla 10.</b> Naturaleza de las potestades discrecional y reglada para el ascenso FF.MM CE	96

## INTRODUCCIÓN

Colombia constitucionalmente tiene para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Su misión es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial y del orden constitucional<sup>1</sup>, cuyo soporte básico y fundamental lo constituye la defensa y la protección de los derechos humanos<sup>2</sup>; razón por la cual los principios fundamentales de la norma superior legitiman y justifican la existencia de las Fuerzas Militares, tornándose inherentes y transversales a la finalidad a estas asignada<sup>3</sup>. A diferencia de otros países, en Colombia las Fuerzas Militares han desarrollado esta misión constitucional en el contexto de un conflicto armado que, según el Registro Nacional de Víctimas, al mes de febrero de 2021 ha dejado un total aproximado de 9.099.358 víctimas<sup>4</sup>, es decir, alrededor del 17% de la población total del país. Datos que revelan la enorme magnitud, ferocidad y degradación de la guerra librada<sup>5</sup>, que, pese a la firma del acuerdo de paz en noviembre de 2016, sigue siendo una realidad anclada al presente. Lo anterior ha conllevado a que el Sector de Seguridad y Defensa históricamente haya

---

<sup>1</sup> Conforme al artículo 217 de la Constitución Política, le corresponde a las Fuerzas Militares “(...) la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

<sup>2</sup> Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-872 de 2010.

<sup>3</sup> VÁSQUEZ HINCAPIÉ, Daniel José y GIL GARCÍA, Luz Marina. Modelo constitucional de la fuerza pública en Colombia. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, n.º 39. Bogotá, 2017, pp. 139-162. Disponible en <<http://dx.doi.org/10.18359/prole.2728>>.

<sup>4</sup> El Registro Único de Víctimas (RUV) fue creado a través del artículo 154 de la Ley 1448 del 2011 como un mecanismo para garantizar la atención y la reparación efectiva de las víctimas. El RUV reúne a las víctimas reconocidas en la Ley 397 de 1997 (desplazamiento forzado), la Ley 418 de 1997 (convivencia y justicia), el Decreto 1290 de 2008 (reparación individual), la Ley 1448 de 2011 (víctimas y restitución de tierras) y las sentencias proferidas en el marco de la Ley 975 de 2005 (justicia y paz), además de que agrega y contrasta datos de fuentes oficiales. A fecha 4 de febrero de 2021 se han registrado 9.099.358 de víctimas, consulta realizada el 4 de febrero de 2021. Disponible en <<https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>>.

<sup>5</sup> PÉCAUT, Daniel. Guerra contra la Sociedad. Editorial Planeta Colombiana. Bogotá, 2001, p. 23.

ocupado el primer lugar en demandas y condenas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo por responsabilidad atribuida a la Nación<sup>6</sup>.

En este contexto, podría inferirse que el mayor número de demandas ha sido presentado por población civil afectada por el conflicto armado. Sin embargo, según el sistema e-KOGUI<sup>7</sup> del Ministerio de Defensa Nacional, entre el 2011 y 2019 se han presentado 42.397 demandas de las cuales 24.057 corresponden a acciones de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>8</sup>, acción desarrollada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011<sup>9</sup>, instauradas por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública. A partir de la revisión de los datos suministrados se evidencia, además de las demandas por diferentes causales como las de retiro discrecional del servicio activo, las cuales no serán motivo de estudio en este escrito, un importante incremento de controversias contra actos administrativos que niegan ascensos o promociones<sup>10</sup>, en especial en el caso de los oficiales superiores<sup>11</sup> que, pese a tener

---

<sup>6</sup> Así lo indica la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en su informe sobre la actividad litigiosa de la Nación de 2013, consulta realizada el 7 de septiembre de 2019. Disponible en [https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Documents/informe\\_actividad\\_litigios.pdf](https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Documents/informe_actividad_litigios.pdf).

<sup>7</sup> El Decreto No. 2052 de 2014 reglamentó la implementación del Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – eKOGUI, el cual en su artículo 1 lo define como el único sistema de gestión de información del Estado para el seguimiento de las actividades procesos y procedimientos inherentes a la actividad judicial y extrajudicial del Estado, ante las autoridades nacionales e internacionales. Este Sistema tiene el propósito de brindar mecanismos focalizados para la generación de conocimiento, la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico, la generación de estrategias de defensa jurídica y el diseño de políticas para la adecuada gestión del ciclo de defensa jurídica. El Ministerio de Defensa Nacional implementó este Sistema a partir del año 2016 y se ha constituido como una herramienta de control y seguimiento de los procesos judiciales y administrativos en los cuales es parte dicha Cartera ministerial.

<sup>8</sup> Para consultar más sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ver a SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, pp. 876 y 877.

<sup>9</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, toda persona que *“se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”*

<sup>10</sup> De acuerdo con los datos suministrados por el Ministerio de Defensa Nacional, el sistema e-KOGUI refleja los siguientes datos con relación a acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos



una ejemplar hoja de vida durante la carrera militar<sup>12</sup> y cumplir con los requisitos generales<sup>13</sup> y especiales<sup>14</sup> establecidos en el Decreto Ley 1790 de 2000, no son ascendidos. Esta situación se presenta en gran parte, de acuerdo con cifras del grupo de trabajo contencioso constitucional del Ministerio de Defensa Nacional<sup>15</sup>, a partir de que la Corte Constitucional profirió las sentencias de unificación 091<sup>16</sup> y 217<sup>17</sup> de 2016. Con sus decisiones, la Corte

---

administrativos que niegan ascensos discriminado por años, así: 2011 (4 demandas), 2012 (9 demandas), 2013 (12 demandas), 2014 (14 demandas), 2015 (15 demandas), 2016 (41 demandas), 2017 (62 demandas), 2018 (78 demandas), 2019 (85 demandas).

<sup>11</sup> Se trata de los oficiales que ostentan el grado de mayor, teniente coronel y coronel de las Fuerzas Militares. Es apenas natural que dichas controversias se presenten en dichos grados por cuanto los oficiales ya tienen un tiempo de servicio de 15 o más años, esto hace que, al no ser considerados para otorgárseles un ascenso, la institución militar proceda a retirarlos del servicio activo, por lo general, bajo la facultad de “llamamiento a calificar servicios”, en tanto dicho personal no tiene una proyección profesional para continuar al servicio de las Fuerzas Militares.

<sup>12</sup> Es pertinente mencionar que, dentro de los elementos que incidieron en el reconocimiento de la estabilidad en el empleo dentro de distintos ordenamientos jurídicos, se encuentra de manera especial la concepción de carrera administrativa como sistema de organización de los recursos humanos basado en exclusivos criterios de mérito y de capacidad del personal. Ver a RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009, p. 531.

<sup>13</sup> Estos están determinados en el artículo 53 del Decreto Ley 1790 de 2000 (Estatuto de carrera de las Fuerzas Militares), donde se indica que se podrá ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos: “a. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente Decreto. b. Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias. c. Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios. d. Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente. e. Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente Decreto. f. Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa. g. Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación. (...)”.

<sup>14</sup> Existen unos requisitos especiales para determinados grados militares, en especial para los grados considerados de Alto rango (coroneles y generales). Ver artículos 66, 67, 68, 69 y 70 del Decreto Ley 1790 de 2000.

<sup>15</sup> Mediante la Resolución 127 de 2012 se crean y organizan los Grupos Internos de Trabajo del Ministerio de Defensa Nacional – Unidad de Gestión General, en su artículo 1 numeral 3.1 se estableció que la Dirección de Asuntos Legales estaría conformada por los siguientes grupos de trabajo: A. Grupo Contencioso Constitucional, B. Grupo Negocios Generales, C. Grupo Procesos Ordinarios, D. Grupo Reconocimiento de Obligaciones Litigiosas y Jurisdicción Coactiva. Este acto administrativo le asigna al Grupo Contencioso Constitucional entre otras funciones la de “Llevar un registro consolidado y actualizado de los procesos judiciales y administrativos en que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional sea parte, en el cual permanezca el estado actual de cada proceso”.

<sup>16</sup> En esta sentencia la Corte Constitucional cambió la línea jurisprudencial que venía predicando con relación a los actos administrativos de retiro discrecional al interior de las Fuerzas Militares y determinó la no exigibilidad de la motivación para los “llamamientos a calificar servicio”, al considerar que dicha facultad está dada por la ley. En esta ocasión la Corte centro su examen en la causal de retiro “llamamiento a calificar servicios”, precisando que para que proceda, se deben dar dos requisitos sine qua non: que el oficial a retirar haya cumplido con el tiempo mínimo establecido en la normatividad vigente, para hacerse merecedor a la asignación de retiro y que exista el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional de la respectiva fuerza. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 091 de 25 de febrero de 2016.

<sup>17</sup> Esta sentencia es relevante en la medida que estableció unas reglas a tenerse en cuenta para el retiro de la Fuerza Pública por la causal de -llamamiento a calificar servicios-: “(i) el llamamiento a calificar servicios no

cambió de manera drástica la línea jurisprudencial<sup>18</sup> que regía con relación a la exigencia de motivar los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios<sup>19</sup>, que debían sustentarse en razones objetivas y hechos ciertos<sup>20</sup>, a indicar que no requieren de una motivación más allá de la contenida en el Decreto Ley 1790 de 2000. De acuerdo con el giro jurisprudencial, la Administración ya no está obligada a motivar dichos actos administrativos, siempre y cuando los militares tengan una antigüedad de quince años o más y sean merecedores a la asignación de retiro<sup>21</sup>. Estas decisiones tuvieron un impacto al interior del funcionamiento administrativo de las Fuerzas Militares, en tanto antes la administración solo, excepcionalmente, procedía a retirar del servicio a los uniformados en uso de la facultad

---

*requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada 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 se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta".* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 217 de 28 de abril de 2016.

<sup>18</sup> La noción de línea jurisprudencial no es fácil de determinar. De acuerdo con la doctrina, para ayudar a "ver" aquello que es una línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla. "Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional". Ver a LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Editorial Legis. Bogotá, 2000, p. 56.

<sup>19</sup> Esta facultad está establecida taxativamente en el artículo 103 del Decreto Ley 1790 de 2000, la cual permite retirar del servicio a los oficiales de las Fuerzas Militares cuando hayan cumplido con los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro, esto es, después de quince (15) años de servicio.

<sup>20</sup> Pese a la nueva postura jurídica de la Corte, importante mencionar que en anteriores pronunciamientos la Corte había indicado que la discrecionalidad de los actos de retiro de la Fuerza Pública no es absoluta en tanto solo se ajusta a la Constitución cuando: "(i) es respetuoso de los principios de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) se encuentra debida y suficientemente motivado, de conformidad con el concepto previo emitido por la Junta Asesora o comité de evaluación, según el caso y; (iii) existe una relación directa entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública; Igualmente, el acto administrativo que dispone el retiro de un miembro de la Fuerza Pública debe estar debidamente motivado, pues él contribuye a efectivizar los derechos fundamentales a la defensa y al acceso a la administración de justicia". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-824 de 19 de noviembre de 2009.

<sup>21</sup>La Corte se ha referido a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro dentro de las Fuerzas Militares, señalando que "(...) 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. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-512 del 30 de julio de 2009.

discrecional<sup>22</sup>, en especial por la causal de “llamamiento a calificar servicios”<sup>23</sup>, existiendo una especie de estabilidad laboral que les permitía a los militares completar un tiempo mínimo de servicio de veinte (20) años con una asignación de retiro correspondiente al 70% de las partidas computables tal y como lo establece el Decreto Ley 1211 de 1990. En aquellos casos en que los uniformados no eran considerados para ascender al grado inmediatamente superior y al tener un tiempo mínimo de servicio de veinte (20) o más años, tenían la posibilidad de solicitar el retiro por solicitud propia<sup>24</sup> evitando así el retiro discrecional por la causal de “llamamiento a calificar servicios”.

La abstención del uso de esta facultad discrecional –*llamamiento a calificar servicios*– se presentaba para evitar demandas contra los actos administrativos de retiro, bajo los argumentos de falta de motivación<sup>25</sup>, desviación de poder<sup>26</sup> o falsa motivación<sup>27</sup>. Pese a la

---

<sup>22</sup> La discrecionalidad administrativa es un ámbito de decisión no regulado o tan sólo parcialmente cubierto por el legislador –ámbito de decisorio que éste, por tanto, ha trasladado a la Administración– son calificadas por Beltrán de Felipe como definiciones formales o negativas, esto es, que definen la discrecionalidad por su continente o apariencia, por los rasgos de las normas que contienen la facultad, en contraste con la que el mismo autor denomina definiciones materiales o positivas de la discrecionalidad, que la caracterizan en función de su contenido u objeto y la identifican con la posibilidad para la Administración de apreciar el interés público o general en relación con otros múltiples y heterogéneos presentes en el ordenamiento. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid, 1995; Ver MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007 (Reimpresión 2012) – capítulo segundo; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Editorial Tecnos. Madrid, 1993; SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Editorial Civitas. Madrid, 1976.

<sup>23</sup> El retiro discrecional se puede dar por las causales de “llamamiento a calificar servicios” o por “voluntad del gobierno”, las cuales se contemplan en el artículo 100 del Decreto Ley 1790 de 2000. Sin embargo, se diferencian en que el retiro por “voluntad del gobierno” se puede dar en cualquier tiempo sin que exista la necesidad de que el funcionario militar a retirarse tenga derecho a una asignación de retiro evento que sí es necesario para retirar al personal bajo la causal de llamamiento a calificar servicios. Así mismo, importante mencionar que el retiro por “voluntad del gobierno”, a diferencia del “llamamiento a calificar servicios”, sí requiere de una motivación expresa.

<sup>24</sup> De acuerdo con el artículo 101 del Decreto Ley 1790 de 2000 el personal militar puede solicitar el retiro del servicio por solicitud propia en cualquier momento. Sin embargo, hay que advertir que bajo esta causal el personal solo se adquiere el derecho a la asignación de retiro (pensión) si cuenta con un tiempo mínimo de servicio de veinte (20) años. Si el retiro se solicita antes de ese tiempo de servicio el funcionario militar se va sin una asignación de retiro, razón por la cual, si el personal no es considerado para ascender antes de este tiempo de servicio, inevitablemente, si pretende su “pensión” debe esperar a que proceda su retiro discrecional.

<sup>25</sup> La nulidad del acto administrativo por falta de motivación ha sido ampliamente explicada por el Consejo de Estado, bajo la figura de la expedición irregular del acto indicando: “Ahora, con respecto a la motivación de providencias que se trata de un deber que tienen todas las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de determinada decisión o a la expedición de un acto, en efecto, la motivación de las decisiones

existencia de dicha facultad, la exigencia de la carga argumentativa para la administración era bastante elevada y difícil de sustentar, lo que derivó en un alto índice de condenas en contra del Ministerio de Defensa Nacional. Así entonces, hoy en día se presenta la imposibilidad, por parte del administrado, de exigir un estándar de motivación consecuente con los principios de proporcionalidad y razonabilidad que justifique la decisión del retiro por la causal de llamamiento a calificar servicios.

Como consecuencia de que la jurisprudencia eliminara la exigencia de la motivación en los retiros del servicio de los militares bajo la causal de *llamamiento a calificar servicios*, y ante el impacto que la decisión de retiro trae para los militares, hoy en día se traslada el debate jurídico al controvertir principalmente, ya no el acto administrativo de retiro, sino el acto administrativo que niega el ascenso del uniformado.

Al controvertir el acto administrativo que niega el ascenso, lo que se pretende es evidenciar la falta de objetividad en el proceso de selección de los militares para la respectiva promoción de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley 1799 de 2000<sup>28</sup>. Según este Decreto,

---

*judiciales y administrativas se proyecta como una manifestación y garantía del derecho fundamental al debido proceso que prevé el artículo 29 constitucional*". CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Radicación número: 0001-23-33-000-2013-00277-01 (1498-15) del 25 de enero de 2018.

<sup>26</sup> En la literatura jurídica en Francia se define como "*el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos*". VEDEL, Georges. Derecho administrativo. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980, p. 506; Ver SÁNCHEZ ISAC, Jaime. La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1973, p. 61; CHINCHILLA MARÍN, Carmen. La desviación de poder. Editorial Thomson Civitas. Madrid, 2004, p.34; ÁLVAREZ GENDÍN, Sandino. Teoría y práctica de lo contencioso administrativo. Editorial Bosh. Barcelona, 1960, p. 113.

<sup>27</sup> Sobre la falsa motivación el Consejo de Estado ha indicado que "*... El vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aduce para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica del respectivo asunto (...)*". CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación número: 11001-0324-000-2006-00348-00 del 7 de junio de 2012.

<sup>28</sup> El Decreto Ley 1799 de 2000, tuvo por objeto determinar las normas, criterios, técnicas y procedimientos generales para la evaluación y clasificación de Oficiales y Suboficiales al servicio de las Fuerzas Militares, con excepción de los oficiales generales y de insignia. Este Decreto estableció las listas de clasificación como un mecanismo que permite ordenar en grupos de calidad a Oficiales y Suboficiales de acuerdo con los resultados obtenidos en sus evaluaciones. Su artículo 53 fijó el objeto de las listas de la siguiente forma: "*Las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la*

el procedimiento de evaluación<sup>29</sup> y clasificación tiene dos efectos, el primero, es que el resultado obtenido por los evaluados se constituye como un criterio de permanencia en la institución, en tanto debe otorgarse el ascenso de acuerdo a la precedencia de los resultados finales determinados en listas de clasificación establecidas y, segundo, es un criterio de confianza para la administración el cual se basa en el mérito evidenciado en la trayectoria militar. De tal suerte que, al demostrarse la falta de objetividad en la selección de los mejores funcionarios para ser ascendidos y su conexidad con el retiro por llamamiento a calificar servicios, es más factible que se pueda tener éxito en una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, que en aquellos eventos en los que se demanda solo el acto administrativo de retiro, por cuanto, como ya se indicó, en este no se expresan los motivos que determinan el retiro, pero además el demandante tiene la carga probatoria para demostrar los cargos formulados, lo cual es bastante complejo si se tiene en cuenta que se desconocen las razones de la desvinculación.

De otra parte, para nuestro estudio, es pertinente centrarse en la facultad que tienen las Fuerzas Militares para seleccionar al personal que se va a ascender dentro de la estructura militar y su relación con el principio constitucional del mérito. Puesto que, pese a que existe jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de la naturaleza de la facultad de la Administración para determinar los ascensos en las Fuerzas Militares, dichos pronunciamientos resultan ser contradictorios, en tanto la Corte Constitucional ha sostenido que la facultad para otorgar ascensos dentro de la Fuerza Pública hasta el grado de coronel

---

*Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre: a. Ascensos de personal. b. Asignación de premios, distinciones o estímulos c. Mejor utilización del talento humano y capacitación. d. Retiros del servicio activo.”. Aunado a esto, importante mencionar que el artículo 52 ibidem, estableció cinco listas para quienes se evalúan anualmente de la siguiente manera: “... a. Lista número UNO indica nivel EXCELENTE b. Lista número DOS indica nivel MUY BUENO c. Lista número TRES indica nivel BUENO d. Lista número CUATRO indica nivel REGULAR e. Lista número CINCO indica nivel DEFICIENTE”.*

<sup>29</sup> De conformidad con el artículo 2 del Decreto Ley 1799 de 2000, la evaluación es definida como “proceso continuo y permanente, por medio del cual se determina el desempeño profesional y el comportamiento personal con base en informaciones procedentes de diferentes fuentes, de acuerdo con los indicadores establecidos en los formatos de evaluación”.

está plenamente reglada<sup>30</sup>, es decir, si los funcionarios cumplen a cabalidad con los requisitos establecidos en los estatutos de carrera, en principio deben ser promovidos al rango inmediatamente superior, en el orden de prelación según las evaluaciones de desempeño personal y profesional que hayan obtenido en los últimos años, a diferencia de los oficiales generales para quienes su ascenso está supeditado a la aprobación del Senado de la República<sup>31</sup>. No obstante, el Consejo de Estado<sup>32</sup> ha sostenido que la Administración ostenta la facultad discrecional de escoger *libremente* entre quienes hayan cumplido la totalidad de los requisitos establecidos en los estatutos de carrera, puesto que, los criterios determinantes para otorgar los ascensos son, por un lado, las *necesidades del servicio* y, por otro, la *especial confianza* que debe existir entre el alto mando y sus subordinados.

---

<sup>30</sup> El profesor Luciano Parejo ha definido la facultad reglada como aquella “Potestad, y, por tanto, competencia reglada es la que determina – en el plano normativo habilitante- la acción administrativa de manera completa, en la doble vertiente de sus aspectos formales y materiales o sustantivo, de suerte que dicha acción aparece estrictamente prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma o aplicación de esta mediante subsunción del caso concreto en el supuesto legal definido por ella. En ejercicio de este tipo de potestad y competencia sólo hay una única solución correcta, derivable de la aplicación en dicho ejercicio de la técnica jurídica”. PAREJO ALONSO, Luciano. La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones y formas, en Manual de Derecho Administrativo. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1992, p. 383. Según Esteve Pardo, “La norma jurídica, ley, reglamento o norma europea que resulte aplicable, puede programar con precisión la actividad de la Administración de manera que a ésta sólo le cabe aplicar a ese caso lo que la norma prevé, sin que la Administración tenga ningún margen de opción. La actuación por la Administración esta predeterminada, perfectamente reglada, por el ordenamiento”. ESTEVE PARDO, José. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2011, p. 103.

<sup>31</sup> En la Sentencia T-265 de 2013, indica la Corte Constitucional que el ascenso de los oficiales en los grados de coronel y general está plenamente reglada “(...) y, en esa medida, los efectivos que cumplan a cabalidad con todos los requisitos mencionados en los Decretos 1791 y 1800 de 2000, deberían, en principio, ser promovidos al rango inmediatamente superior, en orden de prelación según los puntajes obtenidos durante los últimos años, todo ello acorde con lo estipulado en la evaluación, revisión y clasificación del desempeño personal y profesional de los uniformados. Para el caso de los oficiales generales su ascenso está supeditado a la aprobación que del mismo realice el Senado de la República, tal y como está estipulado en el artículo 173, numeral 2 de la Constitución Política”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-265 de 8 de mayo de 2013.

<sup>32</sup> Esta postura ha sido sostenida por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, en sentencia de 1976, la Sección Segunda frente a los ascensos indicó: “Que, en virtud de la ley, el Estado no adquiere obligación alguna, ni nace obligación que se encuentre frente a un derecho. Es algo completamente potestativo, no obstante, se cumplan por un oficial los requisitos para el ascenso. Es decir, el Estado, por intermedio del Gobierno, no puede hacer ascensos sino dentro del orden jerárquico establecido por la ley y tampoco puede hacerse sino en las personas que llenen los requisitos legales, pero no está obligado a decretar el ascenso para una persona determinada que cumpla los requisitos en una determinada fecha”. CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 2831, Sentencia de 11 de noviembre de 1976.

Como resultado de esta discrepancia de las altas cortes, no podría ser otro el resultado más que, por un lado, un alto nivel de inseguridad jurídica<sup>33</sup> entre los miembros de las Fuerzas Militares, en tanto no es claro aún si los ascensos de los uniformados hasta ciertos grados es de carácter reglado o si, por el contrario, el Gobierno Nacional discrecionalmente puede seleccionar y ascender el personal sin seguir el procedimiento objetivo y ajustado a los parámetros de evaluación y clasificación de los oficiales y suboficiales establecidos por el Decreto 1799 de 2000, el cual incluye un sistema de méritos para prelación de los ascensos.

A partir de lo anterior, este trabajo de profundización busca determinar si la facultad que tiene la Administración para ascender al personal militar corresponde a una potestad discrecional<sup>34</sup> o si, por el contrario, es una facultad reglada donde el margen de decisión está limitado por criterios de meritocracia<sup>35</sup>, racionalidad<sup>36</sup>, proporcionalidad<sup>37</sup> y razonabilidad.

---

<sup>33</sup> En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución Política, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001.

<sup>34</sup> Pese a que se hace referencia al término de “discrecionalidad absoluta”, la doctrina ha aceptado la existencia de elementos reglados en los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, así como de una serie de reglas, principios y mecanismos de control que limitan y orientan el ejercicio de la discrecionalidad. GARRIDO FALLA, Fernando. El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, No.13. Madrid, 1954, p. 146.

<sup>35</sup> Una de las características definitorias del modelo de burocracia de Weber era que los funcionarios públicos deberían seleccionarse por las normas de desempeño y el mérito, no por criterios de adscripción, como la casta, la raza, el idioma; a esto se le ha llamado selección por -competencia neutral-. El supuesto subyacente es que la burocracia debe ser capaz de contratar al mejor personal posible, y la contratación por méritos es el instrumento lógico para llenar los puestos vacantes con el personal más calificado. PETERS, Brainard Guy. *La Política de la Burocracia*. Fondo de Cultura Económica. México D.F, 1999.

<sup>36</sup> Resulta usual en la literatura jurídica que se ocupa del tema de la discrecionalidad administrativa, encontrar la afirmación de acuerdo con la cual ésta debe ser ejercida por la autoridad actuante, no sólo racional, sino también razonablemente. Se puede consultar a ALEXEY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica (la teoría*

Para ello es necesario revisar doctrinal y jurisprudencialmente el alcance de la facultad discrecional de la Administración, con especial atención en el sistema de ascensos en las Fuerzas Militares y, bajo ese parámetro, analizar el Estatuto de Carrera y el sistema de evaluación y desempeño personal y profesional de sus miembros a la luz del principio constitucional del mérito.

Para resolver el problema jurídico propuesto, este documento se divide en tres capítulos: En el primer capítulo se aborda el sistema de carrera administrativa y la relevancia del mérito a la hora de otorgar ascensos con énfasis en el sistema de carrera de las Fuerzas Militares, partiendo de los efectos que, sobre este, generó el cambio de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto del retiro discrecional por llamamiento a calificar servicios en la Fuerza Pública. En el segundo capítulo se revisa el alcance y límites de la discrecionalidad de la Administración dentro del Estado Social de Derecho, permitiendo determinar si en efecto la normatividad especial que regula el régimen de carrera de las Fuerzas Militares la habilita para otorgar ascensos dentro de su estructura jerarquizada, sin sujeción alguna al principio constitucional del mérito bajo el amparo de conceptos indeterminados como las *necesidades del servicio* y la *especial confianza*. En el tercer capítulo se analiza, tanto la postura de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, a través de su jurisprudencia respecto de la facultad que tiene la administración para otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares. Esto nos permitirá, finalmente, concluir este trabajo de profundización con algunas consideraciones que puntualmente responden lo planteado.

---

del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), trad. de M. Atienza e I. Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

<sup>37</sup> Suele afirmarse que en cualquier definición de la proporcionalidad debe ponerse de presente la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen mediante la expedición del mismo. Ver a LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. El principio general de la proporcionalidad. Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla). Sevilla, 1988, p.117; FERNÁNDEZ FARRERES, Gabriel. La subvención: concepto y régimen jurídico. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1983, p. 713.



## CAPITULO I.

### **EL SISTEMA ESPECIAL DE CARRERA DE LAS FF.MM. Y EL ASCENSO DENTRO DE ÉSTE.**

Antes de introducirnos en el estudio del sistema de carrera administrativa en Colombia y con el propósito de identificar el contexto dentro del cual surge el problema jurídico que se plantea en este trabajo, es pertinente hacer referencia a la causa que origina la tendencia creciente de las demandas en la jurisdicción contenciosa contra los actos administrativos que niegan ascensos dentro de las Fuerzas Militares.

#### **1.1 Efectos del cambio de la postura jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto del deber de motivar los actos administrativos de retiro bajo la causal de “llamamiento de calificar servicios” en el sistema de ascensos de las Fuerzas Militares.**

Sea lo primera indicar que, respecto del deber de motivar los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha asumido dos posturas jurídicas. En un primer momento (1995-2015), una tesis afirmativa donde sostuvo que los actos administrativos de retiro por dicha causal debían ser motivados, toda vez que de esa manera eran concordantes con el principio del debido proceso constitucional<sup>38</sup>. En un segundo momento (2015-2016), una tesis negativa donde se sostuvo que los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios no debían motivarse ya que su motivación se encontraba expresa en la ley, cuya finalidad es la de garantizar la estructura jerárquica de las Fuerzas Militares y la renovación de las líneas de mando<sup>39</sup>. Lo anterior, se puede evidenciar en el siguiente cuadro resumen de las líneas

---

<sup>38</sup> Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Entre otras Sentencias: C-525/1995; C-564/1998; T-967/01; T-995/07; T-432/08; T-569/08; T-1168/08; T-1173/08; T-297/09; T-655/09; T-824/09; T-723/10; T-638/12; T-265/13; T-719/13.

<sup>39</sup> Según Weber, la organización o estructura militar se puede definir como aquella que se rige por principios de jerarquía y delimitación según los distintos niveles de poder, cuyo mando o dirección se ejerce de conformidad

jurisprudenciales adoptadas por el órgano constitucional, pudiéndose determinar los cambios decisionales a lo largo del tiempo, a saber:

<b>¿Se deben motivar los actos administrativos de llamamiento a calificar servicios en las fuerzas armadas?</b>			
<p><b>No,</b> 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>Jurisprudencia:</p> <p>✓ C-072/96</p> <p>* C-179/06</p> <p>*T-111/09</p> <p>• T-265/13</p> <p>Salvamento de voto en defensa de la no motivación.</p> <p>*SU-053/15</p> <p>*SU-172/15</p> <p>*SU-288/15</p> <p>➤ SU-091/16</p> <p>* SU-217/16</p> <p>SU-237/19</p>	<p><b>Si,</b> 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>	<p>Jurisprudencia:</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</p> <p>*T-569/08</p> <p>*T-1168/08</p> <p>*T-1173/08</p> <p>*T-297/09</p> <p>*T-655/09</p> <p>*T-824/09</p> <p>*T-723/10</p> <p>*T-638/12</p> <p>*T-265/13</p> <p>*T-719/13</p> <p>*SU-091/16</p> <p>salvamento de voto</p> <p>*SU-217/16</p> <p>Salvamento de voto</p>

Tabla 1. Determinación del problema jurídico y la jurisprudencia constitucional<sup>40</sup>

Nota: Recuperado de “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”. GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar. Universidad Libre, 2019, p. 85.

con la jerarquía que ostenta la autoridad. WEBER, Max. ECONOMÍA Y SOCIEDAD. Fondo de Cultura Económica de España. Madrid, 2002.

<sup>40</sup> Para GARZÓN La sentencia C- 525 de 1995 es una sentencia fundadora de la línea jurisprudencial de la tesis afirmativa. Por su parte, la sentencia C-072 de 1996 es una sentencia fundadora de la tesis negativa. GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar. Ibid. p. 87.

En resumen, de la tabla anterior se puede advertir que la motivación de los actos administrativos de retiro por llamamiento a calificar servicios no ha sido un asunto fácil de resolver; por el contrario, ha suscitado una tensión constante entre quienes apoyan, por una parte, la tesis afirmativa y, por la otra, una tesis negativa. No obstante, la Corte Constitucional hasta el 2016 se esforzó por proteger a través de su jurisprudencia el debido proceso y el principio de publicidad de los actos administrativos, poniendo de manifiesto la necesidad de motivar el llamamiento a calificar servicios.

El precedente fue cambiando a partir de los salvamentos de voto, en especial desde la sentencia T-265 del 2013 donde toma fuerza una tesis negativa. En dicha oportunidad, se pone de manifiesto la divergencia en cuanto a las reglas establecidas hasta ese momento por la Corte, indicando que la motivación adicional del acto administrativo por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza el sistema jerárquico y piramidal de las Fuerzas Militares, en tanto dicha facultad es un instrumento para depurar la promoción de los uniformados. De igual manera, se consideró que la exigencia de incluir una motivación diferente a la contenida en la ley implica que los ascensos sean realizados de forma automática y, en consecuencia, se generaría un problema de sostenibilidad presupuestal<sup>41</sup>.

Dicha postura marcaría la línea jurisprudencial de la corporación constitucional a futuro, lo cual se evidencia en la sentencia SU-053 del 2015, donde se analiza el deber de motivar los actos administrativos<sup>42</sup> de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública, así como la procedencia de la acción de tutela contra los actos de retiro inmotivados, a través de la cual los afectados por la medida buscan la protección del derecho al debido

---

<sup>41</sup> Ibid. p. 133.

<sup>42</sup> La Corte Constitucional ha definido el acto administrativo como una “(...) manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de 2000.

proceso, el acceso a la administración de justicia, la igualdad y la estabilidad laboral. En dicha oportunidad el órgano constitucional estableció unas subreglas que debían observarse para la expedición de actos administrativos de retiro discrecional<sup>43</sup>, las cuales no fueron determinadas por unanimidad, como se puede observar en el salvamento de voto en el cual se advierte que las subreglas establecidas restringen aún más los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares, así:

*“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>44</sup>”*

---

<sup>43</sup> La Corte Constitucional, en ejercicio de la función unificadora, estableció un estándar mínimo de motivación “para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías: **i.** Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse 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; **ii.** 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; **iii.** 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; **iv)** 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; **vi.** 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; **vii.** 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.

<sup>44</sup> Salvamento de voto. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 053 de 2015.

Esta sentencia se constituye como un avance en la consolidación de la tesis negativa del deber de motivar, puesto que si bien, no desconoce por completo el estándar de motivación del acto administrativo, determina que no es necesario que el afectado sea escuchado en el procedimiento administrativo, así como tampoco se le exige a la Administración dar a conocer de manera previa las razones en las que se sustenta la expedición del acto de retiro<sup>45</sup>.

Posteriormente, si bien en sentencia SU-172 de 2015 la Corte Constitucional mantuvo la necesidad de evaluar la hoja de vida de los funcionarios, de tal manera que exista una relación directa entre el retiro y el mejoramiento del servicio y, en consecuencia, se evite que el acto de retiro se constituya en un acto de arbitrariedad; en futuros pronunciamientos cobra relevancia el salvamento de voto allí contenido<sup>46</sup>, donde se apoya la idea de legitimar la posición institucional de las Fuerzas Militares, en el entendido que la evaluación de desempeño contenida en el folio de vida no es óbice para deducir el buen servicio o mejoramiento institucional, puesto que el acto administrativo de retiro está cobijado por la presunción de buena fe de la Administración<sup>47</sup>.

Es así como, en sentencia SU-091 de 2016, la Corte Constitucional termina de consolidar una tesis negativa respecto del deber de motivar los actos de retiro, donde se

---

<sup>45</sup> GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar. Op. cit. p. 133.

<sup>46</sup> Salvamento de voto. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 172 de 2015.

<sup>47</sup> *“El artículo 83 de la Constitución Política incluye un mandato de actuación conforme a la buena fe para los particulares y para las autoridades públicas, aunque que se presume que se actúa de esta manera en las gestiones que los particulares realicen ante las autoridades del Estado, como contrapeso de la posición de superioridad de la que gozan las autoridades públicas, en razón de las prerrogativas propias de sus funciones, en particular, de la presunción de legalidad de la que se benefician los actos administrativos que éstas expiden. Esto quiere decir que el mismo texto constitucional delimita el ámbito de aplicación de la presunción constitucional de buena fe a (i) las **gestiones** o trámites que realicen (ii) los particulares ante las autoridades públicas, por lo que su ámbito de aplicación no se extiende, por ejemplo, a las relaciones jurídicas entre particulares. Se trata de una medida de protección de las personas frente a las autoridades públicas, que se concreta, entre otros asuntos, en la prohibición de exigir en los trámites y procedimientos administrativos, declaraciones juramentadas o documentos autenticados, ya que esto implicaría situar en cabeza del particular la carga de demostrar la buena fe en la gestión, de la que constitucionalmente se encuentran exentos. Esta presunción invierte la carga de la prueba y radica en cabeza de las autoridades públicas la demostración de la mala fe del particular, en la actuación surtida ante ella”.* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 225 de 2017.

advierde que se trata de una facultad discrecional<sup>48</sup> otorgada para depurar a los funcionarios de las Fuerzas Militares, aclarando 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>49</sup>”*, por consiguiente, la Administración no tiene una carga de motivación adicional para el ejercicio de dicha potestad.

Pronunciamiento que fue reafirmado en las sentencias SU-217 de 2016 y SU-237 de 2019, donde finalmente quedan determinadas las subreglas vigentes<sup>50</sup>, sintetizadas de la siguiente manera: i) el llamamiento a calificar servicios no debe contener necesariamente una motivación expresa porque su fundamentación deriva de la ley; 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; iii) los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta; y iv) pese a que pueden existir amenazas que sugieren posibles violaciones a derechos fundamentales del administrado tales como el debido proceso, publicidad, o contradicción, el acto administrativo de retiro no es posible controvertirlo vía acción de tutela.

---

<sup>48</sup> Para Marín Hernández *“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 que aplica (de acuerdo con su estructura clásica, a la que recién aludimos, supuesto de hecho y consecuencia jurídica) no ha sido agotadora y plenamente agotada por el legislador”*. MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. pp. 141-142. Si bien, la motivación del retiro por llamamiento a calificar servicios se encuentra por fuera del acto administrativo, esto no afecta su legitimidad.

<sup>49</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-091 de 2016.

<sup>50</sup> *“(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, las exigencias de renovación de los cuadros de mando en la Fuerza Pública y vacantes disponibles”*

Sin embargo, pese a que la tesis negativa ya está plenamente consolidada, y en virtud de la cual la Administración hoy en día no se limita a la hora de ejercer dicha facultad, sino que por el contrario, se ha constituido como la herramienta principal para el retiro puesto que el estándar de motivación es mucho menor (casi inexistente) que el exigido para la figura de retiro discrecional “por voluntad del Gobierno”, aún no hay un consenso entre los integrantes del órgano constitucional, como se observa en lo expuesto en el salvamento de voto de 2016<sup>51</sup>, donde se advierte que es desproporcionado el dejarle la carga de la prueba al administrado, toda vez que las actuaciones administrativas de estudio y ascenso reposan en la Administración, máxime cuando dichos documentos tienen un carácter de reservado, y por lo tanto, es casi un absurdo jurídico pretender ganar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa, en especial por el blindaje jurídico que se le ha otorgado a este tipo de decisiones de la Administración.

En consecuencia, y en aplicación de las reglas antes referidas, la Administración procede a apartar del cargo y retirar al personal que no es promovido o ascendido bajo la causal de llamamiento calificar servicios, siempre y cuando tenga derecho a una asignación de retiro. Evento en el cual, dada la dificultad de controvertir el referido acto administrativo, hoy por hoy, el personal afectado con la medida ha optado por controvertir el acto administrativo que niega el ascenso, atacando principalmente la objetividad en el proceso de selección, teniendo como fundamento los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional donde ha indicado que los ascensos hasta el grado de coronel están reglados, de los cuales se infiere que el ascenso debe ser otorgado en el orden de prelación resultante del proceso de evaluación de desempeño personal y profesional de que trata el Decreto Ley 1799 de 2000 (semejante a un concurso de méritos).

---

<sup>51</sup> Salvamento de voto. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 091 de 2016.

Si bien los documentos que hacen parte del procedimiento de evaluación son actos administrativos preparatorios y no están sujetos a control judicial<sup>52</sup>, el acto administrativo que niega el ascenso sí se constituye como un acto administrativo definitivo que puede ser demandado en la jurisdicción contenciosa. Una de las ventajas que presupone demandar el acto administrativo que niega el ascenso, es que vía derecho de petición es posible conocer los resultados obtenidos en el proceso de selección (actas y demás) donde se recomienda el no ascenso y, a su vez, el retiro del servicio. No obstante, esta estrategia jurídica presenta dificultades como, por ejemplo, mientras se surte el trámite de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el demandante es retirado del servicio, perdiendo eficacia el control judicial en tanto se tendría que controvertir también el acto administrativo de retiro.

En cuanto a lo anterior, pese a no ser el motivo de estudio en este trabajo y solo a manera enunciativa, llama la atención la propuesta formulada por Garzón Buenaventura en su tesis doctoral<sup>53</sup> donde propone controvertir el acto de retiro, no como una decisión aislada, sino como un acto administrativo complejo impropio conformado por todas las decisiones que le anteceden, entre las que se encuentran, las actas y matrices del proceso de selección del personal para optar a un ascenso, y, por ende, las recomendaciones de no ascenso y retiro que expiden los comités de estudio y las juntas asesoras. Es decir que el afectado, una vez es retirado, puede solicitar ante la jurisdicción contenciosa el denominado por el autor como

---

<sup>52</sup> Según el Alto Tribunal *"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"*. CONSEJO DE ESTADO. Sección segunda. Radicación número: 15001-23-33-000-2014-00499-01(4710-15) del 28 de marzo de 2019. CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección "B". Radicación número: 25000-2325-000-2001-01196-01 (0121-08). Actor: LUIS EDUARDO TAFUR GONZÁLEZ. Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL. El Alto Tribunal consideró que **"...dichas actas contienen únicamente recomendaciones proferidas por las Juntas Asesoras, las cuales no podrán ser modificadas sino por el Ministerio de Defensa Nacional o por la respectiva Junta Asesora, sin que sea posible acudir a la Jurisdicción Contenciosa"**.

<sup>53</sup> GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar Fabián. Op. cit. pp. 1-297.



“Control judicial dialéctico del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios”, pidiéndole al juez ser el guardián de la Constitución y la Convención Americana. Bajo esta propuesta lo que se pretende es que el juez administrativo tenga en consideración la línea jurisprudencial sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde esta ha sido enfática en exigirle a la Administración el deber de motivar los actos administrativos de desvinculación de funcionarios públicos como garantía del debido proceso<sup>54</sup>.

## 1.2 Aproximación al sistema de carrera administrativa en Colombia

Este apartado tiene como propósito la contextualización de la base normativa y el funcionamiento del sistema de carrera administrativa en el país, permitiendo ubicar dentro de la estructura de dicho sistema al régimen especial de las Fuerzas Militares, cuyo fundamento de creación se encuentra en la misión constitucional que le ha sido asignada (art. 217), la misma que justifica que su régimen tenga ciertas características o particularidades que lo diferencian del sistema general de carrera administrativa. Pese a lo anterior, es importante mencionar que existe un elemento o principio constitucional que es de aplicación transversal dentro de toda la estructura del sistema de carrera en Colombia sin excepción, se trata del mérito del individuo<sup>55</sup>, el cual se constituye como la base del ingreso y la permanencia en el empleo público<sup>56</sup> determinado en el artículo 125 constitucional.

---

<sup>54</sup> GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar Fabián. Op. cit. p. 114.

<sup>55</sup> Según el diccionario de la Real Academia Española, el mérito es “*el resultado de las buenas acciones que hacen digna de aprecio a una persona*”. En igual sentido, el mérito se ha desarrollado como un principio de rango constitucional, que permite a quienes representan los cometidos del Estado sean aquellos que por medio de un proceso de selección demuestren ser los más idóneos y capaces de ocupar el cargo al que aspiraron. En consecuencia, el principio del mérito, además de garantizar la profesionalidad de la función pública, propone de igual manera hacer efectivo el principio sustancial de igualdad en las relaciones laborales públicas en todas las etapas que comprende el servicio civil: ingreso, ascenso, permanencia y retiro de la función pública. Ver a VERGARA MESA, Hernán Darío. Principio del mérito y derechos fundamentales: elementos para el diseño institucional de un sistema de carrera administrativa en la perspectiva de los derechos fundamentales. Estudios de Derecho, volumen LXVIII (152). Medellín, 2011, pp. 113-136.

<sup>56</sup> SERRATO MORENO, Mónica Lilly. Diferenciación entre ingreso y ascenso en la función pública colombiana como garantía de un actuar eficaz de los diferentes órganos estatales. Revista digital de derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia, No.12. Bogotá, 2014, p. 194.

A partir de la Carta Política de 1991, el sistema jurídico colombiano tuvo una serie de alteraciones como quiera que se acogió un modelo de Estado social de derecho<sup>57</sup> y, por consiguiente, se elevan a rango constitucional importantes y numerosas disposiciones normativas por medio de enunciados estructurados como mandatos de optimización o como principios<sup>58</sup>. Dentro de estos encontramos el sistema de carrera administrativa que, en palabras de la Corte Constitucional en la sentencia C-285 de 2015<sup>59</sup>, hace parte de todo el entramado constitucional que irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, constituyéndose como un principio fundamental, pilar esencial y eje definitorio de la estructura básica de nuestra Carta Política.

Si bien la Constitución Política establece un sistema de empleo público capaz de impulsar los fines de nuestro modelo de Estado Social de Derecho<sup>60</sup>, esta no define el sistema de carrera como tal<sup>61</sup>; es la Ley 909 de 2004 (art. 27)<sup>62</sup> la norma que regula el empleo

---

<sup>57</sup> El Estado social se define como aquel que acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de la propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles”, los últimos son catalogados como derechos de primera generación, mientras que los derechos sociales son calificados como de segunda generación. VILLAR BORDA, Luis. Estado de derecho y Estado social de derecho. Revista Derecho del Estado No. 20. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, p. 82. Katz resume los elementos del Estado social de derecho, así: “1. obligación de establecer condiciones de vida soportables, estándares mínimos para toda la sociedad o mínimo existencial. 2. Seguridad social (seguro social, código de asistencia). 3. Igualdad social (igualdad de oportunidades, protección a los socialmente débiles). La igualdad no es un principio absoluto, se refiere a un tratamiento favorable a los socialmente desfavorecidos y, en todo caso, igualdad de “chances”. 4. Equidad social, o sea la eliminación de abusos originados en el poder económico o en relaciones personales de dependencia. El Estado social “penetra todos los derechos fundamentales”. 5. Sistema jurídico público de indemnizaciones en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos. 6. Igualmente debe haber un comportamiento social justo del individuo frente al Estado, lo que implica un sentido responsable de la propiedad, cooperación proporcional a las necesidades financieras y subsidiaridad del derecho social. Katz, Alfred Staatsrecht. C.F. Müller, Heidelberg, 1987.

<sup>58</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 13.

<sup>59</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-285 del 13 de mayo de 2015.

<sup>60</sup> SERRATO MORENO, ob. cit., p. 194.

<sup>61</sup> Según Guarín Durán, la carrera administrativa “es una estructura que organiza la totalidad de los empleos de la Administración Pública, a través del cumplimiento de los principios establecidos constitucionalmente para la función administrativa en el artículo 209 de la Constitución Política”. GUARÍN DURÁN, Aldo. Manual de Derecho Administrativo Laboral, Doctrina y Jurisprudencia (2 edición). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 266.

<sup>62</sup> La Ley 909 de 2004, señaló: “artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con

público, la carrera administrativa y la gerencia pública, la cual lo define como “*un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público*”. Para alcanzar este objetivo, la misma norma determina que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se debe fijar exclusivamente con base en el mérito del personal a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna<sup>63</sup>.

Es decir, el principio que rige la carrera administrativa es el de eunomía o ley del mejor, el cual garantiza la eficacia y la eficiencia de la administración, por lo que el sistema de carrera es contrario al clientelismo corruptor<sup>64</sup> que se presenta principalmente por el reparto político de los puestos públicos<sup>65</sup>. La selección del mejor tiene como finalidad no solo la eficacia sino también la honestidad en el desempeño de cargos públicos, para lo cual el Estado debe contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen con sus resultados su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado social de derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública<sup>66</sup>.

---

*base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”*

<sup>63</sup> En igual sentido la Comisión Nacional del Servicio Civil ha definido el Sistema de Carrera como “*...un sistema técnico de administración de personal, que regula los procesos de selección, evaluación del desempeño, calificación, capacitación, estímulos y retiro de los servidores públicos y busca la profesionalización del Talento Humano del sector público, teniendo como principio de ingreso y ascenso a los cargos públicos, el mérito, con el fin de fortalecer la transparencia y el buen gobierno del país*”. Disponible en la página web de dicha entidad <https://www.cnscc.gov.co/observatorio/index.php/informacion-general/3-carrera-administrativa> consultado el 20 de diciembre de 2020.

<sup>64</sup> VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Legis. Bogotá. 5ª Edición. 2002.

<sup>65</sup> El Estado ha cedido el poder de los empleos públicos como botín para los vencedores en las elecciones electorales. JIMÉNEZ MUNIVE, José; JIMÉNEZ MUNIVE, Cayetano; ROMERO IBARRA, Karina P. EL CLIENTELISMO POLÍTICO Y CORRUPTOR COMO CULTURA DE PARTICIPACIÓN ASIMÉTRICA Y LÉGITIMA. Revista Académica de investigación Tlatemoani, No. 32. España, 2019, p. 61.

<sup>66</sup> GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Efrén. SITUACIÓN DEL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA. Revista Prolegómenos, Derechos y Valores, vol. XIII, núm. 25. Bogotá, 2010, pp. 147-163. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/876/87617271009.pdf>

La jurisprudencia colombiana, en desarrollo de los artículos 125, 130 y 150 de la Carta, ha establecido que bajo el actual esquema constitucional coexisten tres categorías de sistemas de carrera administrativa en Colombia<sup>67</sup>, a saber: i) la carrera administrativa general, ii) las carreras administrativas especiales de origen constitucional y, iii) las carreras administrativas especiales o regímenes especiales de origen legal, conocidas también como sistemas específicos de carrera administrativa<sup>68</sup>. Por regla general, dentro del marco del Estado constitucional de derecho, la vinculación a la administración pública se presenta a través del ingreso a la carrera administrativa general salvo algunas excepciones de orden constitucional y legal previamente establecidas.

A groso modo, el sistema general de carrera al que hace referencia el artículo 125 de la Constitución, regulado principalmente en la Ley 909 de 2004, tiene un campo de aplicación (art. 3) el cual comprende gran parte de los empleos en la administración pública en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado, donde el ingreso y la permanencia en los empleos se realiza exclusivamente con base en el mérito<sup>69</sup> mediante procesos de selección en los que se debe garantizar la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna. Para dicho fin, la normatividad regula la evaluación del desempeño, calificación, capacitación, estímulos y retiro de los servidores públicos.

La carrera administrativa especial de origen constitucional es aplicable a aquellas entidades que por mandato expreso del constituyente se organizan en un sistema de carrera distinto al general, a manera enunciativa se encuentran entre otros, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Contraloría General de

---

<sup>67</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1230 del 29 de noviembre de 2005.

<sup>68</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-753 del 30 de julio de 2008.

<sup>69</sup> En la exposición de motivos de esta ley se observa que la finalidad de su expedición fue la de *“crear las condiciones institucionales para que se pueda construir un servicio civil de naturaleza profesional y que sea, además, uno de los referentes del programa de renovación del sector público... El principio de mérito no se detiene exclusivamente en los contornos del empleo público de carrera, sino que extiende su radio de acción a los puestos de gerencia pública”*. Congreso de la República, Gaceta No. 232 de 2003. p. 6.

la República, la Procuraduría General de la Nación, así como el régimen de las universidades estatales<sup>70</sup>. Para el caso en concreto, y como se verá más adelante cuando se aborde de manera específica el régimen especial de las Fuerzas Militares, tiene reserva de ley todo lo relativo al sistema de reemplazos, ascensos, derechos, obligaciones, régimen especial de carrera, asuntos prestacionales y disciplinarios para los miembros de las Fuerzas Militares.

Por otro lado, la carrera especial de origen legal corresponde a aquellas entidades a las cuales, por disposición del legislador, ordinario o extraordinario, se toma la decisión de crearlos a través de leyes o decretos con fuerza de ley. En lo concerniente a las carreras especiales, ha dicho la Corte Constitucional, son especiales en cuanto responden a la naturaleza de las entidades a las cuales se aplica, contienen regulaciones específicas para el desarrollo de la carrera y se encuentran en disposiciones diferentes a las que regulan el régimen general<sup>71</sup>. Dentro de este encontramos, por ejemplo, la carrera del Magisterio, el empleo público de no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, empleos del Congreso de la República, entre otros.

Ahora, independiente de la categoría del sistema de carrera a la cual se haga referencia, este se conforma por servidores públicos quienes de acuerdo con el inciso 2 del artículo 123 constitucional<sup>72</sup>, están al servicio de la comunidad y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Es decir que, además de representar al Estado, cumplen una importante función social en el ejercicio o con ocasión de sus

---

<sup>70</sup> Ver los artículos 218 inciso 3; 253; 256 numeral 1; 268 numeral 10; 279 y 69 de la Constitución Política de 1991.

<sup>71</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-753 de 2008.

<sup>72</sup> "Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio". Ver, por ejemplo, Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto radicado No. 20156000066961 del 22 de abril de 2015.

funciones. De allí la importancia de incluir mecanismos de movilidad que permitan a los servidores públicos de carrera tener estímulos para mejorar su desempeño profesional<sup>73</sup>.

En términos generales, es importante indicar que el empleo público en Colombia se clasifica de la siguiente forma: i) el empleo público a través de vínculo laboral, modalidad que comprende los empleados públicos y los trabajadores oficiales, dependiendo claro está, del respectivo vínculo estatutario o legal y reglamentario, o del vínculo contractual; ii) modalidades laborales indirectas, que abarca los trabajadores por administración delegada y contratistas independientes; iii) modalidades no laborales, que trata sobre los miembros de corporaciones públicas, contratos administrativos de prestación de servicios, contratos de servicios especiales, empleados y fiducia mercantil, y auxiliares<sup>74</sup>. Para el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, estos son vinculados laboralmente con el Estado en los términos y para los efectos de la legislación propia de su régimen especial de carrera contenido principalmente en el Decreto Ley 1790 de 2000 “*Estatuto de carrera de las Fuerzas Militares*”, el cual fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República<sup>75</sup> para expedir decretos con fuerza de ley con el propósito de regular lo relativo al estatuto de carrera especial de las Fuerzas Militares.

Es decir que el régimen de los servidores públicos vinculados a las Fuerzas Militares está regulado bajo una ley específica de derecho público o mediante disposiciones equivalentes, y asumen actividades enmarcadas en los intereses primordiales del Estado. Si

---

<sup>73</sup> ZARATE, Anibal. Editorial. Revista digital de Derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia, No. 23. Bogotá, 2020, pp. 3-6. Ver CAMARGO SALAS, Francisco; ORTIZ GARCÍA, Paola y MÁRQUEZ RÍOS, Alexander. Lineamientos de política de empleo público y gestión de recursos humanos 2015-2025. Universidad de los Andes - Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo. Bogotá, 2016, p.32; RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. El concurso de méritos como principal forma de provisión de los empleos públicos en Colombia. Aplicación de los principios que rigen la actividad administrativa. Anuario de la Función Pública de la Universidad de Piura. Piura, 2016, p. 9.

<sup>74</sup> MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar y RAMÍREZ MORA, Juan. Régimen del servidor público, programa de administración Pública Territorial. Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá, 2008, pp. 27 a la 35.

<sup>75</sup> Facultades extraordinarias otorgadas mediante la Ley 578 de 2000.

bien según el artículo 125 constitucional<sup>76</sup>, por regla general el ingreso al servicio público de los empleados es a través del concurso, y su régimen de permanencia, ascenso y retiro es el previsto para la carrera administrativa, el régimen de las Fuerzas Militares, al ser un régimen especial de carrera, se constituye como una excepción a la vinculación laboral a través de concurso público. Sin embargo, al ser el principio constitucional del mérito uno de los fundamentos de la función pública, por virtud del cual el acceso, ascenso y retiro de un empleo oficial está determinado por las condiciones demostradas por el aspirante al momento del ingreso y durante la vigencia de la relación laboral<sup>77</sup>, también debe ser observado dentro del mismo, de tal suerte que se garantice la igualdad de condiciones en el acceso al servicio<sup>78</sup>, así como la eficiencia de la función pública<sup>79</sup>.

De igual modo, dicha excepción a la regla general, que trata sobre la obligatoriedad de la carrera administrativa para los empleos públicos y el nombramiento por concurso público, no es la única existente dentro del ordenamiento jurídico, ya que esta no es aplicable para los cargos de elección popular y de la cual pueden excluirse, en algunos casos y con fundamento en el tipo de actividad, los cargos de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores

---

<sup>76</sup> La Corte Constitucional, en sentencia C-285 de 2015, indicó que el artículo 125 constitucional determinaba los elementos estructurales del Sistema de Carrera Administrativa, entre los cuales se destacan los siguientes: *“(i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público; (iv) 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; (v) el retiro del servicio se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y por la demás causales previstas en la Constitución y la ley; y (vi) en ningún caso la filiación política podrá determinar el nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”*.

<sup>77</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-604 de 2013.

<sup>78</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación No.11001-03-28-000-2010-00015-00, Radicado Interno No. 2010-00015 del 27 de enero de 2011.

<sup>79</sup> Sobre el alcance del ejercicio de funciones públicas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia con Radicación número: ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999, señaló: *“La Función Pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines. La función pública administrativa está marcada fuertemente por el llamado principio de legalidad, que en la actualidad no consiste solo en la necesidad de que la decisión administrativa se apegue a la ley más inmediata de sujeción, sino también a la Constitución, y, en general, al ordenamiento jurídico completo”*. Ver BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos. Revista de derecho y economía de la Universidad Externado de Colombia, No. 41. Bogotá, 2014, pp. 51-65.

oficiales, entre otros que establece la ley, siempre y cuando dichas excepciones no inviertan el orden constitucional que establece la regla general, ni afecte la filosofía que inspira el sistema de carrera administrativa<sup>80</sup>.

Es por esto que el ingreso y ascenso a los cargos de carrera dentro de las Fuerzas Militares debe cumplir los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos de los aspirantes a los mismos. Por tal motivo es necesario realizar un estudio de las normas especiales que regulan dicho régimen que permita determinar si las mismas son armónicas con el principio constitucional del mérito, o por el contrario se trata de un régimen revestido por facultades discrecionales en el que le está permitido a la Administración incorporar criterios de selección de personal diferentes al mérito, justificación que por lo general está soportada en las necesidades del servicio y la especial misión constitucional que desarrolla la Fuerza Pública en el país. Pero en todo caso, de existir dicha facultad discrecional, debe estar encaminada a la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, procurando la estabilidad en los cargos públicos, la erradicación del clientelismo<sup>81</sup> y de la inmoralidad en la administración, en aplicación del principio de eunomía y excelencia en el desarrollo de las funciones, puesto que no se trata de una permanencia y ascensos otorgados por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados<sup>82</sup>.

Por consiguiente, se puede concluir que el sistema específico de carrera administrativa de las Fuerzas Militares, al igual que el régimen general de carrera administrativa, observa

---

<sup>80</sup> MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar y RAMÍREZ MORA, Juan, ob. cit., p. 45.

<sup>81</sup> Para Jean-François Médard desde la perspectiva de la Ciencia Política, define el clientelismo como *“una relación de dependencia personal que no está vinculada al parentesco, que se asienta en intercambios recíprocos de favores entre dos personas, el patrón y el cliente, los cuales controlan recursos desiguales. [...] Se trata de una relación bilateral, particularista y borrosa [...], de una relación de reciprocidad [...] que supone un intercambio de beneficio mutuo entre socios desiguales”* (Citado originalmente por COMBES, Héléne. ¿Dónde estamos con el estudio del clientelismo? Centro de investigaciones y estudios superiores en antropología social. Revista Desacatos. México, 2011, p. 15).

<sup>82</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-195 de 1994.



una serie de principios y postulados fundamentales que deben responder siempre a criterios objetivos y razonables.

Finalmente, es importante mencionar que la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con el artículo 130 constitucional<sup>83</sup>, no es responsable de la administración y vigilancia de dicho régimen. Así lo ha determinado la Corte Constitucional al afirmar que la Comisión queda excluida de la administración y vigilancia de las carreras especiales de origen constitucional<sup>84</sup>.

No obstante, la regulación propia que atiende la singularidad y especificidad de las funciones asignadas a las Fuerzas Militares debe observar los principios generales y específicos que orientan la carrera administrativa, la cual debe estar orientada a la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público a través de la selección de sus trabajadores exclusivamente por el mérito y capacidades profesionales. Así mismo, garantizar la igualdad de oportunidades y la protección de derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Carta.

### **1.3 El mérito como elemento esencial del sistema de carrera administrativa**

Uno de los propósitos de la Constitución Política de 1991 fue que la gestión del Estado sea desarrollada por funcionarios públicos con capacidad y eficiencia, dando prevalencia al interés del servicio público sobre los compromisos políticos. Es así que, en el artículo 125 de la Carta<sup>85</sup>, se estableció que los méritos y calidades de los aspirantes al empleo público son los

---

<sup>83</sup> Establece la Constitución Política en el artículo 130 que *“Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”*

<sup>84</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1230 de 2005.

<sup>85</sup> El artículo 125 constitucional estableció: *“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*

criterios esenciales para proveer los cargos de carrera, aclarando a renglón seguido que en ningún caso la filiación política de los ciudadanos es la que determina el nombramiento, ascenso o remoción de tales empleos.

Es así que, el Estado colombiano ha fijado un sistema asegurador del mérito como eje central de la vinculación, permanencia y ascenso en el empleo público, el cual garantiza la eficacia y la eficiencia de la administración<sup>86</sup>. Esto resulta armónico con los principios constitucionales y legales previamente establecidos en aras de lograr la eficiencia, eficacia y progreso en la prestación de los servicios públicos. De tal suerte que el Estado cuente con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen con sus resultados una verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual, el Estado Social de Derecho, exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública<sup>87</sup>.

Ahora, en virtud del principio constitucional del mérito, el acceso, ascenso y retiro de un empleo público está determinado por las condiciones demostradas por el aspirante al momento del ingreso y durante la vigencia de la relación laboral<sup>88</sup>. Dichas condiciones sólo pueden verificarse mediante mecanismos técnicos de administración de personal como el denominado sistema de carrera administrativa, que comprende tanto organismos como

---

*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 periodos 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”.*

<sup>86</sup> VILLEGAS ARBELAEZ, ob. cit.

<sup>87</sup> GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Efrén. SITUACIÓN DEL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Volumen XIII - No. 25. Bogotá, 2010, p. 148.

<sup>88</sup> Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-604 de 2013.

procedimientos para garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al servicio<sup>89</sup>, así como la eficiencia de la función pública<sup>90</sup>.

Así pues, el mérito se ha constituido como un principio de rango constitucional desarrollado principalmente por el órgano constitucional, el cual ha determinado que el régimen de carrera administrativa, tal como lo concibió el constituyente, impulsa la realización plena y eficaz de principios como el de igualdad<sup>91</sup> e imparcialidad, pues tiene sustento en la promoción de un sistema de competencias a partir de los méritos y calidades específicas de los aspirantes a vincularse o ascender dentro de la administración pública; sólo cumpliendo dichos objetivos, que se traducen en la selección de los mejores y más capaces para el servicio del Estado, *“éste, está en capacidad de garantizar la defensa del interés general, pues descarta de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho”*<sup>92</sup>.

Pese a que constitucionalmente se establece un sistema de competencias a partir del mérito, resulta acertado indicar que el sistema meritocrático en el caso colombiano, incluido el de las Fuerzas Militares, se encuentra en plena fase de construcción<sup>93</sup>, donde aún persisten intereses sombríos que pervierten el buen sentido del ingreso meritocrático a los puestos públicos, dirigidos incluso, desde las esferas más altas del poder. Si bien la falta de

---

<sup>89</sup> Ver CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación No.11001-03-28-000-2010-00015-00, Radicado Interno No. 2010-00015 del 27 de enero de 2011.

<sup>90</sup> Para Bastidas Bárcenas la función pública administrativa *“está marcada fuertemente por el llamado principio de legalidad, que en la actualidad no consiste solo en la necesidad de que la decisión administrativa se apegue a la ley más inmediata de sujeción, sino también a la Constitución, y, en general, al ordenamiento jurídico completo”*. BASTIDAS BÁRCENAS, ob. cit., p. 59.

<sup>91</sup> Además de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la carrera administrativa debe desarrollarse bajo la observancia del principio de igualdad, según el cual para el ingreso a los empleos de carrera se debe brindar igualdad de oportunidades, sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como el credo religioso o sexo; de la misma manera, para el ascenso, la estabilidad y la capacitación de quienes pertenezcan a la carrera; las organizaciones y entidades deben garantizar que los empleos participen con criterios de igualdad y equidad. MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar y RAMÍREZ MORA, ob. cit., p.78.

<sup>92</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 2000.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ VARGAS, Nelly. LA GERENCIA PÚBLICA Y EL SISTEMA DE MÉRITO EN EL EMPLEO PÚBLICO EN COLOMBIA. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2019, p. 98.

consolidación material de la meritocracia ha generado una crisis de legitimidad democrática en el país, es de resaltar la labor de la Corte Constitucional en esta materia, puesto que se ha tomado en serio su papel de poder contra mayoritario, para servir de verdadero freno a los otros poderes que han querido desconocer el sistema objetivo de la carrera administrativa para privilegiar nombramientos de tipo discrecional. Por ello, el aporte más interesante de la jurisprudencia colombiana es la fijación del mérito como un elemento esencial e insustituible del estado social de derecho, convirtiéndose sin duda alguna, en un vivo ejemplo de defensa de la meritocracia<sup>94</sup>.

En ese sentido, es importante concretar los avances generados por la Corte Constitucional en esa materia, refiriéndose de manera general a algunas sentencias donde se asume la defensa de la carrera administrativa, como procedimiento objetivo, imparcial, y transparente para salvaguardar la eficacia y la eficiencia en la Administración Pública, promulgando el concurso de méritos como un procedimiento al alcance de todos los ciudadanos, alejando así la arbitrariedad que puede presentarse en la aplicación de la ley, frente a la inclusión de prerrogativas, beneficios, o discriminaciones irrazonables que vulneran el principio de igualdad de oportunidades, en desarrollo de los procesos de selección para el ingreso a la función pública<sup>95</sup>.

En sus primeras sentencias, y en evolución de la jurisprudencia constitucional, se ha pasado de definir el alcance de los principios de la carrera administrativa y el mérito, para luego declarar la inconstitucionalidad de algunos artículos contenidos en leyes y así, finalmente, declarar la inconstitucionalidad de actos legislativos, basando sus decisiones en que los principios de carrera administrativa y mérito son un elemento sustancial del Estado Social de derecho, y por lo tanto, insustituible.

---

<sup>94</sup> BARRERA VARELA, Pedro Javier. El mérito como elemento esencial del Estado Social de Derecho. Un aporte de la Corte Constitucional colombiana. Revista Iberoamericana de Gobierno Local, No. 12. Granada, 2017, p. 2.

<sup>95</sup> *Ibidem* p. 4

Es así que, a manera de ejemplo, en la sentencia C-071 de 1993<sup>96</sup>, la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal b) del artículo 17 del Decreto Ley 010 de 1992, que establecía una barrera de edad en el acceso igualitario a los cargos públicos en el ingreso a la carrera diplomática<sup>97</sup>. Dentro de la justificación de la decisión se determinó que la edad no es un criterio razonable para discriminar a un gran sector de la población y, en consecuencia, indicó que dicha barrera desconoce el derecho político de acceso a los cargos públicos. En relación con el “mérito”, se concluyó que este elemento es *“la piedra de toque del ingreso a la carrera”* y que *“tal idea es heredera espiritual de las ideas platónicas acerca del filósofo-rey”*<sup>98</sup>.

En pronunciamiento posterior, la Corte Constitucional en sentencia T-245 de 1998<sup>99</sup>, resolvió amparar los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y trabajo, de una aspirante a la carrera de docente, quien, al culminar el concurso, fue superada por concursantes que resultaron beneficiadas por ser oriundas de una región específica. En dicha oportunidad, se estableció que el acceso a la carrera administrativa debe fundamentarse exclusivamente en criterios objetivos como el mérito y las calidades personales, ya que *“El otorgamiento de un determinado puntaje a ciertos aspirantes, motivado exclusivamente por la condición de ser oriundos de la región donde se van a prestar los servicios, confiere un privilegio violatorio del derecho a la igualdad, porque desconoce los méritos y calidades de los aspirantes”*.

En la sentencia C-040 de 1995 se abordó el estudio de constitucionalidad del Decreto 1222 de 1993 “Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de

---

<sup>96</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-071 de 1993.

<sup>97</sup> A quienes aspiraban a ingresar a la carrera diplomática se les exigía ser menores de treinta (30) años.

<sup>98</sup> Para Platón la razón debía regir el alma y la sabiduría gobernar la ciudad. Por eso cree Platón que los hombres sabios (filósofos) eran los más capaces para liderar el resto de los hombres y aliviar los males de las ciudades y en general del género humano. Ver Platón. La República - traducido por J.M. Pabón, M. Fernández-Galiano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006.

<sup>99</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-245 de 1998.

1992”, y concretamente frente al artículo 9, donde se fijaba un margen de discrecionalidad en favor del nominador, para que hiciera la provisión del empleo producto de un concurso de méritos, permitiendo la selección de una de las personas que se encontraba dentro de los tres primeros puestos de la lista de elegibles y no necesariamente debía nombrarse a la persona que cumplía de la mejor manera los requisitos objetivos<sup>100</sup> para el empleo. El Alto Tribunal declaró inexecutable dicha disposición, y en su lugar, impuso la obligación de nombrar al primero de la lista, por cuanto ha sido el ganador dentro de una sana competencia, logrando una selección justa, equitativa, imparcial y adecuada a las necesidades del servicio público. Es decir, cuando se iba a designar más de un cargo, la distribución de los mismos debía hacerse en orden descendente, partiendo por el primero de la lista y así sucesivamente. Asimismo, se argumentó que el sistema de carrera es el mecanismo para garantizar el derecho de todos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades<sup>101</sup>.

En la sentencia C-041 de 1994, se estableció que designar a la persona más capacitada para el ejercicio del cargo, responde a tres principios básicos del Estado social de derecho: *“(i) La participación de los ciudadanos en igualdad de condiciones, (ii) la justicia que impone designar al mejor de los concursantes para la tarea de servir a la comunidad, y (iii) la defensa del interés general<sup>102</sup>, representado en la designación de la persona más indicada para el manejo de la cosa pública”*. Si se pone como criterio principal de evaluación los

---

<sup>100</sup> En múltiples ocasiones la normatividad ha facultado o permitido a la administración la aplicación de factores subjetivos como la edad o lugar de nacimiento, sin embargo, la administración debe ser cuidadosa en el uso de dichos factores, ya que se pueden prestar para arbitrariedades. Las frases, por ejemplo, “solvencia moral” y “aptitud física” pueden abrir la puerta a la discriminación y exclusión de los procesos de selección en igualdad de oportunidades. PUERTO, Juan Pablo. Igualdad y mérito, equilibrando la balanza para lograr una función pública avanzada. Revista Derecho del Estado No. 19. Dialnet. Bogotá, 2006, p. 31.

<sup>101</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-040 de 1995.

<sup>102</sup> En esta sentencia la Corte se refiere a los factores subjetivos y al interés público, indicando que *“Frente al concurso, la administración carece de libertad para adoptar una solución diferente o privilegiar otra alternativa que se considere sin embargo más apropiada para el interés público. Por el contrario, se parte de la premisa que el interés público en este caso se sirve mejor acatando el resultado del concurso. La actuación administrativa en lo que respecta a estos empleos no es política y se desarrolla, por ende, de conformidad con estrictas reglas técnicas y objetivas”*.

factores subjetivos, se vulneraría el principio de igualdad ya que se dejaría a discrecionalidad del nominador la decisión de elegir quién ocupa determinado cargo.

En sentencias posteriores se ha ratificado esta postura, pero se quiere llamar la atención en la SU-086 de 1999<sup>103</sup>, donde se presentaron once tutelas solicitando nombramientos en los cargos de magistrados de tribunales con ocasión de un concurso de méritos de la rama judicial. Se acumularon los expedientes porque el Consejo Superior de la Judicatura, como nominador, había designado a personas que habían obtenido puntajes inferiores a los de los accionantes, sin atender de manera estricta el orden de méritos de las listas de elegibles. Este caso resulta relevante por cuanto el alto tribunal tuvo que revocar los fallos de tutela que conoció en segunda instancia la Corte Suprema de Justicia, propendiendo por la observancia estricta del mérito.

Ahora, la aplicación de factores subjetivos por parte de la administración desconoce los principios de igualdad, mérito y eficacia de la administración pública, por cuanto desnaturaliza las bases constitucionales del sistema en sí mismo. De igual manera, es importante indicar que, en el Estado pluralista, el grado de confianza no es un criterio válido ya que es propio de una concepción monárquica, pero en el Estado actual, la confianza debe basarse en los criterios de idoneidad, preparación, eficiencia y eficacia que rigen la función pública<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> En esta sentencia la Corte determinó el significado de carrera administrativa, conjugando el principio de eficiencia y eficacia, de la siguiente manera “... la armonización de los dos principios analizados –la eficiencia y la eficacia de la función pública- con la protección de derechos que corresponden a los servidores estatales resulta de una carrera administrativa diseñada y aplicada técnica y jurídicamente, en la cual se contemplen los criterios con arreglo a los cuales sea precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determine el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución. Estos aspectos, en una auténtica carrera administrativa, deben guardar siempre directa proporción con el mérito demostrado objetiva y justamente”.

<sup>104</sup> BARRERA VARELA, ob. cit., p. 17.

De lo expuesto, se puede concluir que, para la Corte Constitucional, el mérito o rendimiento en el cargo es la base fundamental de eficacia de los funcionarios públicos, de ahí la importancia de la introducción de un sistema objetivo de calidad, que no solo permita calificar a la entidad sino a cada funcionario que la conforma, esto haría que la función administrativa sea más competitiva en garantía de la eficiencia y la eficacia del servicio<sup>105</sup>. De esta manera se asegura el cumplimiento de los fines y propósitos del Estado social de derecho.

Así mismo, se puede observar como el órgano constitucional ha desempeñado un rol activo con relación a la defensa de la meritocracia en la configuración del Estado social de derecho desde la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial sobre el principio del mérito<sup>106</sup>. Sin embargo, la dificultad que se presenta es que el concurso de méritos es regulado por la ley, a través de la cual el legislador establece sus requisitos, etapas y modalidades y, como ya se indicó, estas no siempre se fundamentan en criterios objetivos de selección dando espacio en muchos casos a la subjetividad de la administración, surgiendo la necesidad de que la Corte Constitucional declare la inexecutable de dichas disposiciones.

En ese sentido, importante mencionar que el Alto Tribunal mediante la sentencia T-315 de 1998, limitó la competencia del legislador estableciendo los elementos mínimos que debe observarse dentro de un proceso meritocrático, a saber: 1) la convocatoria debe ser pública y ampliamente difundida; 2) las reglas del concurso deben ser expresas y claras, debiendo la administración someterse a ellas de manera estricta; 3) las condiciones exigidas para participar deben ser proporcionadas, necesarias y útiles para la finalidad que se persigue por el concurso; 4) las pruebas de selección exigidas deben ser razonables y proporcionadas;

---

<sup>105</sup> MUNOZ RAMÍREZ, Carmen. LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA GOBERNANZA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COLOMBIANAS. UN ANÁLISIS DESDE LOS DOCUMENTOS CONPES SOCIALES 2009-2015. Universidad del Rosario. Bogotá, 2017. p. 48.

<sup>106</sup> Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-479 de 1992. Este fallo permitió identificar los elementos principales de la regla constitucional prevista en el artículo 125, así como los fines perseguidos por el Estado social de derecho.



5) los factores de evaluación deben corresponder a criterios técnicos, objetivos y públicos, de tal suerte que eliminen cualquier factor de discriminación y la participación se realice en igualdad de condiciones; y 6) deben prevalecer los criterios objetivos de evaluación, cuya ponderación debe realizarse de acuerdo con las necesidades del cargo.

Finalmente, importante mencionar que, pese a los avances constitucionales y jurisprudenciales antes referidos, el principio del mérito para el ingreso y promoción dentro del sistema de carrera no ha sido siempre de buen recibo por parte del legislador, prueba de esto es el Acto Legislativo 01 de 2008, mediante el cual se pretendió modificar la Constitución Política de 1991, en el sentido de permitir el ingreso automático en carrera de funcionarios provisionales. Afortunadamente la Corte Constitucional, mediante sentencia C-588 de 2009, declaró la inexecutable del acto legislativo por vicio de sustitución<sup>107</sup>, constituyéndose en un avance importante en materia de reconocimiento y avance de la meritocracia en el país, por cuanto el principio del mérito, el acceso igualitario a los cargos públicos y el sistema de carrera administrativa fueron considerados como elementos esenciales del Estado social de derecho. Estos pronunciamientos dejan entrever que todavía falta construir conciencia colectiva tanto en los establecimientos públicos como en la sociedad misma<sup>108</sup>.

#### **1.4 Del sistema de ascensos dentro de las Fuerzas Militares.**

Así entonces, en este apartado se abordarán de manera muy concreta los principales aspectos de la normatividad que regula el sistema de ascensos dentro de las Fuerzas Militares, en especial los Decretos ley 1790 y 1799 de 2000. En ese sentido, sea lo primero partir de la

---

<sup>107</sup> En muy pocas ocasiones la Corte Constitucional ha procedido a declarar la inexecutable de actos legislativos por vicios de sustitución de la constitución. Importante indicar que de las cinco declaratorias de inexecutable que se han proferido dos de ellas se refieren directamente con el principio del mérito. Ver sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012, en esta última se pretendía una homologación de experiencia y estudios por la prueba de conocimientos de los concursos de méritos en favor de los funcionarios provisionales.

<sup>108</sup>BARRERA VARELA, ob. cit., p. 31.

clasificación de los miembros de las Fuerzas Militares, lo cual va a permitir, por un lado, comprender como esta conformada la estructura jerárquica y piramidal de la institución, y por otro, entender de mejor manera los pronunciamientos de la Corte Constitucional a los cuales nos referiremos en el capítulo III, a saber:

Tabla 1. Escalonamiento de los miembros de las Fuerzas Militares<sup>110</sup>

Oficiales	Suboficiales
<p><b>Oficiales Generales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• General</li> <li>• Mayor General</li> <li>• Brigadier General</li> </ul> <p><b>Oficiales Superiores</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Coronel</li> <li>• Teniente coronel</li> <li>• Mayor</li> </ul> <p><b>Oficiales Subalternos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Capitán</li> <li>• Teniente</li> <li>• Subteniente</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sargento Mayor de Comando Conjunto</li> <li>• Sargento Mayor de Comando</li> <li>• Sargento Mayor</li> <li>• Sargento Primero</li> <li>• Sargento Viceprimero</li> <li>• Sargento Segundo</li> <li>• Cabo Primero</li> <li>• Cabo Segundo</li> <li>• Cabo Tercero</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia

Las Fuerzas Militares clasifican su personal en: i) oficiales y ii) suboficiales, categorías que a su vez están organizadas en diferentes grados militares dada su estructura piramidal, donde la base de la organización son los suboficiales y los oficiales subalternos y la parte más alta de la pirámide la conforman los oficiales generales a quienes se les conoce con la denominación de Alto Mando por su función de dirigir estratégicamente la institución bajo el direccionamiento del Presidente de la República en su calidad de comandante supremo de

las Fuerzas Armadas quien dispone de ellas directamente o por conducto del Ministro de Defensa Nacional<sup>109</sup>, así:



Fuente: Elaboración propia

En consecuencia, entre más se escale dentro de la estructura jerárquica menos cupos habrá de planta disponibles, en especial en los grados más altos donde la pirámide se cierra por completo. Es por esta razón que cobra importancia la figura de retiro por llamamiento a calificar servicios como herramienta jurídica o medio para depurar las Fuerzas Militares de aquel personal que la institución no proyecta para seguir escalando dentro de la organización. Así entonces, el recorte de personal se concentra a partir de que los funcionarios acumulan un tiempo de servicio mínimo de quince (15) años, es decir, a partir de los grados de mayor para los oficiales y sargento viceprimero para los suboficiales, así:

Tabla 3. Tiempo mínimo de servicio en cada grado para los oficiales

<b>Grado militar</b>	<b>Tiempo de servicio</b>
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

Fuente: Elaboración propia

<sup>109</sup> Le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, dirigir la Fuerza Pública. Constitución Política (art. 189, numeral 3) en concordancia con el art. 5 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Es decir, una vez el militar cumple el tiempo mínimo en el grado, automáticamente es estudiado para ser ascendido al grado siguiente dentro de la escala de conformidad con la disponibilidad de planta. Como es natural quienes siguen la carrera militar aspiran a llegar a la cúspide de la pirámide, pero es evidente que por el tipo de organización que se tiene no todos logran cumplir su cometido. Ahora bien, si los funcionarios que no ascienden y son retirados tienen derecho a una asignación de retiro, lo cierto es que esta corresponde al 50% de los haberes percibidos (media pensión), la cual se incrementa en un 4% por cada año adicional, es decir, entre más alto el grado militar se ostente más tiempo de servicio se acumula y por ende se tiene derecho a una mejor asignación de retiro. De lo anterior, es evidente manifestar que el no ascenso corta de tajo con las aspiraciones profesionales y económicas que tienen los uniformados.

Por lo anterior, la tendencia creciente de demandas busca controvertir la objetividad del proceso de escogencia que surte la Administración al no hacer públicos los criterios que se tienen en cuenta, pues, aunque la normatividad establece unos parámetros objetivos de selección, los Altos mandos incorporan sin ningún control y motivación criterios abstractos como las “necesidades del servicio” y la “especial confianza” a través de directivas y circulares, a partir de los cuales las decisiones que se tomen pueden ser en cualquier sentido, con el agravante que los resultados de las evaluaciones no se hacen públicos bajo el justificante de que dichos documentos son reservados.

No obstante, en este punto es prematuro concluir si la facultad de otorgar ascensos es discrecional o reglada, razón por la cual es pertinente remitirse al marco legal vigente para la carrera militar. En ese sentido, es importante indicar que el Ministerio de Defensa Nacional como cabeza del Sector Administrativo de Defensa<sup>110</sup>, es a quien le corresponde la

---

<sup>110</sup> *“ARTÍCULO 1.1.1.1. El Ministerio de Defensa Nacional. El Sector Administrativo Defensa Nacional está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional y sus entidades adscritas y vinculadas. El Ministerio de Defensa*

orientación y control de las Fuerzas Militares, delegando en los comandos de cada fuerza el proceso de estudio de las hojas de vida de los aspirantes a un ascenso, correspondiéndoles a estos conformar un comité de estudio de ascenso, cuya función principal es la de evaluar la trayectoria militar de los uniformados (acciones positivas, negativas, felicitaciones o condecoraciones), y verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos de ascenso (art. 53 Dec. 1790/2000), sintetizados en: 1) Tener el tiempo mínimo de servicio para cada grado; 2) acreditar capacidad profesional con las evaluaciones anuales; 3) adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios; 4) acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente; 5) acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa; 6) contar con concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa; y 7) tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación y, en consecuencia, recomendar ya sea el ascenso o el retiro del servicio activo del personal.

Para el caso en concreto, nuestro estudio se centra en el proceso de evaluación y clasificación contenido en el Decreto Ley 1799 de 2000 (en adelante Reglamento de evaluación), cuya aplicación se inicia a partir de que los uniformados egresan de las respectivas escuelas militares una vez obtienen el título de profesional en ciencias militares (oficiales) o tecnólogos en ciencias militares (suboficiales) <sup>111</sup>. Dicha evaluación se lleva a cabo a través del diligenciamiento anual de un folio de vida donde se registran las anotaciones positivas y negativas, a las cuales se les asigna un valor numérico de acuerdo a la regulación interna que haga el Comando General de las Fuerzas Militares.

---

*Nacional tendrá a su cargo la orientación, control y evaluación del ejercicio de las funciones de los organismos y entidades que conforman el Sector Administrativo Defensa Nacional, sin perjuicio de las potestades de decisión que les correspondan, así como de su participación en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos” Decreto 1070 de 2015.*

<sup>111</sup> Las escuelas de formación de las fuerzas militares son instituciones de educación superior, y que en tal virtud otorgan títulos de profesionales, tecnólogos o técnicos profesionales. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1293 de 2001.

Así entonces, al art. 1 del Reglamento estableció como objeto el “*determinar las normas, criterios, técnicas y procedimientos generales para la evaluación y clasificación de Oficiales y Suboficiales al servicio de las Fuerzas Militares, con excepción de los oficiales generales y de insignia*”, donde la regla general es que, las normas de evaluación son aplicables a todo el personal militar, cuya única excepción la constituyen los oficiales generales, toda vez que de conformidad con el art. 65 del Decreto Ley 1790 de 2000, el Gobierno Nacional está facultado para escoger “*libremente*” a quienes van a ascender a dichos grados. Es decir, la selección del personal para ascender a los grados de general no está sujeta a ningún proceso de selección por competencias, en tanto se trata de una facultad discrecional cuyo ejercicio se fundamenta en la “especial confianza” que debe existir entre el presidente de la República y sus inmediatos colaboradores<sup>112</sup>.

En igual sentido, el art. 2 define la evaluación como un proceso continuo y permanente que permite determinar el “*desempeño profesional y el comportamiento personal con base en informaciones procedentes de diferentes fuentes, de acuerdo con los indicadores establecidos en los formatos de evaluación*”, que brinda a la Administración la información necesaria para la toma de decisiones relacionadas a la administración del talento humano.

---

<sup>112</sup> Importante mencionar que el órgano constitucional declaró exequible la expresión “*libremente*” del referido artículo, al considerar que la designación de aquellas personas que ostentan las más altas dignidades dentro de las Fuerzas Militares, están desprovistas de imposiciones que aten al Ejecutivo a tomar decisiones en determinado sentido, en especial porque debe existir un elevado grado de confianza entre la máxima autoridad civil y militar con el alto mando. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-757 de 2002. A diferencia de este pronunciamiento, la Corte Constitucional en sentencia posterior declaró inexecutable la expresión “*libremente*” contenida en el párrafo 1 del art. 54 del Decreto Ley 1790 de 2000, donde se pronunció respecto de la selección del personal para ascender al grado de sargento mayor. En esa ocasión, se analizó el sistema de ascensos de conformidad con el Reglamento de Evaluación y Clasificación, identificándose las etapas que debían agotarse para calificar las capacidades personales y profesionales de quienes pretendían la promoción dentro del escalafón militar, indicando que el “*proceso de calificación y selección está precedido por una rigurosa estratificación que garantiza que quienes lleguen al escalafón precedente, sean las personas de mayor idoneidad para ser promovidos*”. Aunado a esto, señaló que en el proceso de selección de los aspirantes “*existe una definitiva tendencia de potestad reglada que condiciona la decisión final de ascenso y que garantiza que las promociones se hagan respecto de los más calificados*”, puesto que de conformidad con el art. 125 constitucional, extensivo a la carrera militar, es el mérito y las calidades de los aspirantes la base del sistema de promoción a los distintos grados de la escala militar, y por lo tanto, “*el Comando de la Fuerza está obligado a escoger a aquellos que satisfagan con méritos superiores las condiciones y expectativas que el perfil de ese grado militar exige*”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-819 de 2005.

Adicionalmente, el art. 3 establece los objetivos que se persiguen con el proceso de evaluación, dentro de los cuales se resaltan: a) obtener y registrar la información válida acerca del perfil profesional; b) valorar el desempeño profesional; y c) identificar el personal que reúne los requisitos profesionales para continuar en la carrera militar. Es decir, el resultado de la evaluación le permite a la Administración valorar el desempeño personal y profesional de sus miembros, así como determinar si los evaluados cuentan con el perfil profesional para continuar dentro de las Fuerzas Militares. Podríamos entonces concluir que el resultado que se obtenga en la evaluación se constituye como un criterio de permanencia en la institución.

A renglón seguido (art. 4) se indica que el proceso de evaluación debe ceñirse a los siguientes principios: favorabilidad, debido proceso, objetividad, publicidad, imparcialidad, especificidad, aplicabilidad y obligatoriedad. Estos se encuentran definidos y desarrollados a lo largo de la disposición normativa. No obstante, es necesario enfatizar que, en todo caso, la evaluación solo es confiable en la medida que se ajusta a los criterios objetivos previamente establecidos y lo registrado y valorado dentro de la hoja de vida corresponda a hechos observados, probados y medibles.

Aunado a lo anterior, el proceso de evaluación y clasificación debe desarrollarse bajo unos criterios orientadores (art. 5), dentro de los cuales se resaltan: i) el resultado de la evaluación que se constituye como un motivo de prestigio profesional y confianza para la administración; y ii) el proceso de evaluación y clasificación que se constituye en herramienta de selección para ascensos y permanencia<sup>113</sup> dentro de las Fuerzas Militares. Es decir, los resultados obtenidos dentro de dicho proceso se establecen como un criterio de confianza lo cual permite que la decisión de ascender y mantenerse dentro del servicio a los funcionarios mejor calificados sea una decisión objetiva y razonable. Esto no significa que la

---

<sup>113</sup> Según la Real Academia Española la *permanencia* es definida como la “Duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad”.

Administración deba ascender o mantener en la institución a todo el personal; por el contrario, lo que hace la normatividad es establecer criterios objetivos de tal suerte que la selección de personal no quede bajo la liberalidad de la Administración, y las decisiones de esta se sujeten a la escogencia de los mejores funcionarios.

Entrando ya al proceso de evaluación y clasificación, es importante mencionar que el mismo se da en fases (art.6) que permiten obtener la valoración de las cualidades personales y profesionales del evaluado en el desempeño en el cargo durante el lapso evaluable (anualmente), así:

Tabla 4. Fases del proceso de evaluación y clasificación

FASE	DESCRIPCIÓN
1. Recopilación de información:	Consiste en recopilar información válida, confiable y significativa, acerca del desempeño personal y profesional de los Oficiales y Suboficiales al servicio de la institución, de manera permanente y continua.
2. Registro:	Consiste en anotar oportunamente los hechos que afecten al subalterno en cuanto a los indicadores del desempeño profesional y notificar el resultado dentro de los términos establecidos.
3. Evaluación:	Se refiere a la valoración de las anotaciones sobre desempeño personal y profesional contenidas en los formularios No. 2 y 3 con el propósito de asignarles la evaluación merecida dentro de los niveles de calidad considerados.
4. Revisión y clasificación:	Se refiere a la verificación de las actuaciones del evaluado con la valoración de los indicadores emitida por el evaluador en el formulario No. 3 y la clasificación en la lista que corresponda.

Fuente: Elaboración propia.

En las anteriores fases intervienen dos autoridades (art. 14): las evaluadoras y las revisoras, de distinto nivel jerárquico para garantizar el máximo grado de justicia en las apreciaciones y proteger los intereses de la institución y del evaluado, así:



Tabla 5. Autoridades intervinientes en el proceso de evaluación

AUTORIDAD	FUNCIÓN
1. Evaluadora:	Es un oficial en servicio activo que, dentro de la estructura orgánica de la unidad, dependencia o repartición, sea el inmediato superior del evaluado, responsable de su dirección, control y progreso.
2. Revisora:	Es un oficial en servicio activo responsable de la verificación de las actuaciones del evaluado con la valoración de los indicadores emitida por el evaluador para garantizar el máximo grado de justicia en el proceso evaluatorio y proteger los intereses de la institución y del evaluado. La autoridad revisora es el comandante de la unidad o jefe de repartición, inmediato superior de la autoridad evaluadora, cuya facultad y responsabilidad es ineludible e indelegable.

Fuente: Elaboración propia

A estas les corresponde adelantar sus funciones a partir de la valoración numérica que realicen de las acciones positivas o negativas del funcionario previamente corroboradas y registradas, bajo unos niveles de calidad (art. 35) establecidos como parámetros de medición: Excelente, Muy Bueno, Bueno, Regular y Deficiente cuya aplicación se da durante el periodo fijado para la evaluación, así: a. Excelente, 10 o más puntos a favor; b. Muy bueno, 5 a 9 puntos a favor; c. Bueno, 0 a 4 puntos a favor; d. Regular, 1 a 5 puntos en contra; e. Deficiente, 6 o más puntos en contra.

Ahora, los resultados de la evaluación determinan la lista de clasificación (art. 48), las cuales se definen como un mecanismo que permite ordenar en grupos de calidad a oficiales y suboficiales de acuerdo con los resultados obtenidos en sus evaluaciones. Importante indicar que existen dos tipos de clasificación: i) la lista de clasificación *anual* que resulta de la evaluación determinada por el revisor en el periodo evaluable y, ii) la lista de clasificación

para ascenso <sup>114</sup>que resulta de las clasificaciones anuales en el grado y es determinada por la junta clasificadora <sup>115</sup>de cada Fuerza, a saber:

Tabla 6. Listas de clasificación

<b>LISTA</b>	<b>NIVEL DE CALIDAD</b>
a. Lista número UNO (1)	EXCELENTE
b. Lista número DOS (2)	MUY BUENO
c. Lista número TRES (3)	BUENO
d. Lista número CUATRO (4)	REGULAR
e. Lista número CINCO (5)	DEFICIENTE

Fuente: Elaboración propia

El objeto de las listas de clasificación (art. 53) es constituirse como la base fundamental para los estudios que se adelantan al interior de cada Fuerza para decidir respecto de ascensos y retiro de personal. Solo los funcionarios clasificados en lista UNO, DOS o TRES, pueden ser ascendidos (art. 64), de conformidad con la prelación para el ascenso establecida (art. 65), donde los clasificados en lista UNO ascienden con preferencia sobre los clasificados en lista DOS y estos, antes que los clasificados en lista TRES.

A manera de conclusión se puede afirmar que el Reglamento de evaluación regula de manera específica y concreta el proceso de evaluación y clasificación del desempeño personal y profesional dentro de las Fuerzas Militares, cuya piedra angular o eje central es el mérito que demuestren los uniformados durante su trayectoria militar, evaluados bajo criterios

---

<sup>114</sup> La clasificación para ascenso, es el resultado del estudio que realiza la junta clasificadora con base en las evaluaciones y clasificaciones obtenidas en el grado, para definir el ordenamiento dentro de un grupo determinado, según su calidad y desempeño profesional expresado numéricamente (art. 59 DEC. 1799/2000).

<sup>115</sup> 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, debiendo establecer la clasificación de la evaluación obtenida por el uniformado durante la permanencia en el respectivo grado.

objetivos y razonables, que les permite, según los resultados obtenidos, ascender de manera prevalente frente al resto o por el contrario ser retirado del servicio activo<sup>116</sup>.

### **1.5 De la reglamentación interna del proceso de evaluación y clasificación expedida por el Comando General de las Fuerzas Militares y la agregación normativa.**

En complemento a las disposiciones normativas del Reglamento de evaluación y clasificación, hay disposiciones internas en las FF.MM. donde se desarrolla con mayor detalle el proceso de evaluación y selección de personal para los ascensos, sin embargo, como se verá más adelante, a través de estas disposiciones las FF.MM. pueden extralimitarse en el ejercicio de sus competencias al incorporar criterios de selección de índole indeterminado - agregaciones normativas-.

El Comando General de las Fuerzas Militares, en ejercicio de las facultades otorgadas en el art. 30<sup>117</sup> reglamentó, a través de la Disposición No. 016 de 2018, todo lo relativo a los parámetros de diligenciamiento y trámite de los documentos que hacen parte del proceso de evaluación y clasificación de los miembros de las Fuerzas Militares, dentro de la cual se destaca el detalle con el que se establece la tabla de valoración numérica (art.23) de las

---

<sup>116</sup> Ahora, si bien no es el objetivo de este trabajo realizar un análisis comparado de cómo funciona en otros países el sistema de ascensos dentro de las Fuerzas Militares, a manera enunciativa es importante dar a conocer que nuestro ordenamiento jurídico está alineado, por lo menos, con la tendencia regional, la cual, a groso modo, también tiene sustento en la meritocracia. Así, por ejemplo, en Ecuador (Ley 118 Registro Oficial 660 de 1991) y Uruguay (Ley 10.757 de 1946) el ascenso de los militares se constituye como un derecho, siempre y cuando el personal demuestre los méritos necesarios y cumpla con los requisitos establecidos en la ley. Es decir, a diferencia de Colombia, en esos países el ascenso de los militares se constituye como un derecho que se adquiere con la demostración de los méritos exigidos para grado. Para el caso colombiano, el ascenso no constituye un derecho, pero el cumplimiento de los requisitos de ley y la demostración de los méritos necesarios hace que los aspirantes tengan legítimas expectativas de ser promovidos al grado superior, siempre que exista la disponibilidad presupuestal y de planta. Aunado a esto, si bien en Perú (Ley 1365 de 2008), Argentina (Ley 19.101 de 1971), Venezuela (Decreto 1.439 19 de 2014), Paraguay (Ley 1115 de 2013), y Brasil (Ley 5.821 de 1972), el ascenso no se reconoce como un derecho de los militares, al igual que en Colombia, el proceso de evaluación y selección de personal para ese fin, se sustenta en el principio de meritocracia donde se evalúan sus capacidades personales y profesionales, debiendo otorgarse la promoción con observancia del orden correlativo a la clasificación final obtenida.

<sup>117</sup> **"ARTICULO 30. NORMAS GENERALES DE ELABORACION.** En el diligenciamiento y trámite de todos los documentos de evaluación se observarán los parámetros que para el efecto disponga el Comando General de las Fuerzas Militares". Decreto Ley 1799 de 2000.

acciones tanto positivas (felicitaciones, condecoraciones, acciones meritorias) como negativas (sanciones, acciones demeritorias, conducta negativa). A manera de ejemplo se presenta un cuadro comparativo donde se refleja cómo debe asignarse la puntuación dentro de la evaluación, así:

Tabla 7. Valoración numérica de las acciones positivas o negativas

<b>1. ACCIONES POSITIVAS</b>	<b>PUNTOS A FAVOR</b>
Anotación de mérito	Un (1) punto
Felicitaciones las cuales dependiendo el nivel del mando que la otorga su valor numérico varia.	De uno (1) a seis (6) puntos
Culminación de carrera profesional	Cuatro (4) puntos
Culminación de carrera técnica	Tres (3) puntos
Terminación de posgrados (especialización, maestría o doctora).	Cuatro (4), cinco (5) y seis (6) respectivamente.
Condecoraciones militares	Entre dos (2) y nueve (9) puntos dependiendo el tipo de condecoración.

<b>2. ACCIONES NEGATIVAS</b>	<b>PUNTOS EN CONTRA</b>
Anotación de demérito	Un (1) punto
Concepto negativo autoridad evaluadora	Dos (2) puntos
Sanciones disciplinarias	Dependiendo el tipo de sanción varía entre tres (3) y nueve (9) puntos.

Fuente: Elaboración propia

Es decir que todas las anotaciones tanto positivas como negativas deben ser registradas y afectan los indicadores única y exclusivamente en el periodo de evaluación en el que fueron realizadas. Ahora, los indicadores (art. 25) son un conjunto de aspectos que señalan las condiciones personales y profesionales de los evaluados, los cuales son evaluados a través de unos factores dependiendo la conducta que se observe, pero para entender mejor los parámetros que se tienen en cuenta y la forma como se registran, a manera ilustrativa en la siguiente gráfica se enuncian los ocho (8) indicadores que deben ser evaluados desarrollándose de manera completa solo el primero así:

Tabla 8. Indicadores que se deben tener en cuenta en el proceso de evaluación

INDICADORES	FACTORES	CONDUCTA OBSERVABLE
1. Condiciones personales: cada indicador tiene unos factores que permiten su evaluación.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dominio de sí mismo</li> <li>• Liderazgo</li> <li>• Solución de conflictos</li> <li>• Comunicación efectiva</li> <li>• Responsabilidad</li> </ul>	<p>A su vez cada factor se sujeta a unas conductas que deben ser observadas. Para el caso del factor “dominio de sí mismo” se tiene las siguientes conductas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Responde con actitud positiva a los llamados de atención.</li> <li>• Demuestra una actitud asertiva y equilibrada manteniendo el control de sus emociones, frente a situaciones críticas.</li> <li>• Demuestra capacidades de autocrítica.</li> <li>• Maneja adecuadamente las críticas y corrige aquellos aspectos que son señalados por sus superiores.</li> <li>• Demuestra comportamientos esperados de acuerdo a su grado y rol dentro de la institución.</li> </ul>
2. Ética militar	Ver art. 27 de la Disposición 016 de 2018.	
3. Condiciones profesionales		
4. Ejercicio del mando		
5. Competencia administrativa		
6. Desempeño en el cargo		
7. Responsabilidad como Evaluador y Revisor		
8. Cultura física		

Fuente: Elaboración propia.

Dado que la hoja de vida se adelanta de manera virtual a través de un aplicativo, cuando se va a registrar una anotación el sistema le solicita al evaluador seleccionar el tipo de anotación (positiva o negativa), el indicador que se va a afectar, el factor y la conducta observable, de esta manera automáticamente el sistema registra la anotación y le asigna la valoración numérica correspondiente, la cual se ve reflejada al final de periodo de evaluación en la lista de clasificación que se le asigna (lista 1, 2, 3, 4 o 5) dependiendo de los resultados obtenidos.

De lo anterior, se colige que la regulación respecto del proceso de evaluación y clasificación del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares es bastante detallada, máxime si se tiene en cuenta que al inicio de cada lapso evaluable se fijan unos compromisos laborales por parte de los evaluados de conformidad con las funciones asignadas en cada cargo, los cuales son medibles por parte de las autoridades evaluadoras según los parámetros antes indicados. Esta observación es reafirmada si armonizamos esta regulación con el estatuto de carrera de las Fuerzas Militares (art. 52 Dec. 1790/2000), donde se establece que los ascensos deben otorgarse con *“sujeción a la precedencia resultante de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares”*. Así entonces, pese a que resulta prematuro llegar a una conclusión respecto de la naturaleza jurídica de la potestad de otorgar ascensos, por lo menos en principio, y en criterio propio, se considera que la facultad está plenamente reglada o, cuando menos tiende a ser reglada y no discrecional.

Sin embargo, en la práctica administrativa se observa que la lógica es diferente, puesto que se ha asumido que la facultad de otorgar ascensos es discrecional y no se encuentra condicionada de ninguna manera. Así, por ejemplo, el Ejército Nacional que cuenta con la mayor cantidad de funcionarios vinculados a las Fuerzas Militares<sup>118</sup>, y en donde se presenta el más alto índice de demandas contra actos administrativos que niegan ascensos, tiene como fundamento legal para el proceso de selección de personal considerado para un ascenso o promoción la Directiva Permanente No. 01032 de fecha 22 de noviembre de 2016 *“Políticas y lineamientos en administración de personal a desarrollar al interior del Ejército Nacional”*. En principio, desarrolla el marco legal vigente al que ya nos hemos referido; pero, del estudio

---

<sup>118</sup> Según el Instituto Internacional de Estudios Estratégicos en su libro *“The Military Balance”*. IISS. Londres, 2018, p.397. El Ejército de Colombia cuenta con un pie de fuerza de aproximadamente 295.000 miembros en actividad.

detallado de su contenido, se puede concluir que finalmente termina realizando agregaciones normativas, en el sentido de incluir dentro de los factores que se deben tener en cuenta para seleccionar el personal para el ascenso, no solo los parámetros objetivos de origen constitucional y legal ya expuesto, sino que le adiciona a los criterios de selección el aparte: *“y demás factores considerados por la Fuerza como necesarios para el proceso de selección”*. Es decir, la incorporación de dicho aparte, al ser indeterminado, le hace susceptible de incluir una infinidad de factores subjetivos que carecen de origen legal, máxime cuando ni siquiera se le da contenido a la indeterminación del concepto en los procesos de selección específicos, desconociéndose por parte de los aspirantes las reales *“necesidades del servicio”* determinadas por el alto mando.

Entonces, se considera que la Administración carece de competencia para modificar o sustituir a través de normas de derecho blando<sup>119</sup> la Constitución Política (principio del mérito) y demás leyes o decretos con fuerza de ley que regulan la materia, así como tampoco es de buen recibo que dicha institución se aparte de la aplicabilidad de la normatividad existente, puesto que esto conlleva a la ruptura del principio de legalidad<sup>120</sup> como elemento del debido proceso y base fundamental de un Estado social y democrático de derecho.

---

<sup>119</sup> Según Martínez Jurado el *“soft law administrativo o el uso del derecho blando es una realidad en la práctica de la Administración que facilita el logro de los fines del Estado posmoderno. Sin embargo, también es factible que en esa zona de producción normativa abundante se soslayan principios, garantías fundamentales y derechos de los destinatarios de las normas o terceros interesados. Este documento muestra la necesidad de que estos instrumentos estén alineados al principio de juricidad, ya que su procedimiento de emisión es informal y, en la escena jurídica, se les considera como carentes de efectos obligatorios y, por ende, de control judicial”*. MARTÍNEZ JURADO, Darío. El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia. Revista digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, No. 20. Bogotá, 2018, p. 289.

<sup>120</sup> Ha explicado la Corte Constitucional que *“(…) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”*. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-980 de 2010.

En ese sentido, es pertinente indicar que este es un ejemplo del como a través de una directiva se puede desbordar el principio de legalidad<sup>121</sup>, en el cual reposan las clásicas fuentes formales del derecho. Se ha llegado a esta conclusión al aplicar el test de ductilidad propuesto por Sánchez Pérez<sup>122</sup>, por cuanto fácilmente el comandante del Ejército podría extralimitarse en el ejercicio de sus funciones al usurpar la reserva legal<sup>123</sup> de la cual goza la regulación propia del régimen especial de las Fuerzas Militares. Pero, además, la referida directiva al no constituirse en una ley en estricto sentido, escapa del control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional respecto de los aspectos de forma y de fondo de las leyes.

Ahora, podría decirse que esa forma de selección de personal es un retroceso de los avances normativos propios del Estado social de derecho, al aplicar fórmulas de uso común en los inicios de las Fuerza Armadas (1810) cuando no contaban con un sistema de carrera

---

<sup>121</sup> Según Islas Montes el principio de legalidad como principio fundamental “*está para intervenir cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado. Controla la aplicación de normas adjetivas y sustantivas. Se enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. Establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo. Verifica la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley y la Constitución. En el Poder Ejecutivo y Judicial la aplicación del principio debe ser total porque estos son los encargados de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él se deriven. En el Poder Legislativo es determinante su estricta aplicación porque de ello depende la validez de su creación*”. ISLAS MONTES, Roberto. ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO AÑO XV. Gisela Elsner. Montevideo, 2009, p.97.

<sup>122</sup> El profesor Alexander Sánchez propuso el test de ductilidad para determinar si una norma de derecho blando (directivas, circulares, etc.) rompe con el principio de legalidad al adicionar, suprimir o modificar las leyes existentes respecto de alguna materia específica. En dicho test se proponen los siguientes pasos: i) uso informal de la reserva de instrucción (identificación de verbos rectores: interpretar, describir u orientar), ii) agregación o sustracción normativa (verificación de inserción o sustracción de normas de derecho duro, iii) la exclusión del control judicial y iv) la mutación normativa. Ver SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander. las normas de derecho blando un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012.

<sup>123</sup> Según Alfonso Palacios, la reserva de ley o reserva legal “*entendida como aquella técnica legislativa en virtud de la cual se encarga a la ley el desarrollo de los principales aspectos de determinadas materias, excluyendo de este ámbito de regulación a otras normas jurídicas, es una institución arraigada en el sistema jurídico desde el siglo pasado, época a partir de la cual ha evolucionado y adquirido una fisonomía completamente diversa a la que tenía en sus inicios. Creada en el constitucionalismo alemán como respuesta a problemas específicos del sistema, la reserva legal se trasladó luego a Estados con forma de organización estatal completamente diferentes, pero siempre con el mismo objetivo: proteger las materias más valiosas e importantes para los ciudadanos de la regulación autónoma por parte de la administración*”. PALACIOS TORRES, Alfonso. Reserva legal de los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el colombiano. Revista Derecho del Estado Universidad Externado de Colombia, No. 10. Bogotá, 2001, p. 155.



establecido, y, por ende, los ascensos eran otorgados a discrecionalidad del alto mando<sup>124</sup>. Hoy en día, ante la existencia de una regulación específica y detallada del régimen de carrera, y ante el modelo de Estado constituido a partir de la Constitución Política de 1991, no es adecuado que la Administración siga incorporando y usando criterios subjetivos en el proceso de selección de personal para los ascensos, bajo el entendido que este régimen especial de origen constitucional no es ajeno a la aplicación del principio del mérito, todo lo contrario, por lo menos normativamente, este es el eje central del sistema de ascensos de las Fuerzas Militares.

Por consiguiente, para comprender mejor la relevancia del problema jurídico que se plantea, es necesario aproximarse de manera general a la naturaleza y alcance de las potestades discrecionales y su relación con el principio de proporcionalidad dentro del Estado social de derecho.

---

<sup>124</sup> SANTOS PICO, José Manuel. Historia militar del Ejército de Colombia. Centro de Estudios Históricos. Bogotá, 2007. p. 66.

## CAPÍTULO II.

### **GENERALIDADES SOBRE LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y REGLADAS OTORGADAS A LA ADMINISTRACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.**

La doctrina sobre la discrecionalidad administrativa es bastante prolifera; tanto así que un estudio de investigación exhaustivo daría para una tesis doctoral, como bien lo ha hecho en Colombia Marín Hernández en su libro “Discrecionalidad Administrativa”<sup>125</sup>. En ese sentido, teniendo en cuenta que el problema jurídico planteado versa sobre el ejercicio de la potestad que tiene la Administración para otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares, es procedente limitar nuestra aproximación al tema haciendo alusión a los principales aspectos conceptuales y generales de la potestad discrecional y reglada de la administración pública, así como a aspectos centrales del principio de proporcionalidad y su relación con la discrecionalidad, lo cual nos permitirá reafirmar si estamos frente a una potestad reglada o, por el contrario, desvirtuar dicha consideración y concluir que se trata de una facultad discrecional<sup>126</sup>, donde la Administración goza de absoluta liberalidad para la toma de decisiones.

---

<sup>125</sup> Ver MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007 reimpresso en el 2012.

<sup>126</sup> Berrocal Guerrero afirma que la potestad discrecional es una atribución en cuyo ejercicio su titular es libre de escoger la oportunidad para su expedición y/o determinar el contenido o sentido de la decisión, y/o valorar la conveniencia o el mérito para el mismo efecto, así como el destinatario del acto. El número de tales factores (oportunidad, contenido, conveniencia, etc.) respecto de los cuales el funcionario disponga de libertad para proveer, determina el grado de discrecionalidad del acto, de modo que, a mayor número de los mismos, mayor será la discrecionalidad, y viceversa. BERROCAL GUERRERO, Luis. Manual del acto administrativo. Librería Ediciones del Profesional 4.ª ed. Bogotá, 2005, p. 103.

## **1.6 Aproximación conceptual de las potestades discrecionales y regladas de la Administración**

El ordenamiento jurídico presupone que el poder público sea ejercido conforme con los postulados del principio fundamental de legalidad<sup>127</sup>y, por lo tanto, la Administración está obligada a actuar de conformidad con la Constitución y la ley. No obstante, no siempre las normas jurídicas logran determinar los límites precisos dentro de los cuales la Administración debe actuar en cumplimiento de su quehacer cotidiano, en especial porque las actividades que desarrolla no son únicas y estáticas, por el contrario, son múltiples, variadas y cambiantes. Es por ello que el ordenamiento jurídico prevé el otorgamiento de dos tipos de potestades que le permiten a la Administración cumplir con los fines estatales, estas son la reglada y la discrecional<sup>128</sup>.

Es así que la noción de discrecionalidad administrativa cobra relevancia en este trabajo, por cuanto las actividades que realiza la Administración deben ir encaminadas al cumplimiento de los fines estatales y del interés público, indistintamente si esta cuenta con un mayor o menor margen de apreciación o valoración de circunstancias para resolver aquellos casos que la norma no ha regulado o la regulación es general y muy limitada ante la imposibilidad de prever todas las situaciones administrativas que se pueden suscitar en un entorno cambiante.

Dentro de la doctrina existen diferentes concepciones de lo que hoy por hoy se denomina discrecionalidad administrativa, y es precisamente en esa discusión donde cobra relevancia el concepto de la actividad discrecional en contraposición con la actividad reglada.

---

<sup>127</sup> ISLAS MONTES, Roberto. Sobre el principio de legalidad. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. KONRAD - ADENAUER – STIFTUNG. Montevideo, 2009, p. 98.

<sup>128</sup> ARIAS GAYOSO, Grethel. A vueltas con la discrecionalidad administrativa. Novum Jus (4) 1, pp. 27-150. Recuperado a partir de <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/703>

Es así que, la discrecionalidad administrativa como institución central del Derecho Administrativo es una figura polémica por generar opiniones tanto a favor como en contra<sup>129</sup>.

Por una parte, hay quienes consideran que la facultad discrecional es un poder necesario con el que debe contar la Administración Pública para el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se le han impuesto<sup>130</sup>. Por otro lado, hay quienes conciben la discrecionalidad como un dispositivo peligroso puesto que fácilmente se puede caer en la arbitrariedad; esta visión está asociada con el denominado “proyecto antidiscrecionalidad” desarrollado por Ponce Solé<sup>131</sup>, trabajo inspirado en la obra del profesor García de Enterría<sup>132</sup> desde donde se propone combatir los poderes discrecionales, normativos y políticos como manifestaciones de arbitrariedad de la administración.

No obstante, pese a la existencia de diversas concepciones doctrinales respecto de la discrecionalidad administrativa, estas no serán motivo de estudio en este capítulo, puesto que lo relevante para resolver el problema jurídico planteado es determinar la concepción acuñada por las Altas Cortes a través de su jurisprudencia y, a partir de ahí, establecer la naturaleza jurídica de la potestad atribuida a la Administración para otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares.

---

<sup>129</sup> Ver CASTRO LOZANO, Ana Catalina. La Discrecionalidad Administrativa en la Estructuración de los Pliegos de Condiciones en la Licitación Pública. Universidad del Rosario. Bogotá, 2015, p.9. Disponible en: <file:///C:/Users/anama/OneDrive/Escritorio/U.%20ROSARIOTESIS%20DISCRECIONALIDAD%20ADMINISTRATIVA%20PUBLICAR.pdf>

<sup>130</sup> Para Brewer Carías “La actividad discrecional de la administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad.” BREWER CARÍAS, ob. cit., p. 220. En palabras del profesor Luciano Parejo la facultad discrecional es aquella potestad en la cual la normatividad “no anticipa ella misma en todos o al menos en algunos de sus aspectos, el resultado de su ejercicio, de suerte que, en los correspondientes aspectos, remite la toma de la decisión pertinente (en grado variable) al juicio o la voluntad de la propia Administración Pública. La entrega de la decisión a la Administración supone el reconocimiento a ésta de cierta (mayor o menor, según los casos) libertad”. PAREJO ALONSO, ob. cit. p. 400.

<sup>131</sup> Ponce Solé, Juli. Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero. Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época, No. 11. Madrid, 2014, pp. 18-37.

<sup>132</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (PODERES DISCRECIONALES, PODERES DE GOBIERNO, PODERES NORMATIVOS). Revista de Administración Pública, No. 38. Madrid, 1962, pp. 159-208. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112627>

Es así que, tomaremos como punto de partida la concepción de la discrecionalidad administrativa defendida por Marín Hernández<sup>133</sup>, la cual ha sido acuñada por la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>134</sup>, donde se define la discrecionalidad administrativa desde un enfoque mixto que combina las concepciones “materiales” o “positivas”<sup>135</sup> con las “formales” o “negativas”<sup>136</sup>, concretándose así, posiblemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como:

*“...el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico<sup>137</sup>”*

Bajo esta concepción le corresponde a la Administración completar el supuesto de hecho de la norma que le atribuye la potestad a través de criterios objetivos y razonables que

---

<sup>133</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, ob. cit., en especial los capítulos segundo y quinto.

<sup>134</sup> En relación con la aludida concepción de la discrecionalidad administrativa pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: Alier Hernández Enríquez, rad. n.º 110010326000199503074 01, exp. 13074; ÍD. Sentencia del 30 de noviembre de dos 2006, C.P.: Alier Hernández Enríquez, rad. n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01, exp. 18059; ÍD. Sentencia del 31 de octubre de 2007, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, ref.: 13.503; rad. n.º 110010326000199713503 00. (citado originalmente por MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano. Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 2. Bogotá, 2009, p. 162).

<sup>135</sup> En esta concepción “la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente a la administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando “elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional”. Ibid. pp. 162-163.

<sup>136</sup> Bajo esta concepción la discrecionalidad administrativa es entendida “como un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, entonces, ha decidido otorgar a la administración, con el propósito de que ésta decida de manera libre, eligiendo cualquiera de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, habida cuenta de que –supuestamente, según estas posturas– todas esas alternativas resultan jurídicamente admisibles, esto es, se trataría de indiferentes jurídicos”. Ibid. p. 163.

<sup>137</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C. P.: Alier E. Hernández Enríquez; rad. n.º 110010326000199503074 01; exp. 13074.

se derivan de la ponderación que se realiza de los resultados de las actividades de investigación, acopio de información y la identificación de los intereses técnicos, económicos, sociales, políticos y de conveniencia u oportunidad que la Administración considera relevantes para subsumir los hechos a las circunstancias propias del caso en concreto y así poderlo resolver<sup>138</sup>.

De lo anterior, se puede concluir que la potestad discrecional no le otorga a la Administración una libertad absoluta de decisión, por cuanto la libertad que se le atribuye corresponde a una libertad relativa que se encuentra limitada, como ya se indicó, por la Constitución y la ley (bloque de legalidad)<sup>139</sup>. Es decir, las decisiones de la Administración estén sujetas a buscar el cumplimiento de los fines estatales<sup>140</sup> y, por ende, del interés público<sup>141</sup>.

Esta concepción de la discrecionalidad administrativa<sup>142</sup> resulta armónica con nuestro modelo de Estado social de derecho, ya que le corresponde a la Administración la gestión de

---

<sup>138</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, ob. cit. pp. 165-166.

<sup>139</sup> Ibid. p. 166

<sup>140</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12).

<sup>141</sup> La doctrina suele comenzar su estudio desde la raíz etimológica del interés público, el cual viene proviene de la voz latina *interest*, cuyo sentido literal es “estar entre” y que con el paso del tiempo llegó a significar algo así como lo que importa o lo que es importante. Visto desde una perspectiva económica, puede entenderse al interés como la relación entre un individuo que tiene una necesidad, y el bien adecuado para satisfacerlo. O, dicho en otras palabras, un tender hacia un objeto. Así entonces, puede definirse como el “*resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos*”. DE CORES, Carlos. EL CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, No. 11. Montevideo, 2007, pp. 131-140 (133). En el derecho privado el interés general ha sido definido como “*una institución jurídica protectora del orden jurídico nacional que reflejan los valores o principios fundamentales del sistema jurídico, de la cultura del pueblo, la seguridad nacional, o los derechos fundamentales*”. JIMENEZ, Elba. Orden Público Internacional (OPI) Fuentes de las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma. México, 2018, p. 23.

<sup>142</sup> Para Carrillo y Pereira esta concepción de la discrecionalidad se constituye también como una potestad reglada, pero “encubierta”. Es decir, para estos autores dentro del Estado de Derecho no existe una facultad discrecional, puesto que en todo caso se encuentra reglada en mayor o menor medida por la normatividad.

los intereses generales y, en consecuencia, las decisiones que se adopten para resolver las diferentes situaciones que se presentan en el quehacer administrativo no pueden adoptarse de manera caprichosa y alejada de criterios objetivos encaminados a la salvaguarda del interés general<sup>143</sup>, de ser así, estaríamos frente a decisiones arbitrarias<sup>144</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional concibe la discrecionalidad administrativa como la principal herramienta otorgada a los funcionarios públicos *“para la toma de decisiones discrecionales, dentro de márgenes que les posibilitan apreciar y juzgar las circunstancias de hecho, de oportunidad y/o conveniencia general. En esa medida, la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley<sup>145</sup>, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley”*<sup>146</sup>. A partir de lo indicado, podemos decir que la facultad discrecional se constituye como

---

Ver CARRILLO DE LA ROSA, Yezid y PEREIRA BLANCO, Milton. Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales. Revista digital de Derecho Administrativo, No. 18. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, pp. 65-83; Sobre este mismo punto, también se puede consultar a LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. Revista Doxa, n.º 25. 2002, pp. 413-439.

<sup>143</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Radicado No. 110010326000199503074 01, exp. 13074.

<sup>144</sup> En el ámbito del derecho administrativo se parte de la base de que no es lo mismo discrecionalidad que arbitrariedad. Y, en este sentido define la primera como parte necesaria e irrenunciable de la actividad de la Administración y se condena la segunda como ausencia de control y simple capricho. OTERO PARGA, Milagros. La arbitrariedad. Anuario de filosofía del derecho XII. 1995, pp. 387-400. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o capricho. El término procede del latín *arbitrarios* que significa, además de arbitrario, incierto y dudoso.

<sup>145</sup> La potestad discrecional se encuentra limitada o sometida por el principio de legalidad, en palabras de Chevallier: *“El Rechtsstaat significa entonces que la administración no puede imponer motu proprio obligaciones jurídicas a los individuos, debiendo, más aún, limitar a aplicar de manera particular e individual las reglas legales, circunscribiéndose a la ejecución de leyes: crear normas sería, en efecto, invadir función legislativa: sin embargo, a contrario, la administración dispone de un poder de decisión y de acción inicial en lo que se refiere a la gestión de sus negocios propios, su organización interna, dominios en los cuales ella puede tomar todas las medidas particulares o generales que se impongan, sin tener que recurrir a ningún texto legislativo. Medimos así el alcance político de la teoría del Rechtsstaat, la cual constituye una muralla contra lo arbitrario, imponiendo la intervención de langtag en todo lo relacionado con la protección de los derechos individuales y a la vez preserva las prerrogativas del Ejecutivo colocando al Estado fuera de la esfera de la ley”* CHEVALLIER, Jacques. El Estado de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015, p. 25.

<sup>146</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-053 de 2015. Para Sánchez Morón, hay casos en que *“las leyes y reglamentos no regulan con tanta exactitud lo que la Administración debe hacer ante un supuesto de hecho, sino que le atribuyen la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras en principio válidas, en función de las circunstancias o estimaciones de oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos, o de*

una herramienta otorgada a la administración por el legislador, para que sea posible la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas, puesto que la administración cumple su misión en un contexto de cambiantes y complejas relaciones jurídicas que justifican que cuente con instrumentos que le permitan decidir con algún grado de libertad al tomar determinadas decisiones.

A partir del presupuesto de que las potestades discrecionales no son opuestas a los postulados del Estado de derecho<sup>147</sup>, en tanto las propias leyes son las que le otorgan de manera expresa o implícita la existencia de márgenes de autonomía o libertad<sup>148</sup> para adoptar las decisiones que convengan al interés público. Así mismo, la potestad discrecional permite a la administración resolver de la mejor manera posible los casos particulares a los que debe enfrentarse<sup>149</sup>. Sin embargo, es válido precisar que muchas veces los márgenes de libertad pueden ser excesivos o poco justificados<sup>150</sup>.

---

*valoraciones técnicas que a la propia Administración corresponde realizar. Cuando esto sucede – y sucede en la mayor parte de los casos – la Administración tiene un margen de decisión propia de la aplicación de la ley, que es lo que llamamos discrecionalidad administrativa”.* SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Tecnos, 9ª edición. 2013, p. 92.

<sup>147</sup> Es pertinente aclarar el importante giro que tomó el derecho administrativo actual a partir del surgimiento del Estado constitucional, y para el caso concreto, de las llamadas potestades discrecionales, teniendo en el advenimiento de la constitucionalización de los derechos y la aplicación del principio de proporcionalidad implicó la crisis del concepto de discrecionalidad administrativa y, a partir de allí, el surgimiento de lo que llamaré las potestades regladas encubiertas. CARRILLO DE LA ROSA, Yezid y PEREIRA BLANCO, ob. cit., pp. 65-83.

<sup>148</sup> *“La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura “nomocracia” objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (y como hoy, en cierto modo, alimenta la más vulgar fe en la informática y en los ordenadores). No es por ello exacto que todas las discrecionalidades sean reductibles a supuestos reglados y que en esa reducción haya que ver precisamente la línea del progreso político...Pero es ilusorio pretender agotar en cualquier momento el ámbito completo de la discrecionalidad. La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional”.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Civitas ediciones S.L. 2002, p. 457.

<sup>149</sup> *“La discrecionalidad sirve, sobre todo, a la justicia del caso concreto. Se pone a los órganos en la posición de hallar una solución adecuada y correcta para el caso concreto, teniendo en cuenta a estos efectos tanto el punto de vista de los objetivos perseguidos por la ley (la finalidad de la norma, la ratio legis) como las concretas circunstancias del caso. Por ello deben, en primer lugar, preguntarse qué fines persigue el otorgamiento de discrecionalidad, así como también cuáles son los puntos de vista determinantes al respecto para, atendiendo a todo ello, juzgar el caso concreto y tomar una decisión en consecuencia. Aquí pueden influir tanto argumentos*



En todo caso, la discrecionalidad no debe ser sinónimo de arbitrariedad, puesto que la administración, cuando realiza determinada actividad en ejercicio de su autonomía<sup>151</sup>, su actuación debe estar enmarcada dentro de los límites fijados por la ley y la jurisprudencia, debiendo ser la actuación racional, justa, igual y proporcional; caso contrario, estaríamos frente al ejercicio arbitrario de la competencia, es decir, irracional, injusta o desproporcionada, y debe ser controlada judicialmente en la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>152</sup>. Como lo indica Sánchez Morón, la discrecionalidad puede ser más amplia o más reducida en función de los elementos reglados de las decisiones, es decir, los límites que establezcan las normas que regulan cada tipo de actuación administrativa. En ese entendido, *“La Administración está sometida a esos límites normativos, distintos en cada caso, pues al ejercer la discrecionalidad se limita a completar el mandato legal con una decisión propia”*<sup>153</sup>. En igual sentido, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 44) estableció que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa<sup>154</sup>.

---

*de equidad como consideraciones de conveniencia y oportunidad”*. MAURER, Hartmut. Derecho Administrativo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2011, p. 170.

<sup>150</sup> Sánchez Morón, ob. cit., pp. 92-93.

<sup>151</sup> La autonomía puede ser considerada como un poder en virtud del cual se puede dictar sus propias leyes o reglas; no obstante, estas no podrán ser contrarias a aquellas que han sido dictadas por el poder soberano. Así mismo, la autonomía no implica únicamente la capacidad de darse sus propias leyes, sino también la capacidad de actuar conforme a ellas y dentro de los límites que éstas imponen. ROBLEDOSILVA, Paula. La autonomía municipal en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010, p. 37.

<sup>152</sup> Brewer-Carías, ob. cit., p. 752.

<sup>153</sup> Sánchez Morón, ob. cit., pp. 93-94.

<sup>154</sup> La referida norma regula en forma general el polémico tema de la discrecionalidad administrativa, en idéntica forma que lo traía el art. 36 del Código Contencioso Administrativo. Sobre el particular la Corte Constitucional ha indicado que la potestad discrecional se encuentra limitada por los preceptos de orden superior relacionados con la búsqueda de los fines esenciales del Estado. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-031 de 1995. Por su parte el Consejo de Estado ha sostenido que el principio de proporcionalidad, expresamente contenido en la referida norma, no solo sirve como sustento y justificación de las actuaciones administrativas, sino que, además, constituye una herramienta trascendental para efectos de control judicial de los diferentes actos. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp. 17009. (Referencias originalmente citadas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Por su parte el Consejo de Estado ha indicado que la discrecionalidad con la que cuenta la administración no puede ser arbitraria, sino que se debe limitar a los fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que la fundamentan<sup>155</sup>, por cuanto dicha potestad no puede desconocer principios constitucionales, como quiera que no se trata de un poder ilimitado, sino que, precisamente, su actuación debe enmarcarse dentro del fin específico de las normas que le atribuyen la competencia<sup>156</sup>.

Ahora, es pertinente indicar que la discrecionalidad administrativa se define a través de dos elementos, por un lado, la adecuación y, por el otro, la proporcionalidad. Según lo primero, la medida debe tener correspondencia con el fin perseguido, o en palabras de la doctrina Constitucional es necesario que exista “la armonía del medio con el fin”<sup>157</sup>; y lo segundo, la decisión no puede ser desmedida o desproporcional frente a los hechos que le sirven de fundamento, en cuyo caso se convierte en arbitrariedad que es la antítesis de la decisión discrecional<sup>158</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la potestad discrecional debe ejercerse bajo criterios de racionalidad<sup>159</sup>, proporcionalidad y

---

Administrativo -comentado y concordado- segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016, p. 163.

<sup>155</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12).

<sup>156</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de febrero de 2011, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01239-00(AC).

<sup>157</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-217 de 2016.

<sup>158</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 13 de diciembre de 2010, Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00002-00.

<sup>159</sup> Para Ospina Sepúlveda la decisión jurídica o, en su caso, el punto de vista interpretativo enunciado por el operador jurídico debe respetar los criterios de racionalidad establecidos por el ordenamiento jurídico; esto es, su interpretación debe armonizarse con los requerimientos de coherencia y legalidad que exige la dogmática jurídica. Dicho requisito se entiende cumplido sí el enunciado jurídico que es producto del procedimiento hermenéutico es el resultado del respeto por el sentido interno del sistema jurídico. Se tiene así que, en un primer estadio, la decisión jurídica y, más concretamente la decisión administrativa, debe ser racional, por lo cual se deben seguir las pautas de interpretación y las fuentes válidas del derecho expresamente consagradas en el propio ordenamiento, dichas fuentes han de estar debidamente categorizadas y priorizadas. Una decisión tal será racional si, por ejemplo, tratándose de un acto administrativo discrecional o aquél que es producto de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, respeta los postulados constitucionales y legales; además de lo cual, si está fundamentada en una realidad fáctica verificable, y sí se ajusta a las finalidades

razonabilidad<sup>160</sup>, indicando que las diversas normas que consagran la facultad discrecional han sido respaldadas por la Constitución, en la medida en que se entienda que no se trata de atribuciones arbitrarias<sup>161</sup>”. Asimismo, el ejercicio de dicha potestad debe buscar la satisfacción del interés general<sup>162</sup>, la consecución de los fines del Estado<sup>163</sup>, la prestación de un buen servicio y la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos<sup>164</sup>.

---

implícitas o explícitas de la norma constitucional o legal habilitante. Igualmente, si al hacerse aplicación de la medida de que trata el mismo acto, no se quebrantan principios generales del derecho y del derecho administrativo, como la interdicción de la arbitrariedad, el principio de la igualdad o de la proporcionalidad, entre otros. Una decisión racional en materia administrativa debe proscribir la analogía cuando de competencias se trata. Esta forma de racionalidad puede ser identificada, en materia de actos administrativos, como aquella que exige de éstos el cumplimiento de los requisitos formales vertidos en la norma habilitante. OSPINA SEPÚLVEDA, Roosevelt Jair. Límites Jurídicos y Políticos de la Decisión de la Administración Pública. En Nuestro Sistema Constitucional. Revista digital de la Universidad de Antioquia. Medellín, 2009, pp. 5-6.

<sup>160</sup> Respecto al origen doctrinal del Principio de razonabilidad, de acuerdo a Sapag su origen se encuentra en el derecho anglosajón, y se vincula al denominado *due process of Law*, el que, a su vez, deviene de los documentos medievales, como la Carta Magna de 1215, y su concepción original implica que, para que los actos de los poderes públicos sean válidos deben acogerse la reglas y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico. SAPAG, Pablo. El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado. *Dikaion* 17. 2008, pp. 63-64.

<sup>161</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-053 de 2015.

<sup>162</sup> A partir de la observación de los elementos fácticos, la administración debe adoptar la decisión que mejor convenga a la comunidad. Ver, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01079-02(2190-10). Si bien, en efecto la autoridad administrativa cuenta con potestades discrecionales y que “...*raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad*”, dicha potestad no es otorgada para el cumplimiento de cualquier finalidad, “*sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general*”. Ver, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (PODERES DISCRECIONALES, PODERES DE GOBIERNO, PODERES NORMATIVOS). Revista de Administración Pública, No. 38. Madrid, 1962, pp. 167-168.

<sup>163</sup> “A su vez, la doctrina también ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación del poder, fundamentalmente cuando estudia el tema de la discrecionalidad administrativa que existe para expedir ciertas decisiones administrativas. En tal sentido, dice de manera uniforme, que dicha facultad tiene límites y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, las mismas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales, porque cuando se expide un acto sin que dicho fin dirija el sentido de las decisiones, se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incursionando en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado Social de Derecho”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de junio de 2012, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023).

<sup>164</sup> “Por esto último, la potestad discrecional de la administración para el ejercicio de la función pública y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, debe estar encaminada al respeto de los principios consagrados en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política, pues dicha facultad, no es ilimitada, sino que debe estar dirigida a través de los actos administrativos que se expidan, al logro de los postulados fundados en el buen servicio a la colectividad, en la convivencia pacífica y en la vigencia de un orden justo. En ese orden de ideas, los funcionarios administrativos no gozan en el ejercicio de sus funciones de una potestad absoluta, sino que deben tener en cuenta para el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Constitución y las leyes de la República”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00151-01(AC).

A diferencia de los presupuestos que conllevan las potestades discrecionales, hay otros casos donde la administración debe actuar de tal forma que esta no tiene otra alternativa que obrar en la forma indicada o establecida por el mandato legal, en cuyo caso nos encontramos frente a *potestades regladas*, definida esta por Parejo Alonso como aquella potestad que “*determina – en el plano normativo habilitante- la acción administrativa de manera completa, en la doble vertiente de sus aspectos formales y materiales o sustantivo, de suerte que dicha acción aparece estrictamente prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma o aplicación de la misma mediante subsunción del caso concreto en el supuesto legal definido por ella*”<sup>165</sup>; evento en el cual la administración, en ejercicio de este tipo de potestad y competencia, tiene una única solución correcta. Es decir, la norma jurídica, ley o reglamento aplicable, puede prever con precisión la actividad de la administración de manera que esta no tiene otra opción que la de aplicar al caso en concreto lo que la norma establece sin margen apreciación alguno<sup>166</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado también se ha pronunciado en su jurisprudencia respecto de las facultades regladas de la administración, señalando que, si bien el ejercicio de las facultades de los funcionarios públicos está regulado y limitado en mayor o menor medida, y que, dependiendo de la densidad normativa para cada caso, las actuaciones administrativas serán regladas o discrecionales, se está frente a potestades regladas cuando “*la ley o el reglamento establecen, que frente a determinados supuestos de hecho, la autoridad administrativa debe tomar las medidas asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas*”

<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> PAREJO ALONSO, ob. cit., pp. 399-400.

<sup>166</sup> ESTEVE PARDO, ob. cit., p. 103.

<sup>167</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00151-01(AC). Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Es decir, el ejercicio de las potestades regladas de la administración está predeterminada en forma concreta en la norma jurídica, evento en el cual el funcionario competente no tiene otra opción que la de dar cumplimiento a lo dispuesto normativamente. En este caso, la ley sustituye el criterio de la Administración y prevé de manera específica lo que es más conveniente para el interés público.

Si bien esta aproximación conceptual respecto de las potestades discrecionales y regladas atribuidas a la Administración nos permite tener cierta claridad respecto de la naturaleza y alcance de una y otra, es importante mencionar que en la práctica su aplicación no es para nada pacífica. Así, por ejemplo, como se estudiará en el siguiente capítulo, todavía no hay consenso entre las Altas Cortes respecto de si la potestad administrativa para otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares es discrecional o reglada. Pese a que, para la Corte Constitucional dicha potestad es reglada hasta el grado de coronel, el Consejo de Estado sostiene que se trata de una facultad discrecional, conclusión a la que llega recurriendo a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que en su criterio deben ser valorados por la Administración, estos son: “las necesidades del servicio” y “la especial confianza”.

En ese sentido, para determinar si las disposiciones legales que regulan el sistema de ascensos dentro de las Fuerzas Militares contemplan o recurren a conceptos indeterminados, es pertinente abordar la naturaleza y alcance de los conceptos indeterminados en el ejercicio de potestades discrecionales.

### **1.7 Conceptos jurídicos indeterminados en el ejercicio de potestades discrecionales**

En el estudio de la discrecionalidad administrativa es relevante y trascendental abordar de manera simultánea y con especial atención lo relativo a la teoría de los conceptos jurídicos

indeterminados, tema que ha suscitado importantes debates en los diferentes sectores doctrinales<sup>168</sup>, pero que para efectos de este trabajo se sintetiza en la íntima relación que se guarda con el ámbito de estimación y valoración discrecional, lo cual no deja de ser problemático para la doctrina<sup>169</sup>.

Así entonces, los conceptos jurídicos indeterminados se localizan al lado de la regulación legal, en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar para el caso en concreto, el contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión<sup>170</sup>, puesto que estos presuponen una indeterminación o vaguedad de conceptos que tienen una trascendencia jurídica en la realidad que se pretende regular, como, por ejemplo: interés público, necesidad del servicio, legítima confianza, buena fe, entre otros.

Es así que la ley utiliza estos conceptos en la medida en que las realidades que presenta cada caso particular impiden un grado de determinación y precisión, sin que eso signifique que carezcan de contenido suficiente para contemplar un supuesto o supuestos concretos que deben ser apreciados por la Administración en sede aplicativa<sup>171</sup>. De todas maneras, se ha aceptado por la doctrina que las normas intentan delimitar supuestos

---

<sup>168</sup> Para profundizar sobre el particular se puede consultar a MARÍN HERNANDEZ, Hugo. Discrecionalidad administrativa. Op. cit. pp. 203 y ss.

<sup>169</sup> La diferencia entre actividad discrecional, reglada y conceptos jurídicos indeterminados no es pacífica en la doctrina. Algunos sectores prefieren desarrollar la simple teoría de la discrecionalidad con diferentes matices e intensidad, entendiendo por tal "... una simple facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado. Es más, rompiendo las diferencias teóricas entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, se sostiene que la discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada así mismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tienen origen tan solo en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico". SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. Teoría general del derecho administrativo como sistema, objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Instituto Nacional de Administración Pública. 2003, p.220. (Citado originalmente por SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, p. 276.

<sup>170</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Ibid. p. 276.

<sup>171</sup> Consultar a MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Discrecionalidad Administrativa. Op. cit. pp. 203-271 y 707-728.

específicos (esfera de realidad), pero que en todo caso, dada la ausencia de rigurosidad de los términos invocados que impiden su cuantificación o determinación, le corresponde a la Administración definirlos y concretarlos en aras de la aplicación lógica y coherente de la norma, a partir de una unidad de solución justa y adecuada del caso, aplicando técnicas de valoración dentro de su espacio de apreciación<sup>172</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado ha definido los conceptos jurídicos indeterminados como aquellos que aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de un solo enunciado (caso de nociones como la buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras) aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados. A diferencia de estos, los conceptos jurídicos determinados en el ámbito de realidad al que se refiera, están delimitados de manera precisa e inequívoca, por ejemplo: los conceptos que contienen una parte numérica o expresan cantidades (la mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso)<sup>173</sup>.

En el ejercicio de la potestad discrecional la Administración tiene a su disposición una habilitación para la concreción del Derecho que le permite estructurar la decisión que mejor resuelva el caso en concreto<sup>174</sup>, decisión que en todo caso debe ser justa, derivada del método

---

<sup>172</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Op. cit. p. 277.

<sup>173</sup> *“Como la composición del sintagma conceptos jurídicos indeterminados lo sugiere, esta categoría indirectamente supone el contraste con la de los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado –cuando menos en principio– de una manera precisa e inequívoca (verbigracia, conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados”.* CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, rad. n.º: 11001-03-26-000-2000-0020-01; exp. 18059.

<sup>174</sup> Según Marín Hernández, a diferencia de quienes consideran que la potestad discrecional y los conceptos indeterminados son antagónicos, los conceptos jurídicos indeterminados en realidad se constituyen como una

de apreciación subjetiva que se adopte, muchas veces alimentado con elementos de oportunidad y conveniencia, sin negar que las demás alternativas también puedan ser catalogadas como justas, siempre actuando dentro del marco del Derecho y alejada de la arbitrariedad<sup>175</sup>. En todo caso, la decisión que se escoja presupone que debe estar siempre motivada y, en consecuencia, estar sujeta de control judicial plena.

Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido reglas respecto de las cláusulas indeterminadas y la restricción de las libertades constitucionales, señalando entre otras: i) los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades puesto que implican clasificar una situación para tomar una única medida apropiada o justa; ii) si bien se admite cierto grado de indeterminación y ambigüedad en el lenguaje jurídico, y

---

fuerza de la discrecionalidad administrativa *“Posturas doctrinales y jurisprudenciales a cuyo entender la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y el ejercicio de facultades discrecionales son cuestiones antagónicas en la medida en que, tratándose de la primera, se considera que siempre será posible encontrar la única solución jurídicamente correcta para cada caso, mientras que, en ejercicio de las segundas, el operador jurídico dispone de pluralidad de alternativas o soluciones jurídicamente admisibles. Eduardo García de Enterría, uno de los valedores de esta tesis, estima, entonces, que es posible encontrar la “única solución justa” al caso, aun en aquellos eventos en los cuales se aplica un concepto jurídico indeterminado a un supuesto ubicable en su zona de incertidumbre, de acuerdo con la estructura trizonal que suele preconizarse de los referidos conceptos –dos zonas de certeza, una negativa (a la cual se adscriben los casos en los cuales el concepto no se aplica), una positiva (en la cual caen los casos a los que el concepto sí resulta aplicable) y un halo o zona de incertidumbre, en la cual quedarían comprendidos los casos dudosos, en los que se habrá de decidir con base en el margen de apreciación que ejerce el operador jurídico (razonando, en realidad, en los mismos términos que debe hacerlo al ejercer una facultad discrecional)”. (Citado originalmente por MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano. Op. cit. 168. De acuerdo con esta concepción, cuando los supuestos se enmarcan en una “zona de incertidumbre o vaguedad, en los cuales será el aplicador del concepto quien, a la postre, establecerá el criterio con base en el cual se optará por alguna de las alternativas de solución, proceder éste que implica la “necesaria adopción por el órgano actuante de un criterio de aplicación del concepto” y, por consiguiente, se asemeja al desplegado en ejercicio de una facultad discrecional, toda vez que éste igualmente supone la adopción, por parte de la administración, de los criterios finalmente determinantes de la aplicación de una u otra consecuencia jurídica. Lo aquí sostenido descarta que la operación llevada a cabo por el aplicador de la norma que contiene el concepto indeterminado sea estrictamente cognitiva, vale decir, lógico-deductiva, toda vez que, en los casos atribuibles a su zona de incertidumbre, el mencionado concepto no contiene la premisa mayor –fijada por la norma– dentro de la cual subsumir la premisa menor –caso concreto–, de suerte que la aplicación, o no, del concepto, no responde a un juicio silogístico. Será entonces dicho operador jurídico quien, en últimas, determinará el contenido de la norma, volitiva, aunque no libérrimamente, procediendo, en definitiva, como debe hacerlo al ejercer una facultad discrecional. Ibid. p. 168. El citado autor recomienda profundizar este tema consultando al CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006; rad. n.º 11001-03-26-000-2000-0020-01; exp. 18059.*

<sup>175</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Op. cit. p. 278.



aunque no todo concepto jurídico indeterminado sea *per se* inconstitucional, el Legislador debe evitar emplear palabras y conceptos que impliquen un grado de ambigüedad tal que afecte la certeza del derecho y lleve a una interpretación absolutamente discrecional de la autoridad a quien corresponde aplicar determinada disposición, especialmente cuando se trata de normas que restringen el derecho a la libertad en sus múltiples expresiones; iii) cuando sea posible esclarecer un concepto jurídico indeterminado a partir de las herramientas hermenéuticas que ofrece el propio ordenamiento, la disposición no será inconstitucional. Por el contrario, si el concepto es tan abierto que no puede ser concretado en forma razonable, se desconoce el principio de legalidad<sup>176</sup>.

Es decir, es permitido que el legislador incluya cláusulas indeterminadas en las leyes; sin embargo, se debe evitar la inclusión de palabras o conceptos que conlleven una interpretación absolutamente discrecional por parte de la Administración, en especial cuando se restringen derechos. Y, al igual que en el ejercicio de potestades discrecionales, la Administración debe establecer criterios objetivos, razonables y proporcionales, encaminados a completar el supuesto o supuestos de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos, de manera tal que tome la decisión más justa y armónica con las finalidades estatales.

En ese orden de ideas, las decisiones de la Administración deben estar apoyadas en la realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que le sirven de causa. Esto hace que, conceptos como las “necesidades del servicio” o “especial confianza” no puedan o no deban ser utilizados de manera genérica y abstracta como justificantes de las decisiones, sin expresar las razones que le dan contenido al concepto. Es decir, existe la necesidad que el interesado o interesados sepan las razones que soportan o motivan la expedición de los actos administrativos, por un

---

<sup>176</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-453 de 2013.

lado, para garantizar los derechos individuales y el interés general y, por otro, para que se pueda ejercer el control de legalidad, en primera medida por la vía administrativa y, en segundo lugar, a través de la vía judicial.

## **1.8 Límites al ejercicio de potestades discrecionales**

Como ya se indicó, la Administración en determinados casos cuenta con amplios márgenes de configuración otorgados por el legislador, los cuales devienen de la facultad discrecional a esta atribuida<sup>177</sup>, con el propósito de concretar el interés general. En ese sentido, los márgenes de apreciación no constituyen en ningún caso una “libertad absoluta” de configuración o decisión, puesto que la discrecionalidad absoluta está proscrita dentro del Estado de derecho; por el contrario, todo ejercicio de poder por parte de la Administración está sujeto a control.

En consecuencia, es procedente referirse de manera general a los límites legales que el ordenamiento jurídico ha establecido como reductores de la discrecionalidad<sup>178</sup> y los conceptos jurídicos indeterminados. Sea lo primero aclarar que se tomará como punto de partida lo planteado por Marín Hernández, autor que agrupa los referidos límites en dos categorías, por un lado, los elementos reglados que todo acto administrativo contiene y, por otro, los principios generales del derecho y de las actuaciones administrativas<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> En palabras de García De Enterría *“las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general”*. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit. p. 168.

<sup>178</sup> En el derecho administrativo el problema principal de la reconducción de la facultad discrecional, o la concreción misma del concepto indeterminado a raseros objetivos, implica la adopción de una metodología válida que permita llegar a concreciones objetivas en procura de consolidar los propósitos sociales y democráticos del Estado, para lo cual, acudiendo a los trabajos de la moderna doctrina publicista, en especial a los desarrollos logrados por la teoría constitucional en la contención de la arbitrariedad, se sugiere el método de la ponderación y la proporcionalidad, no para efectos de un control judicial de la actuación de la administración, por el contrario, como criterio absolutamente válido para adoptar decisiones administrativas acordes con las bases constitucionales. SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Op. cit. p. 280.

<sup>179</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, op. cit. 173. Concepción planteada en su libro *Discrecionalidad Administrativa*, cit, en especial los capítulos tercero y sexto; la cual fue acuñada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

A partir de la primera, no es posible concebir facultades puramente discrecionales, toda vez que como mínimo se presentan tres elementos reglados en todo acto administrativo, estos son: i) la competencia del órgano actuante; ii) los motivos que sustentan la decisión; y iii) el fin perseguido sujeto al interés público<sup>180</sup>, los cuales pueden verse afectados por las causales de nulidad contenidas en el art. 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)<sup>181</sup>.

En la segunda categoría, encontramos los principios generales del derecho y de las actuaciones administrativas (arts. 209 constitucional, 3 del CPACA y 4 de la Ley 489 de 1998). Para el caso del sistema de ascensos dentro de las Fuerzas Militares hay que adicionarle los principios contenidos en el art. 4 del Decreto Ley 1799 de 2000. A partir de estos se limita la discrecionalidad administrativa bajo el entendido de que toda la actividad administrativa halla su razón de ser en el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, los principios no son normas de mandato que impongan acciones perentorias a título de obligaciones o prohibiciones absolutamente determinantes del enjuiciamiento de un supuesto de hecho, sino que incorporan criterios no excluyentes y que pueden decaer frente a más poderosas razones provenientes del juego de otros principios<sup>182</sup> y, por tanto, se constituyen como la base edificadora del quehacer de la administración al estar entrelazados con todo el ordenamiento jurídico.

---

Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp.: 15001233100019880843101- 8031; radicación n.º 8431.

<sup>180</sup> En tal dirección, resultan expresivas las aseveraciones de Georges Vedel, en el sentido de que *“la Administración no se encuentra nunca en una situación de puro poder discrecional o de pura competencia reglada. No existe nunca competencia reglada pura: incluso cuando la Administración está obligada a llevar acabo un acto, dispone en cierta medida de lo que Hauriou llamaba “elección del momento” [...]. Pero, sobre todo, jamás hay un puro poder discrecional. La idea según la cual existirían “actos discrecionales” que escapan a todo control de legalidad ha desaparecido hace más de cincuenta años de la jurisprudencia”*. Cfr. Georges Vedel. *Derecho administrativo*, traducción de la 6.ª edición francesa por J. Rincón Jurado, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 264”. Citado originalmente por MARÍN HERNÁNDEZ, op. cit. 173.

<sup>181</sup> La acción de nulidad *“(…) 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>182</sup> GRANADO HIJELMO, Ignacio. La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. En E. Hinojosa Martínez & N. González-Deleito Domínguez (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Civitas. Madrid, 1996, p. 128.

Es así que, cuando las actuaciones de la Administración desconocen o se apartan de los principios generales del derecho, estamos frente a una agresión al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, están sujetas de control judicial. Esto bajo el presupuesto que la potestad discrecional no haya derogado para ella la totalidad del orden jurídico, estando, en todo caso, vinculada a los componentes esenciales de los principios generales<sup>183</sup>.

Así entonces, es claro que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa obliga a la Administración a respetar los principios y valores que devienen del ordenamiento jurídico, los cuales, a manera enunciativa, se pueden concretar así: principio de imparcialidad, objetividad, igualdad, racionalidad y razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad. En ese sentido, es pertinente referirse de manera general a cada uno de estos, así:

Principio de imparcialidad: La imparcialidad deviene a las actuaciones a través del artículo 13 constitucional, donde se consagra el derecho fundamental a la igualdad<sup>184</sup>, principalmente a partir de las relaciones entre autoridades y administrados<sup>185</sup>. Según este postulado, todas las personas deben recibir de las autoridades igual trato y protección, quedando proscrita cualquier forma de discriminación en razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. En ese sentido, la igualdad como

---

<sup>183</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. cit. p. 170.

<sup>184</sup> Su contenido se traduce en la prohibición impuesta a las autoridades públicas en el sentido de proporcionar tratamientos desiguales a situaciones jurídicamente equiparables, siempre que sean jurídicamente relevantes las desigualdades introducidas y que no exista una justificación jurídicamente atendible que sustente dicho trato desigual, de manera que doctrina y jurisprudencia insisten en que los rasgos que conducen a establecer que el trato diferencial resulta reprochable e inadmisibles desde la perspectiva del ordenamiento jurídico son, de un lado, que carezca de justificación o, de otro, que dicha justificación, de existir, no sea objetiva y razonable, en todo caso partiendo del entendimiento de conformidad con el cual no todo trato desigualitario necesariamente deviene contrario a derecho. En tal sentido y con mayor amplitud sobre el principio de igualdad, pueden verse, entre muchos otros, los trabajos de Enrique Alonso García. "El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española", en *Revista de Administración Pública*, 100-102, volumen i, 1983, pp. 23 y ss.; José Luis Martínez-López Muñiz. "Subvenciones e igualdad", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 65, 1989, pp. 127 y ss.; Rubio Llorente. "Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 111 y ss. (Cita original tomada de MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano. Op. cit. p. 175.

<sup>185</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Op. cit. p. 361.

base de la imparcialidad se configura como elemento constitutivo del núcleo central del debido proceso y presupuesto garantístico de la estabilidad del Estado de derecho<sup>186</sup>.

Principio de objetividad: Este principio le impone a la administración la obligación de incorporar al procedimiento de toma de decisiones, los elementos fácticos, técnicos, económicos, jurídicos o de otra índole que resulten relevantes para resolver el caso en concreto a través de la ponderación<sup>187</sup> de la totalidad de bienes, derechos, intereses y principios jurídicos involucrados en el supuesto del cual se trate<sup>188</sup>.

Para dicho fin, la doctrina y la jurisprudencia han estructurado el denominado “juicio de ponderación”, cuyo propósito es el de establecer si la decisión se somete a dicho tamiz y, por tanto, respeta o no la “ley de la ponderación”, la cual esta sustentada en una fórmula de peso y una carga argumentativa justificadora de la decisión final que resuelve el conflicto entre principios, concibiendo de esa manera una metodología que ha pasado a ser paradigma del derecho público<sup>189</sup>. De acuerdo con la doctrina alemana, la ponderación como método supone el seguimiento de tres fases sucesivas: la primera, consistente en identificar los principios (bienes, valores o intereses) en conflicto; la segunda, encaminada a atribuir a cada uno de ellos el peso o la importancia relativa que corresponda en función de las circunstancias

---

<sup>186</sup> Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-034 de 2006.

<sup>187</sup> Las decisiones administrativas en ejercicio de potestades discrecionales implican inevitablemente, al adoptar la decisión más adecuada para atender los requerimientos públicos, la posible confrontación de principios que pudiesen estar en juego para efectos de fundamentar y sustentar la mejor solución al asunto propuesto, y en esa medida la ponderación juega un papel trascendental. Ver ROBERT, Alexy. Ponderación, control constitucional y representación, en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy. Jueces y ponderación argumentativa. Universidad Nacional Autónoma. México, 2006, p. 1.

<sup>188</sup> Ver PONCE SOLÉ, Juli. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad, Lex Nova, 2001, p. 271. (Cita original tomada de MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Op. cit. p. 175).

<sup>189</sup> MATTHIAS, Jestaedt. La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades, en Eduardo Montealegre Lynett. La ponderación en el derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008, p. 75.

propias del caso que se examina y, la tercera, en la cual se toma la decisión sobre la prevalencia de uno sobre el otro<sup>190</sup>.

Principio de igualdad: Este principio contenido en el art. 13 constitucional reviste el carácter de fundamental, en consecuencia, se constituye como un determinante directo de la acción de la administración, a partir del cual, se debe ponderar el trato dado a los individuos al vincularlos en cada actuación. Por lo tanto, su aplicación busca evitar la desigualdad, el trato diferente, injustificado y discriminatorio por parte de las autoridades frente a sus asociados<sup>191</sup>.

Si bien existen diferencias que devienen de la pluralidad de nuestras comunidades, la igualdad proclama una forma de trato administrativo uniforme para los individuos con características similares, evitando las discriminaciones que no devienen del orden jurídico positivo o aceptadas institucionalmente; por otra parte, reconoce y acepta un trato diferente, siempre que este contenido en el ordenamiento jurídico especial, para aquellas personas que presentan características diversas, procurando un equilibrio justo y equitativo<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Op. cit. p. 175. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de junio de 2001, radicación AP-166, actor: Manuel Jesús Bravo; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación número 630012331000200500708 01, expediente número AP-2005-00708.

<sup>191</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Op. cit. p. 367.

<sup>192</sup> *“La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental. Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente. (...) Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 de 2010.

Principio de racionalidad y razonabilidad: Bajo este principio la administración debe atender a criterios de racionalidad y de razonabilidad. La racionalidad hace referencia a que sus acciones sean susceptibles de ser fundadas en razones que lógicamente y empíricamente puedan ser constatadas o controvertidas; las razones han de responder, al menos, a una lógica instrumental, en la cual se justifique las acciones adoptadas como medios para alcanzar los fines socialmente propuestos. En cuanto a la razonabilidad, las decisiones de la administración no pueden encontrar solo justificaciones racionales, desde un punto de vista lógico o técnico, sino también, desde un punto de vista ético. Es decir, no solamente se debe justificar la decisión a la luz de una razón instrumental, sino también a la luz de una razón ponderada, con la cual no se sacrifiquen valores constitucionales significativos e importantes, por proteger con mayor empeño otros de menor valía. Por lo tanto, con la racionalidad se busca evitar conclusiones y posiciones absurdas, en tanto con la razonabilidad se busca evitar conclusiones y posiciones que, si bien pueden ser lógicas, no son adecuadas a la luz de esos valores constitucionales<sup>193</sup>.

Para Atienza, una decisión es consecuente con los dictados del principio de racionalidad<sup>194</sup> cuando reúne los siguientes requisitos: a) respeta las reglas de la lógica deductiva; b) se atiene a los criterios de la racionalidad práctica y c) no se fundamenta en criterios externos de naturaleza política o moral<sup>195</sup>. Y, es razonable en estricto sentido cuando: i) se toma en situaciones en que no cabría, o no sería aceptable, una decisión estrictamente racional; ii) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la

---

<sup>193</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-108 de 2012.

<sup>194</sup> La racionalidad es un concepto más abstracto y complejo que los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad. Este concepto surge en la teoría jurídica como sucedáneo de la objetividad, funcionando como un criterio de valoración de la conducta humana. BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005, p. 62. La razonabilidad se utiliza en la comunidad jurídica y política para valorar la corrección de las decisiones jurisprudenciales. No obstante, en todo caso no se puede hablar de un concepto unívoco puesto que la doctrina como la jurisprudencia adscriben múltiples significados. Ibid. 68.

<sup>195</sup> ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de «razonable». En Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho (4). 1987, p. 192. Cita original tomada de MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Op. cit. p. 176.

decisión; y iii) obtiene un máximo de consenso<sup>196</sup>. Por consiguiente, si partimos del presupuesto de que no es posible, en todos los casos, alcanzar conclusiones que puedan considerarse como “verdaderas”, es necesario que, por vía deductiva, se busque soluciones razonables (aceptables), de modo que el ejercicio de cualquier facultad por los poderes públicos puede ser censurado en sede de control judicial si se lleva a cabo de manera irrazonable<sup>197</sup>.

Es decir, mientras que la *racionalidad* se refiere al conjunto de exigencias relacionadas al lleno de una serie de requisitos que deberían concurrir durante el proceso de construcción de la decisión con una lógica interna; la *razonabilidad* implica el análisis de la decisión desde una perspectiva que va más allá de la lógica interna y se adentra en su aceptabilidad o admisibilidad, en su capacidad de propiciar el máximo consenso posible entre sus destinatarios<sup>198</sup>.

Principio de interdicción de la arbitrariedad: Este principio de raigambre española ha sido recogido por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, el cual se constituye en una especie de “idea matriz del ordenamiento” en la medida en que se trata de un postulado constitucional de tal generalidad, que a él pueden reconducirse todos los principios generales del ordenamiento utilizables como instrumentos de control de la actividad de los poderes públicos, por medio de la proscripción formal de un tipo de poder, entendido como simple expresión de la voluntad<sup>199</sup>.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que, si bien la Carta no consagra expresamente “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, este principio

---

<sup>196</sup> Cfr. Atienza. Sobre lo razonable en el Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, 27. 1989, pp. 108-109. Cita original tomada de MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Op. cit. p. 176.

<sup>197</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Op. cit. p. 176.

<sup>198</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Discrecionalidad administrativa. Op. cit. p. 401.

<sup>199</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Op. cit. p. 177.



deriva de normas específicas de la Constitución. Así, el artículo 1 define a Colombia como un Estado social de derecho fundado en la prevalencia del interés general, lo cual excluye que los funcionarios puedan ejercer sus atribuciones de manera caprichosa. Por su parte, el artículo 2 delimita los fines del Estado y los objetivos de las autoridades públicas, lo cual muestra que las atribuciones ejercidas por las autoridades deben estar destinadas a realizar esos valores constitucionales y no a satisfacer el arbitrio del funcionario. Esto se ve complementado por el artículo 123 superior que establece expresamente que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. Finalmente, el artículo 209 define los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera igualitaria e imparcial<sup>200</sup>.

## **1.9 Del principio de proporcionalidad**

El ejercicio de potestades discrecionales implica para la Administración el deber de ponderar todos los principios, intereses, derechos o bienes jurídicos comprometidos en el caso en concreto<sup>201</sup>, con el propósito de elegir la medida más adecuada para satisfacer el interés general, el cual se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se le confiere libertad al órgano actuante a través del poder discrecional<sup>202</sup>. En ese contexto, cobra especial importancia el principio de proporcionalidad, el cual se deriva de la idea de justicia material, a través de la cual se busca que las restricciones estatales de los derechos de las personas sean realmente útiles, imprescindibles, necesarias y sobre todo equilibradas y fundadas en razones de interés general especialmente

---

<sup>200</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318 de 1995.

<sup>201</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 42.

<sup>202</sup> MOZO SEOANE, Antonio. La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894 – 1983. Montecorvo. Madrid, 1985, p. 411. Citado originalmente por MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Ibid. p. 43.

dirigidas a la protección de los intereses de la colectividad; así mismo, que ninguna acción del Estado exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en el ordenamiento jurídico<sup>203</sup>y, en consecuencia, se aplique el medio que menos lesione o afecte los derechos fundamentales<sup>204</sup>.

Es así que este principio se configura como un instrumento reductor de la arbitrariedad de la administración aplicable en el ámbito de las actuaciones y decisiones de contenido discrecional. Por tanto, el juicio de proporcionalidad<sup>205</sup>se rige doctrinalmente por tres subprincipios básicos integradores de su configuración material pero que implican juicios y análisis de naturaleza diferentes: el de utilidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en estricto sentido (el medio debe ser idóneo en relación con el fin y proporcionada la ecuación costo-fin)<sup>206</sup>.

Adicionalmente, la proporcionalidad aplicada a los actos discrecionales se encuentra consagrada de manera expresa en el art. 44 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el cual señala que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser “adecuada” a los fines de la norma que la autoriza, y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa; esto supone que debe existir una razón o medidas entre la

---

<sup>203</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Op. cit. p. 293.

<sup>204</sup> CARRILLO DE LA ROSA, Yezid y PEREIRA BLANCO, ob. cit., p. 80

<sup>205</sup> El test de proporcionalidad escalonadamente invita a la realización de una pluralidad de juicios que buscan determinar, en primer lugar, la idoneidad de la medida o la utilidad de la misma, actuación conocida también como “juicio de adecuación” tendientes básicamente a determinar si la medida administrativa es adecuada para alcanzar los fines esperados; en segundo lugar, un “juicio de necesidad” con el cual se invita a reflexionar a la administración acerca de si el medio utilizado es realmente el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos perseguidos, y el menos limitativo de los derechos subjetivos; que la medida es la única posible en cuanto no se advirtió la existencia de alguna otra más suave o moderada, decisión que debe ser medible objetivamente. SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Op. cit. p. 294.

<sup>206</sup> BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. Revista de Administración Pública, No. 135. 1994, p. 500. (cita original SANTOFIMIO GAMBOA, Orlando. Op. cit. p. 294.

realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión; se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”<sup>207</sup>.

En todo caso, la labor de completar el supuesto de hecho de la norma conlleva la realización de una ponderación a través del principio de proporcionalidad, de manera que la aplicación de la norma que otorga la potestad discrecional conlleva la ejecución de dos operaciones diferentes y consecutivas; primero, completar o perfeccionar el supuesto de hecho de la norma a través de criterios objetivos y razonables que permitan resolver el caso en concreto, respetando la precedencia condicionada que resulta de la utilización del principio de proporcionalidad, con el fin de resolver la colisión entre principios que este tipo de casos presuponen; segundo, la posterior subsunción<sup>208</sup> bajo el supuesto de hecho completado por la Administración de los hechos específicos del caso por resolver<sup>209</sup>.

Para la Corte Constitucional, el principio de proporcionalidad se define como *“la justa medida que debe existir entre los distintos instrumentos que se dictan para contrarrestar el*

---

<sup>207</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 19 de febrero de 2018. Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16).

<sup>208</sup> Ahora, la subsunción de los hechos específicos del caso concreto, en el supuesto de factico se hace respecto de aquellos que han sido constatados, importante mencionar que la observancia de los hechos determinantes conlleva a la identificación de sucesos corroborables que derivan en una realidad. Es decir, la realidad de los hechos que ha sido determinada por la administración, previa la observancia de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es la causa que motiva la actuación del funcionario público competente, reduciendo el margen de autonomía interpretativa que deviene de la discrecionalidad. Por lo tanto, el supuesto fáctico que trae la norma no le permite a la administración desconocer u omitir la realidad que se exhibe en cada caso o exaltar hechos inexistentes o realidades que no se pueden comprobar. Ver FIORINI, Bartolomé. Derecho Administrativo Tomo I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995, p. 283. En consecuencia, los hechos determinantes conllevan por si mismos diferentes facetas que sustentan la realidad. La primera, es el acaecimiento, comprobación y verificación del hecho, faceta que no conlleva el ejercicio de una actividad discrecional, por cuanto, como ya se indicó, la realidad existe o no existe. En una segunda faceta, si se presentan elementos que contienen insumos de discrecionalidad; por un lado, la administración entra a valorar o apreciar el hecho y, por el otro, emite un juicio o calificación sobre el mismo. Respecto de la valoración, en términos de Marín Hernández, consiste en la atribución con la que cuenta la administración para apreciar la adecuación de los hechos a la norma jurídica, gestando con ello, una libertad valorativa cedida al órgano de administración para que en términos de “oportunidad y conveniencia” ejerza su responsabilidad.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Discrecionalidad administrativa. Op. cit. (2007) p. 336). En ese orden de ideas, el control de la discrecionalidad a través de los hechos determinantes resulta ser una de las formas más eficaces con las que la misma administración puede autolimitarse, toda vez que su actuar no puede desconocer, por un lado, la realidad de los hechos y, por otro lado, la valoración y calificación de esos mismos hechos, en razón a que deben corresponder a los postulados normativos –sean estos determinados o indeterminados.

<sup>209</sup> MARÍN HERNANDEZ, Hugo. Ibid. p. 45.

*orden perturbado y las situaciones o circunstancias de crisis que se pretende conjurar*". De donde puede deducirse que la proporcionalidad *"es la razonabilidad que debe mediar entre la medida y la gravedad de los hechos"*.<sup>210</sup>

Es decir, la proporcionalidad del medio utilizado se determina mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); su necesidad, en el entendido que no existen medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin y menos lesivos de los otros bienes jurídicos o principios concernidos en el caso concreto; y su proporcionalidad en sentido estricto, esto es que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad<sup>211</sup>.

En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las decisiones administrativas trae aparejada la necesidad de hacer referencia a la argumentación jurídica<sup>212</sup>, toda vez que ante supuestos de discrecionalidad la administración debe justificar y dar las razones (motivación) en virtud de las cuales el medio o la medida adoptada es adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. En palabras de Atienza esto es lo que se denomina contexto de justificación, teniendo en cuenta que la administración pública debe señalar las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable o justificable<sup>213</sup>.

Así entonces, a manera de conclusión de este capítulo, es pertinente indicar que las potestades discrecionales son necesarias, sin embargo las decisiones que se tomen en su

---

<sup>210</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 de 2003.

<sup>211</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-934 de 2013.

<sup>212</sup> SARMIENTO RAMÍREZ, Daniel. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, p. 9.

<sup>213</sup> Ver ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Trotta. Madrid, 2013, p. 34; CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2009, p. 311.

ejercicio deben estar dirigidas al cumplimiento de los fines del estado y la satisfacción del interés público, generándose la menor afectación posible a los derechos de los ciudadanos. Para dicho fin, la doctrina y la jurisprudencia brindan herramientas que le permitan a la administración tomar las mejores decisiones; así, por ejemplo, se encuentra el test de ponderación, de cuya aplicación se puede esperar que la solución al caso en concreto resulta proporcional, racional y razonada. En aplicación al caso en concreto de lo que hemos visto, podríamos decir que, en principio, la facultad de otorgar ascensos está plenamente reglada o cuando menos tiene una tendencia a ser reglada, en cuyo caso el margen de apreciación del que dispone la administración está totalmente reducido, pero para aclarar un poco más este asunto, es procedente referirnos a lo planteado sobre este particular por las Altas Cortes a través de su jurisprudencia.

### **CAPITULO III.**

## **POSTURA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA NATURALEZA DE LA FACULTAD QUE TIENE LA ADMINISTRACIÓN PARA OTORGAR ASCENSOS DENTRO DE LAS FUERZAS MILITARES.**

### **1.10 Tesis de la Corte Constitucional**

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades se ha pronunciado sobre la facultad que tiene la administración para otorgar los ascensos dentro de las Fuerzas Militares, para lo cual ha analizado de manera integral los decretos ley 1790 y 1799 de 2000, normas que prescriben las disposiciones legales dirigidas a las autoridades encargadas de estudiar los ascensos de los oficiales y suboficiales en las Fuerzas Militares (Juntas Asesoras, Juntas Clasificadoras y Comandantes de Fuerza), que a la fecha están vigentes, y donde se establecen las pautas necesarias para evaluar, clasificar, ascender y retirar del servicio a los miembros de dicha institución, dentro de un proceso justo y equitativo del estudio de las hojas de vida de los aspirantes.

Como punto de partida para el estudio jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de ascenso o promociones dentro de las Fuerzas Militares, es necesario tener presente que esta se concreta en la siguiente imagen:

Tabla 9. Naturaleza de la potestad para otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares.

Grado militar	Tipo de facultad
<b>Oficiales Generales:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• General</li> <li>• Mayor General</li> <li>• Brigadier General</li> </ul>	FACULTAD DISCRECIONAL
<b>Oficiales Superiores:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Coronel</li> <li>• Teniente coronel</li> <li>• Mayor</li> </ul> <b>Oficiales Subalternos:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Capitán</li> <li>• Teniente</li> <li>• Subteniente</li> </ul> <b>Suboficiales en todos los grados.</b>	FACULTAD REGLADA

Fuente: Elaboración propia.

Así entonces, sea lo primero indicar que en sentencia T-1528 de 2000 se reconoció la potestad discrecional del Presidente de la República para otorgar los ascensos a los grados superiores del escalafón militar, resaltando que es improcedente por vía de tutela ordenar ascensos en las Fuerzas Militares, por cuanto se estaría violando el debido proceso al inmiscuirse en competencias propias del Presidente de la República al no contar con los elementos de juicio que se requieren para tomar ese tipo de decisiones.

Postura jurídica que posteriormente sería reafirmada en sentencia T-1140 de 2004, donde se admitió la legalidad de los ascensos de los aspirantes a altos cargos de la escala militar mediante el ejercicio de la facultad discrecional por parte del Gobierno Nacional, señalándose:

*“Subraya la Corte que la discrecionalidad del Presidente para adoptar las decisiones relativas al ascenso de oficiales y la concesión de grados a los miembros de la Fuerza Pública (art. 189-*

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

Adicionalmente, la Corte manifiesta que, en materia de ascensos a los grados de generales, el ejercicio de la facultad discrecional alcanza una gran amplitud puesto que no está sometida a restricciones materiales de orden legal, sino que, por el contrario, obedece al ejercicio de una facultad que la ley califica de libre<sup>214</sup> y que la Constitución confía al Jefe de Estado, ya que en todo caso sobre esta facultad se ejerce control político por parte del Senado.

En ese sentido, de los pronunciamientos anteriormente referidos se puede concluir que, por un lado, cuando el órgano constitucional hace referencia a “altos cargos” o “altos mandos” los mismos están circunscritos a los grados de general ya que son los únicos que requieren aprobación del Senado de la República<sup>215</sup> y, por otro, que la facultad discrecional para otorgar de manera *libre* los ascensos a los grados de general deviene taxativamente de la

---

<sup>214</sup> Los artículos 65 y 66 del Decreto Ley 1790 de 2000, le confieren al Presidente de la República la facultad discrecional para otorgar de manera libre los ascensos a los grados de general, a saber: Art. 65 “*Para ascender a los **Grados de Mayor General y General** o sus equivalentes en cada Fuerza, el **Gobierno nacional escogerá libremente** entre los Brigadieres Generales y Mayores Generales o sus equivalentes respectivamente, que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en la normatividad vigente*”. (Negrilla y subraya fuera del texto original). A su vez, el Art. 66 indica que para ascender al grado de brigadier general “el **Gobierno Nacional escogerá libremente** entre los coroneles o Capitanes de Navío, que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este decreto determina...”. (Negrilla y subraya fuera del texto original). Es por esta razón que a los oficiales generales no se les aplica el Reglamento de evaluación y clasificación, puesto que su ascenso no está sujeto o determinado a los resultados de su desempeño profesional o capacidades demostradas durante su trayectoria militar.

<sup>215</sup> El artículo 173 constitucional estableció las funciones del Senado de la República, dentro de las cuales se encuentra en el numeral 2 la potestad de “Aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el Gobierno, desde oficiales generales y oficiales de insignia de la fuerza pública, hasta el más alto grado”.



ley, pero además, ha sido considerada armónica con los preceptos constitucionales<sup>216</sup>. No obstante, habría que tenerse en cuenta que los militares por naturaleza son apolíticos, es por esa razón que constitucionalmente no pueden ejercer el derecho al voto mientras se encuentran en actividad, y en ese sentido, es cuestionable el hecho de que el Presidente de la República elija libremente los altos mandos militares sin estar sujeto a parámetros objetivos de selección, puesto que la especial confianza a la que hace la alusión la Corte Constitucional implícitamente puede devenir de la afinidad política que demuestren quienes aspiran a direccionar las Fuerzas Militares. Ahora, podría considerarse que es de interés público que quienes ocupen los altos mandos militares sean los que hayan demostrado las mejores condiciones personales y profesionales en su trayectoria militar, por cuanto es de gran importancia la misión constitucional asignada a la de la Fuerza Pública, lo cual, en todo caso, no podría garantizarse ya que la decisión de la administración se considera discrecional.

Posteriormente, en sentencia C-872 de 2003<sup>217</sup> se determinó que el proceso de evaluación y clasificación para los miembros de las Fuerzas Militares, establecido en el

---

<sup>216</sup> La expresión “libremente” fue declarada exequible en la sentencia C-757 de 2002. Oportunidad en la que se resaltó: *“la designación de aquellas personas que ostentan las más altas dignidades tanto en la esfera puramente administrativa como en la relativa a la defensa de la soberanía nacional, deben estar desprovistas de imposiciones que atenen a la primera autoridad civil y militar del Estado en la toma de decisiones para el cabal cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, amén del grado de confianza que debe mediar entre el Presidente de la República y sus colaboradores inmediatos. Por lo tanto, la discrecionalidad en su designación no puede tener otros límites y controles diferentes a los impuestos por la misma Constitución”*. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-757 de 2000.

<sup>217</sup> Esta sentencia cobra importancia no solo por pronunciarse sobre el procedimiento de evaluación y clasificación de los miembros de las Fuerzas Militares, sino también, porque se refirió a la clasificación documental (secreta) dada a los documentos contentivos de la motivación que hace que los funcionarios sean clasificados en una u otra lista (1,2,3,4 o 5), así: *“...considera la Corte que imponer el más absoluto secreto sobre los documentos contentivos de los motivos que llevaron a los miembros de la Junta Clasificadora de determinada manera a un oficial o suboficial para ascenso, resulta ser una medida desproporcionada. Sin duda, la imposición del secreto sobre los motivos que soportan la decisión y sobre los documentos que en ellos consten, incluso para el funcionario público directamente afectado por la misma, lejos de propender por el mantenimiento de la disciplina y el mando en la institución castrense, se convierte en un obstáculo insalvable para la transparencia que debe caracterizar todas las actividades de la administración pública. En otros términos, la limitación que el legislador impuso al ejercicio del derecho fundamental de acceso a estos documentos públicos no tiende a la consecución de objetivos o propósitos legítimos, y, por ende, es manifiestamente desproporcionada en el seno de una sociedad democrática. En efecto, del examen de las funciones legales atribuidas a la Junta Clasificadora se concluyen que los documentos donde se exponen los motivos por los cuales un oficial o un suboficial fue clasificado para ascenso en una u otra lista, no guardan relación alguna con*

Decreto Ley 1799 de 2000, se ajusta a los preceptos constitucionales y legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que su objeto es el de disponer de elementos de juicio suficientes para tomar decisiones en cuanto a la administración de personal, su promoción, la asignación de cargos o funciones específicas y, en última instancia, la conveniencia de su permanencia o no en la institución militar.

Asimismo, consideró que la evaluación continua de los miembros de las Fuerzas Militares apunta, no solo a la consecución de determinados propósitos administrativos institucionales, sino también a la defensa de los derechos de los colombianos, en tanto de esa manera es posible verificar la debida aplicación de los derechos humanos en el ejercicio de los diferentes cargos<sup>218</sup>.

Luego, en sentencia C-819 de 2005 se reiteran los precedentes anteriores, en el sentido de indicar que la libre escogencia de los altos cargos en la escala militar es una manifestación de la potestad discrecional del Gobierno Nacional, argumentos que pueden sintetizarse de la siguiente manera: i) el presidente de la República es la máxima autoridad civil y, a su vez, el comandante supremo de las Fuerzas Armadas pudiendo disponer de ellas; ii) la escogencia de los altos grados tiene incidencia en la conservación del orden público, asunto que en todo caso le corresponde a la máxima autoridad civil; y, iii) las funciones que desempeñan los oficiales generales al encontrarse en las líneas superiores de mando de las tropas militares, presupone la existencia de una “especialísima confianza” entre estos y el Presidente de la República.

---

*el mantenimiento de la seguridad nacional, ni con el disfrute de los derechos fundamentales del evaluado, y por ende, el conocimiento de los mismos, por parte de la ciudadanía, no lesiona bien jurídico alguno. Sin duda, se trata de simples decisiones administrativas, sobre el manejo de personal las cuales no presentan un vínculo de conexidad material con la protección de la integridad territorial del país ni con la defensa de las instituciones democráticas. Tampoco encuentran soporte alguno en la garantía del derecho a la intimidad del oficial o suboficial sometido a estos procesos de clasificación para ascenso. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-872 de 2003.*

<sup>218</sup> Esto en desarrollo del artículo 222 constitucional: “Artículo 222. La ley determinará los sistemas de promoción profesional, cultural y social de los miembros de la Fuerza Pública. En las etapas de su formación, se les impartirá la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos”.

Por otra parte, en esta sentencia también se analiza la facultad de otorgar ascensos en los demás grados de la escala militar, en especial la potestad de “*escoger libremente*” al personal que va a ascender al grado de sargento mayor, y en ese sentido, antes de continuar con las consideraciones del órgano constitucional, es pertinente aclarar que el Decreto Ley 1790 de 2000, taxativamente facultó al Ejecutivo para “*escoger libremente*” el personal que asciende a los grados de general, coronel<sup>219</sup> y sargento mayor, la cual está vigente salvo la libre escogencia para ascender al grado de sargento mayor ya que fue declarada inexecutable<sup>220</sup>.

En ese sentido, la Corte indicó que, para el ascenso a los grados que no hacen parte de los “altos mandos”, no es posible predicar la libre escogencia como mecanismo de selección de personal, puesto que el proceso de evaluación y clasificación está estructurado bajo parámetros destinados, por un lado, a verificar el cumplimiento de los requisitos que deben cumplir los aspirantes para un ascenso y, por otro, a determinar una secuencia de pasos que deben agotarse para calificar las aptitudes personales y profesionales de los aspirantes donde se estratifica a estos y se garantiza que quienes asciendan sean aquellos con mayor idoneidad para ser promovidos (mérito).

---

<sup>219</sup> **“ARTÍCULO 67. ASCENSO A CORONEL O CAPITAN DE NAVIO.** *Para ascender al grado de coronel o Capitán de Navío, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina*”. Disposición normativa declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-1293 de 2001.

<sup>220</sup> El párrafo 1 del art. 54 disponía “*Para ascender al grado de Sargento Mayor de Comando Conjunto se escogerá libremente entre los sargentos mayores de comando, Suboficiales jefes técnicos de comando, sargentos mayores de comando de la infantería de marina y técnicos jefes de comando de la Fuerza Aérea Colombiana, que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, el cual se desempeñará en el Comando General de las Fuerzas Militares*”. La expresión “libremente” fue declarada inexecutable a través de la sentencia C-819 de 2015. La libre selección riñe con el principio constitucional del mérito de que trata el art. 125 constitucional, extensivo a la carrera militar, según el cual el mérito y las calidades de los aspirantes son la base del sistema de promoción de los candidatos que han de ser ascendidos a los distintos grados de la escala militar, es evidente que aunque no todos los militares que cumplan con los requisitos objetivos pueden ascender a los diferentes grados, el funcionario competente está obligado a escoger a aquellos que satisfagan con méritos superiores las condiciones y expectativas que el perfil de ese grado militar exige.

Con fundamento en lo anterior, se concluyó que el proceso de selección de los aspirantes a obtener un ascenso dentro de la estructura militar está plenamente reglado, puesto que condiciona la decisión final de ascenso a garantizar las promociones de los mejor calificados, lo cual se determina una vez es agotado el proceso de evaluación y clasificación establecido. En todo caso, el ascenso debe otorgarse con sujeción a la presencia de los resultados obtenidos por los aspirantes.

Como sustento de lo anterior, es pertinente sintetizar los principales preceptos normativos identificados por la Corte en su estudio, así:

- Los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares ocurren dos veces al año, para los oficiales en los meses de junio y diciembre y, para los suboficiales en marzo y septiembre (art. 46 Dec. 1790/2000).
- Solo es procedente ascender a quienes cumplan los requisitos legales (art. 53 *ibid.*), previa disponibilidad presupuestal y de planta<sup>221</sup>. Sin perjuicio que para ciertos grados se deben cumplir unos requisitos adicionales o específicos.
- Los ascensos se producen con sujeción a la precedencia de la clasificación establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares.
- El sistema de evaluación y clasificación se funda en unos criterios y principios previamente establecidos en los arts. 3 y 4 del Dec. 1799/2000, como los son: los

---

<sup>221</sup> Pese a que la planta está determinada por el escalafón de cargos (equivalente al manual de funciones), y que, a su vez, es un documento importante para determinar los ascensos (art. 51 Dec. 1790/2000), dicho documento no ha sido elaborado dentro de las Fuerzas Militares, por lo menos, dentro del Ejército Nacional, situación que implica que la planta sea determinada sin tener como referencia dicho documento. Adicionalmente, el hecho de que no exista un “escalafón de cargos” hace que el personal militar desconozca el perfil profesional para ocupar ciertos cargos, así mismo, que desconozca la “necesidad de la fuerza”, puesto que, por lo menos en principio, dicho documento debería actualizarse dependiendo las necesidades que surjan como consecuencia de la realidad de orden público. Es decir, podríamos concluir que, la falta de elaboración de un “escalafón de cargos” no se trata simplemente de un descuido o incumplimiento a lo dispuesto normativamente (art.3), sino que estamos frente a una omisión consciente de la administración, ya que dicha omisión les permite que no se ejerza un efectivo control judicial respecto de las decisiones de no ascenso y retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares.

principios de favorabilidad, legalidad, debido proceso, objetividad, imparcialidad, especificidad, aplicabilidad y obligatoriedad<sup>222</sup>. Pero, además, debe observarse los principios que rigen la administración pública (art. 209 constitucional).

- La evaluación debe arrojar una apreciación justa y exacta del evaluado, cuyo resultado se constituye como motivo de prestigio profesional y confianza para el evaluador.
- El proceso de evaluación se desarrolla en cuatro etapas (arts. 7 al 10 Dec. 1799/2000), i) recopilación de información válida, confiable y constatable del desempeño personal y profesional del personal (acciones positivas y negativas); ii) de registro en el folio de vida de acuerdo al reglamento interno que haya expedido el Comando General de las Fuerzas Militares; iii) la evaluación de la información recopilada y registrada (art. 35 *ibid.*); y, iv) de revisión y clasificación en la que se verifican las actuaciones del evaluado con la valoración de los indicadores emitida por el evaluador.
- La junta de clasificación de cada fuerza elabora anualmente las listas de ascenso, que se constituyen como la base fundamental para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre los ascensos de personal (art. 53 *ibid.*).

---

<sup>222</sup> Los referidos principios han sido definidos de la siguiente manera: **“ARTICULO 4o. PRINCIPIOS.** *El proceso de evaluación debe ceñirse a los siguientes principios: a. Favorabilidad. Significa que la evaluación parte de un concepto inicial positivo del evaluado; b. Legalidad. Toda autoridad se ceñirá al ordenamiento jurídico al aplicar el presente decreto. Especial consideración merecen los aspectos que tienen relación con la preparación y elaboración de los documentos de evaluación y clasificación; c. Debido proceso. Toda evaluación se basa en hechos concretos y en las condiciones demostradas por el evaluado. En ningún caso se tienen en cuenta los cargos proferidos contra el personal mientras no hayan sido resueltos o fallados definitivamente, sin perjuicio que la iniciación de las investigaciones sea registrada en el folio de vida; d. Objetividad. La evaluación debe basarse en hechos observados, probados y medibles; e. Publicidad. Toda autoridad evaluadora tiene el ineludible deber de dar a conocer al evaluado los documentos de evaluación dentro de los plazos fijados por este decreto; f. Imparcialidad. La evaluación como documento base para la selección del personal debe reflejar ecuanimidad, entereza y valor ético del evaluador, sin admitir sentimientos de benevolencia, simpatía o animadversión; g. Especificidad. La evaluación debe ser específica, es decir, comprender sólo el desempeño profesional y el comportamiento personal; h. Aplicabilidad. La evaluación debe realizarse de acuerdo con las exigencias propias de la carrera militar y del cargo; i. Obligatoriedad. Es obligatorio evaluar al personal de que trata el artículo 1 del presente decreto”.*

- Según la evaluación y calificación de los oficiales y suboficiales, la Junta de Clasificación elabora cinco listas en las que incluye al personal correspondiente, de acuerdo con el desempeño obtenido. Los criterios de elaboración de las listas se encuentran detallados en los artículos 54 a 58 del Decreto 1799 de 2000.
- De los criterios de clasificación adoptados para la elaboración de listas se deduce que los mejor calificados deben ser incluidos en las listas superiores, mientras que los peor calificados deben ocupar las últimas (art. 64 y 65 *ibid.*). Por ejemplo, para ser clasificado en lista uno (1) la cual corresponde a un desempeño excelente, al funcionario debe evaluársele todos los indicadores sujetos de evaluación (condiciones personales, profesionales, ejercicio en el mando, responsabilidad administrativa, cultura física, ética militar) obteniendo una puntuación de diez (10) puntos en cada uno de ellos, los cuales se pueden conseguir con 5 felicitaciones (si cada una vale dos puntos), esto depende del sistema de puntuación que se haya establecido. Es decir, los que obtengan 10 puntos serán lista uno, los de 8 puntos lista dos y así sucesivamente.

De lo expuesto se puede inferir que, i) están excluidos los criterios de diferenciación proscritos constitucionalmente, como lo son, entre otros, las exclusiones por razones de raza, condición social, sexo o credo religioso, puesto van en contravía de lo dispuesto en el artículo 13 superior; ii) el ascenso debe otorgarse con sujeción a la precedencia obtenida del proceso de evaluación y clasificación, salvo para obtener los grados de general<sup>223</sup>; y, iii) las Fuerzas Militares carecen de competencia para incorporar criterios subjetivos en el proceso de selección del personal.

---

<sup>223</sup> Por otro lado, llama la atención el ascenso al grado de coronel, toda vez que, pese a que a dicho personal se les aplica el Reglamento de Evaluación y Clasificación (art. 1 Dec. 1799/2000, y que, para la Corte Constitucional el ascenso hasta ese grado está plenamente reglado, el art. 67 del Dec. 1790/2000, faculta al Gobierno Nacional para seleccionar “libremente” entre el personal que cumple los requisitos y aspira a obtener dicho ascenso, disposición normativa que se encuentra vigente y fue declarada exequible a través de la sentencia C-1293 de 2001.

En igual sentido, en sentencia T-265 de 2013, si bien se refiere principalmente a la discrecionalidad de la administración para retirar al personal uniformado de la Policía Nacional, también realiza un análisis normativo del sistema de ascensos de la Fuerza Pública, reafirmando lo ya indicado, en el sentido que el ascenso o promoción dentro de la estructura jerárquica hasta el grado de coronel está plenamente reglada, y en consecuencia, quienes cumplan con los requisitos legales serán ascendidos al rango inmediatamente superior, en el orden de prelación según los puntajes obtenidos durante los últimos años, de acuerdo con lo establecido en la evaluación, revisión y clasificación del desempeño personal y profesional de los uniformados.

Pese a lo indicado por la Corte Constitucional, en la práctica el autor, como exmiembro de las Fuerzas Militares, ha observado que esta postura jurídica no ha sido acuñada en el sistema de ascensos de las Fuerzas Militares, en tanto, por un lado, los ascensos son otorgados sin atender la precedencia resultante del proceso de evaluación y clasificación y, por otro, que los actos administrativos que niegan los ascensos carecen de motivación alguna. Esto hace que el personal afectado desconozca por completo las razones que soportan la decisión, pese a que muchos de ellos han obtenido mejores evaluaciones que varios de los que si son considerados para ascender.

Ahora, las actas donde se registran los resultados numéricos finales obtenidos por los aspirantes dentro del proceso de selección son clasificadas como “reservadas” y, en consecuencia, no son suministradas ni siquiera a los interesados bajo el supuesto que contienen información relativa a la seguridad nacional. Situación que resulta bastante cuestionable, toda vez que la Corte Constitucional ha sostenido que el imponer el más absoluto secreto sobre los documentos contentivos de los motivos que llevaron a los miembros de la Junta clasificar de determinada manera a un oficial o suboficial para ascenso

resulta ser una medida desproporcionada. En igual sentido, indicó que *“los documentos donde se exponen los motivos por los cuales un oficial o un suboficial fue clasificado para ascenso en una u otra lista, no guardan relación alguna con el mantenimiento de la seguridad nacional, ni con el disfrute de los derechos fundamentales del evaluado, y por ende, el conocimiento de los mismos, por parte de la ciudadanía, no lesiona bien jurídico alguno<sup>224</sup>”*.

Finalmente, es importante indicar que resulta de interés general que sean los militares que demuestren las mejores condiciones personales y profesionales a quienes se les otorgue los ascensos dentro de la estructura militar, puesto que dentro del Estado Social Derecho el mérito de los funcionarios se constituye como un criterio objetivo de confianza. Ahora, es cierto que la Corte Constitucional declaró constitucional la libre escogencia de los oficiales para ascender a los grados de generales; sin embargo, el hecho de que su escogencia para ocupar los grados más altos dentro de la jerarquía militar esté supeditada al presidente de la República sin sujeción de criterios objetivos de rango legal puede llegar a ser contradictorio con los presupuestos del art. 219 constitucional, donde se establece que la Fuerza Pública no es deliberante (no se les permite participar en política), ya que al depender su ascenso de la confianza que sobre él tenga el Presidente y el Senado de la República, resulta inevitable que al buscar un ascenso estén tentados a mostrarse afines a determinada posición política.

### **1.11 Tesis del Consejo de Estado frente a la facultad del Gobierno Nacional para otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares.**

El Consejo de Estado en diferentes oportunidades se ha pronunciado sobre la facultad que tiene la administración para otorgar los ascensos dentro de las Fuerzas Militares, para lo cual también ha analizado los decretos ley 1790 y 1799 de 2000. En ese sentido, nuestro

---

<sup>224</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-872 de 2003.



estudio empieza a partir de la concreción de la postura jurídica asumida por el Alto Tribunal, la cual se puede observar en la siguiente gráfica:

Tabla 10. Naturaleza de la potestad para otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares.

Grado militar	Tipo de facultad
<p><b>Oficiales Generales:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• General</li> <li>• Mayor General</li> <li>• Brigadier General</li> </ul> <p><b>Oficiales Superiores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Coronel</li> <li>• Teniente coronel</li> <li>• Mayor</li> </ul> <p><b>Oficiales Subalternos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Capitán</li> <li>• Teniente</li> <li>• Subteniente</li> </ul> <p><b>Suboficiales en todos los grados.</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>FACULTAD DISCRECIONAL</b></p> <p>CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. concepto No. 2247 del 3 de julio de 2015. Radicación interna 110010306000201500042 00.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Lo anterior hace evidente que el Consejo de Estado ha sostenido que la facultad que ostenta el Gobierno Nacional<sup>225</sup> para otorgar ascensos en las Fuerzas Militares es discrecional. Así, por ejemplo, en una de sus sentencias analizó la potestad discrecional que le asiste al Presidente de la República para ascender a los aspirantes a cargos superiores del escalafón de la Policía Nacional (generales), concluyendo que tanto la Constitución como la ley le otorgan la potestad al Gobierno Nacional para escoger de manera autónoma e independiente entre los

<sup>225</sup> El numeral 19 del artículo 189 constitucional señala: “Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173”. Para el caso de los generales, le compete al Senado de la República aprobar o improbar los ascensos que confiere el Gobierno Nacional, es importante mencionar que en ningún caso los ascensos de los demás grados de la jerarquía militar son puestos a consideración del Congreso.

respectivos oficiales que hayan cumplido los requisitos establecidos para obtener el grado de general<sup>226</sup>.

Es claro que el Consejo de Estado comparte la tesis defendida por la Corte Constitucional respecto de la libre escogencia de los altos grados en la escala militar como una manifestación de la potestad discrecional del Presidente de la República en ejercicio de la autoridad que le reporta el cargo de comandante supremo de las fuerzas armadas y en desarrollo de sus funciones de dirección de la fuerza pública. No obstante, es procedente adentrarnos en el análisis que ha realizado el Alto Tribunal respecto de la naturaleza y alcance de la facultad para otorgar los ascensos en los demás grados militares, para lo cual, más allá de remitirnos a los diferentes pronunciamientos que en ese sentido se han proferido, es de relevancia para este estudio centrarse en lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil a

---

<sup>226</sup> "La anterior Constitución Política (artículo 120, ordinal 6°), contempló la atribución del Presidente de la República de conferir grados militares, con las restricciones establecidas en el ordinal 2° del artículo 98 *ibidem*, según la cual correspondía al Senado "Aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el gobierno desde oficiales generales y oficiales de insignia de las fuerzas militares hasta el más alto grado. En el mismo sentido, la actual Carta Fundamental señala, de un lado, en el numeral 19 del artículo 189, como facultad del Presidente de la República la de "Conferir grados a los miembros de la fuerza pública" y, de otro, en el ordinal 2° del artículo 173, como atribución del Senado la de "Aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el Gobierno, desde oficiales generales y oficiales de insignia de la fuerza pública, hasta el más alto grado". Ahora bien, dentro de la escala de Oficiales Generales se encuentran los grados de General, Mayor General y Brigadier General (artículo 3° del Decreto 2062 de 1984 y artículo 4° del Decreto 96 de 1989). De otra parte, el artículo 27 del Decreto 2062 de 1984, enseña que "Los ascensos se conferirán a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el reglamento de calificación y clasificación." Para el caso concreto, los requisitos a que hace alusión la norma pretranscrita están contemplados en los artículos 36 y 37 *ibidem*, que son del siguiente tenor: **"ARTÍCULO 36.- Ascenso a Brigadier General.** Para ascender al grado de Brigadier General, el Gobierno escogerá libremente entre los Coroneles que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este estatuto determina, que sean egresados de la Escuela de Cadetes de Policía 'General Santander', posean título de Oficial diplomado en Academia Superior de Policía y hayan realizado un curso de 'Altos Estudios', de acuerdo con reglamentación del Gobierno. **ARTÍCULO 37.- Ascenso a Mayor General y General.** Para ascender a los grados de Mayor General y General, el Gobierno escogerá libremente entre los Brigadieres Generales y Mayores Generales, respectivamente, que reúnan las condiciones generales y especiales del presente estatuto." Nótese como los mencionados artículos otorgan al Gobierno, con la aprobación del Senado, la potestad de escoger de manera autónoma e independiente entre los respectivos Oficiales que hayan acreditado las exigencias señaladas, los llamados a ser escalafonados en el grado superior. En estas condiciones, no puede la jurisdicción de lo contencioso administrativo invadir una órbita ajena a su competencia, por lo que no es del caso acceder a esta súplica". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Sentencia del 19 de febrero de 1998. Radicación número: 12939, Actor: Víctor Hugo Ferreira Abella, Demandado: Gobierno Nacional.

través del concepto bajo radicado número: 11001-03-06-000-2015-00042-00 (2247), emitido el 3 de julio de 2015. En este pronunciamiento, se concreta la postura jurídica del Consejo de Estado respecto de este tema, al resolver una consulta elevada por el Ministerio de Defensa Nacional, cuya finalidad era la de determinar la procedencia de otorgar ascensos retroactivos al personal que se reintegra por orden judicial sin solución de continuidad<sup>227</sup>.

En ese sentido, es de advertir que lo planteado por la Sala de Consulta corresponde a la tesis acuñada por los jueces administrativos en sus diferentes fallos, así como también por el Ministerio de Defensa Nacional en el ejercicio de la competencia relativa a la promoción de los miembros de las Fuerzas Militares a todos los niveles de la jerarquía militar. Así pues, sea lo primero indicar que metodológicamente el citado pronunciamiento: i) parte del análisis normativo del sistema de ascensos; ii) determina la titularidad de la facultad para otorgarlos; y, iii) sintetiza su tesis a través de unas conclusiones.

Respecto al análisis normativo, es pertinente sintetizar los principales aspectos enunciados, así:

- Las Fuerzas Militares cuentan con un régimen especial de carrera de origen constitucional (art. 217), cuya regulación goza de reserva de ley. Sin embargo, llama la atención que, a diferencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado centra su análisis principalmente en el Estatuto de Carrera de las FF.MM. (Dec. 1790/2000), dejando de lado el Reglamento de evaluación y clasificación (Dec. 1799/2000), lo cual, en criterio propio, resulta desacertado en la medida que estas normas están

---

<sup>227</sup> En especial se resalta el concepto emitido por el Alto Tribunal respecto del sistema de ascensos dentro de las Fuerzas Militares, en respuesta al Ministerio de Defensa Nacional consulta a la Sala acerca de la posibilidad de ascender retroactivamente a los miembros de las Fuerzas Militares en cumplimiento de fallos judiciales que ordenan su reintegro y declaran que no ha existido solución de continuidad. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. concepto No. 2247 del 3 de julio de 2015. Radicación interna 110010306000201500042 00.

íntimamente relacionadas y en su conjunto regulan el sistema de ascensos, siendo lo procedente un análisis normativo integral y armónico.

- Para que un miembro de las FF.MM. pueda ser promovido, debe satisfacer los requisitos generales y especiales establecidos en la ley (arts. 51, 53, 54, 65, 66 y 67 Dec. 1790/2000). Esta obligación ha sido igualmente reconocida por la jurisprudencia, la cual ha destacado además que el paso del tiempo no es un elemento suficiente para que un uniformado pueda ser ascendido<sup>228</sup>. No obstante, es importante mencionar que la norma prevé unas excepciones respecto del deber de cumplir todos los requisitos legales para que proceda el ascenso, en especial para el personal que haya sido o esté

---

<sup>228</sup> En este sentido, al analizarse el caso de un integrante de la Policía Nacional en el que se discutía si con fundamento en los artículos 20 y 21 del Decreto 1791 de 2000, normas similares a las del régimen de las Fuerzas Militares, este debía cumplir con todos los requisitos establecidos en la ley para ser promovido, el Consejo de Estado indicó: *“Sentado lo anterior, como puede observarse, en la sentencia no se ordenó el ascenso automático de la demandante, ya que la promoción al grado inmediatamente superior está condicionada al acatamiento de la reglamentación sobre la materia, aspecto que es competencia de la entidad policial, que es la encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones para disponer el ascenso del policial al grado superior, de acuerdo con lo dispuesto en la ley. (...) Así las cosas, se considera que la decisión de no ascender al cargo pretendido, se encuentra ajustada a la normatividad constitucional y legal, máxime cuando de conformidad con los artículos 20 y 21 del Decreto 1791 de 2000, se requiere del cumplimiento de la totalidad de los requisitos allí establecidos para ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, los cuales no fueron acreditados por la demandante en el proceso ordinario (...)”*. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 24 de junio de 2014, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00622-00(AC). Asimismo, en otra oportunidad el Consejo de Estado determinó frente a la carrera militar: *“Se declarará la inexistencia de solución de continuidad para los efectos legales a que haya lugar. Se advierte que entre éstos no está incluido el ascenso a otros grados de la oficialidad de la institución demandada, por cuanto para acceder a grados superiores de la misma no basta el transcurso del tiempo, sino que es menester cumplir otros requisitos, como es, entre otros, la superación de los respectivos cursos de ascenso”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 5 de abril de 2001, Radicación número: 21136(985-98). En otra oportunidad indicó: *“Si bien es cierto el reintegro del actor se dio sin solución de continuidad, también lo es que ello no puede implicar un ascenso automático, así se tratara del oficial más antiguo de su fuerza, pues como se sabe, las promociones en la carrera militar no se producen por el simple transcurso del tiempo”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 20 de mayo de 2011, Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00137-01(AC). Igualmente, la Corte Constitucional también ha señalado que el transcurso del tiempo no es suficiente para otorgar un ascenso dentro de las Fuerzas Militares: *“Si bien es cierto, el reintegro del accionante se dio sin solución de continuidad, ello no implicaba su ascenso automático así se tratara del oficial más antiguo de su fuerza, como el afirma, pues como se sabe, los ascensos en la carrera militar no se producen por el simple transcurso del tiempo”*. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1528 de 2000.

secuestrado, así como para el personal que es restablecido en sus funciones (parágrafo 2, art. 52 ibid.)<sup>229</sup>.

Frente a la titularidad de la potestad de otorgar ascensos se dijo:

- De acuerdo con la Constitución y la ley, es el Ejecutivo quien goza de la potestad para otorgar los ascensos de los miembros de la Fuerzas Militares. En efecto, el artículo 189 de la Constitución Política de Colombia entregó al Presidente de la República la función de conferir grados a los integrantes de la Fuerza Pública, así como la obligación de someter a la aprobación del Senado los que corresponden a los oficiales generales y de insignia, hasta el grado más alto<sup>230</sup>.
- Frente a la naturaleza de la facultad de otorgar ascensos -discrecional o reglada-, una vez el Ato Tribunal analiza el alcance de una y otra, concluye: *“Descendiendo al caso en estudio, encuentra la Sala que la facultad del Ejecutivo para decidir sobre los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares es una potestad discrecional”*. Aclarando que, pese a que la Corte Constitucional ha indicado que hasta el grado de coronel la facultad esta reglada, en la práctica dicha postura no puede operar ya que la

---

<sup>229</sup> Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1279 de 2009 y el artículo 9 de la misma ley, donde se advierte que *“el personal de la Fuerza Pública que se encuentre secuestrado y que teniendo derecho a ello no haya sido promovido en el tiempo mínimo de permanencia en el Grado, será ascendido en los Grados inmediatamente superiores con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación que le hubiere correspondido en el momento en que ascendieron sus compañeros de curso o promoción, sin que para el efecto se exijan otros requisitos, más, que haber cumplido en cautiverio el tiempo mínimo de servicio para cada Grado”*. La Ley 1279 de 2009 fue promulgada por el Congreso de la República con el propósito de: i) reconocer un trato excepcional a estos servidores, ii) estimular su supervivencia, iii) resaltar su abnegación en cautiverio, iv) establecer un mecanismo que permitiera hacer efectivos sus ascensos, pues por su condición, no podían cumplir con todos los requisitos exigidos ordinariamente para ascender. Véase: Proyecto de ley 253 de 2008 Cámara, Gaceta del Congreso No. 54, 25 de febrero de 2008, Ponencia para primer debate al proyecto de ley 253 de 2008 Cámara. Gaceta del Congreso No. 122 del 10 de abril de 2008. Igualmente, otra excepción la constituye el artículo 97 del Decreto 1790 de 2000, el cual se refiere al ascenso de oficiales y suboficiales que han sido suspendidos de sus funciones, pero posteriormente restablecidos en sus cargos. En este caso, la norma exceptúa a estos uniformados de cumplir con el requisito de comando de tropas o el tiempo de embarco, mando u horas de vuelo.

<sup>230</sup> Por su parte, el artículo 33 del Decreto 1790 de 2000 establece con claridad que los ascensos son dispuestos por el Gobierno Nacional (presidente) cuando se trata de oficiales, o por el Ministerio de Defensa Nacional, o los comandos de las respectivas fuerzas, para el caso de los suboficiales.

discrecionalidad se materializa en el hecho de que el Gobierno Nacional no tiene la obligación de ascender a todos los miembros de las FF.MM. que satisfagan la totalidad de requisitos para ser promovidos a determinados grados, pues si existiera dicha obligación, la potestad discrecional no existiría.

- El otorgamiento de los ascensos está determinado por la prerrogativa del Ejecutivo y las necesidades del servicio, criterios que para el Alto Tribunal deben ser tenidos en cuenta para el efecto, situación que hace improcedente que se ordenen ascensos a través de la vía judicial<sup>231</sup>.
- En adición a los anteriores criterios, el pronunciamiento incorpora la “especial confianza”, al considerar que es necesario que el Ejecutivo tenga absoluta confianza en los integrantes de las FF.MM. ya que las decisiones de ascensos se enmarcan dentro del ámbito del orden público, asunto que se encuentra bajo la dirección del presidente de la República. Importante mencionar que el Alto Tribunal no limita la

---

<sup>231</sup> La jurisprudencia ha reiterado que la acción de tutela es improcedente para ordenar la promoción directa de los miembros de esas instituciones, debido a que se trata de una facultad discrecional radicada en cabeza del presidente de la República. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-261 de 2014. En igual sentido lo ha expresado el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre la viabilidad de ordenar ascensos a través de la vía judicial: *“Finalmente, no se accederá al ascenso solicitado por el actor, por cuanto conforme lo ha venido expresando la Sala, no es posible librar una orden judicial en ese sentido al carecer de competencia, pues debe la entidad demandada, comprobar si el actor cumple a cabalidad los requisitos para acceder al grado solicitado”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de noviembre de 2012, Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01260-01(1963-11); *“Disponer la promoción que de fondo se persigue resulta absolutamente improcedente por esta vía, pues no puede el Juez de tutela sin violar el debido proceso, inmiscuirse en competencias propias del Gobierno Nacional, ordenando un ascenso automático al grado de Capitán de Navío, sin contar con los elementos de juicio que se requieren para adoptar este tipo de determinaciones (situación de orden público, disponibilidad presupuestal, existencia de vacancias, grado de confianza, trascendencia de las funciones a asignar, etc.)”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 20 de mayo de 2011, Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00137-01(AC); Igualmente se ha indicado: *“Los requisitos y demás condiciones para el ingreso y para la permanencia en la Fuerza Pública, esto es, tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional, son hechos cuyo análisis escapan de la órbita de competencia del juez constitucional. La tutela no puede utilizarse como medio para obtener incorporaciones o ascensos a la fuerza pública, menos para analizar o cuestionar la validez de sus exigencias”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de abril de 2009, Radicación número: 2500023150002009-00195-01 (AC); véase igualmente, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral, Sentencia del 8 de noviembre de 2011, Radicación número: 35351; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 1998, Radicación número: 12939; CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2008, Radicación número: 50001-23-15-000-2000-00350-01(4158-05).

especial confianza en los Altos Mandos, por el contrario, la extiende a todos los miembros de las FF.MM. indistintamente del grado que ostenten, bajo el presupuesto que los ascendidos cumplen las órdenes de sus superiores y también ejercen mando sobre la tropa haciendo cumplir los lineamientos emitidos desde el alto mando.

- El verbo rector de la norma habilitante de la facultad discrecional (art. 53 y 54 ibid.) es la palabra “podrá”, razón por la cual, de ella no se desprende la obligación de ascender a los uniformados, sino que permite al Ejecutivo decidir a quien se los confiere<sup>232</sup>.

A manera de conclusión el Alto Tribunal indicó que, *“es el Ejecutivo el que goza de la potestad discrecional de disponer de los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares y ii) el sólo paso del tiempo no es suficiente para otorgar una promoción, toda vez que esta requiere el cumplimiento de todos los de más requisitos y condiciones exigidos en la ley, que deben ser valorados por el Ejecutivo dentro del marco de su potestad discrecional<sup>233</sup>”*.

---

<sup>232</sup> *“De lo que se desprende, la potestad de la Administración de ascender al grado inmediatamente superior a los uniformados que se hallen en los eventos descritos en la norma más no la obligación de efectuar el ascenso deprecado por el actor. Lo anterior, por cuanto el verbo rector del artículo, lo constituye la expresión “podrá” “Del lat. \*potēre, formado según potes, etc.” que significa “1. tr. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo e implica el ejercicio de una conducta carente de obligatoriedad. De este modo, resulta evidente para la Sala, que el artículo 52 del Decreto Ley 1791 de 2000 no contiene un mandato u orden inequívoca que imponga a la entidad demandada un deber imperativo, inobjetable y exigible, toda vez que, deja en libertad a la administración de decidir si asciende o no a los uniformados restablecidos, previo el cumplimiento de los requisitos legales”* CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 4 de diciembre de 2013, Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02024-01(ACU).

<sup>233</sup> No obstante, en la defensa que ha realizado el Consejo de Estado de la discrecionalidad del Ejecutivo para ascender al personal de las Fuerzas Militares, existen pronunciamientos donde se ha admitido la necesidad de respetar la prelación de las listas de clasificación *“en razón a que el Decreto 1799 de 2000 dispuso en los artículos 64 y 65 que siempre y cuando existan las vacantes y las necesidades institucionales así lo permitan, es posible la consideración para el ascenso, respetando la prelación de las listas”*. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 18 de julio de 2019. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01832-01(1358-15). Sin embargo, como ya se ha advertido, en la práctica la administración ha asumido que la facultad de seleccionar el personal para el ascenso corresponde a una facultad discrecional y, por tanto, no está sujeta al resultado de la evaluación y clasificación obtenida por el aspirante al ascenso, indistintamente de si se encuentra en lista 1 o 3. En todo caso, es pertinente advertir que los actos administrativos que se expiden en torno a o con relación al ascenso de los militares están amparados por la presunción de legalidad y proferidos en aras del buen servicio. Se presume la validez de todo acto

Lo anterior permite concluir que, para el Consejo de Estado, de acuerdo con la Constitución y la ley, el Gobierno Nacional goza de una potestad discrecional para otorgar los ascensos de los miembros de las Fuerzas Militares. Facultad que deviene del artículo 189 constitucional, en cuyo ejercicio existe un amplio margen de apreciación del funcionario competente, por cuanto están en juego las necesidades institucionales y el orden público.

En igual sentido, dicha potestad discrecional se materializa en el hecho de que este no tiene la obligación de ascender a todos los miembros de las Fuerzas Militares que satisfagan la totalidad de los requisitos para ser promovidos a determinado rango, por cuanto: i) los ascensos se encuentran condicionados a la existencia de vacantes, tal como se estableció en artículo 51 del Decreto 1790 de 2000<sup>234</sup> y, ii) los ascensos se confieren dependiendo de las necesidades o conveniencias institucionales.

Si bien es cierto el Consejo de Estado plantea aspectos importantes del sistema de ascensos dentro de las Fuerzas Militares, es de advertir que, de una lectura más detallada de las normas especiales que regulan la materia, no es posible llevar a la conclusión de que la Administración goza de una facultad discrecional que le permite escoger libremente al personal que debe ascender dentro de la estructura jerárquica de las FF.MM. por las siguientes razones:

- i. Para determinar la naturaleza jurídica *-discrecional o regalada-* de la potestad para otorgar ascensos dentro de las FF.MM. es necesario adelantar un estudio integral de

---

administrativo mientras su *"nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de "legalidad", de "validez", de "juridicidad" o pretensión de legitimidad. El vocablo "legitimidad" no debe entenderse como sinónimo de "perfección"*. DROMI, José Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 136 y 137.

<sup>234</sup> El artículo 51 del Decreto Ley 1790 señala: *"Los ascensos se confieren a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes conforme al decreto de planta respectivo, al escalafón de cargos y con sujeción a las precedencias resultantes de la clasificación en la forma establecida en el Reglamento de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares"*.



las normas especiales que regulan la materia, siendo inviable adelantar un estudio aislado y exegético de una sola norma (Dec. 1790/2000), máxime cuando el Decreto Ley 1799 de 2000 desarrolla el principio constitucional del mérito (art.125) dentro del sistema de ascensos, condicionando dicha facultad a la observancia estricta de la prelación que resulta del proceso de evaluación y clasificación de los miembros de las FF.MM.

- ii. Existen precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional que deben atenderse por parte del Consejo de Estado dado su carácter vinculante. De tal modo, por lo menos en principio, no hay cabida para interpretaciones encaminadas a eludir el carácter vinculante de la *ratio decidendi* de las decisiones, bajo el pretexto de su inaplicabilidad a través de razones y argumentos ya sopesados por la Corte Constitucional. Dicha prevalencia no implica un desconocimiento de la autonomía e independencia judicial, toda vez que responde a la configuración del sistema de fuentes normativas establecido por la Constitución y a la protección de la seguridad jurídica como un valor indispensable para el Estado Social de Derecho<sup>235</sup>.
- iii. Aunado a lo anterior, si bien constitucional y legalmente está aceptada la libre escogencia de los altos mandos militares (generales), no es posible extender dicha liberalidad a la selección del personal para ser promovidos a los demás grados militares, 1) porque a excepción de los generales, no hay ninguna norma de rango constitucional o legal que habilite al Gobierno Nacional para ascender de manera libre al personal, por el contrario, la Corte Constitucional declaró como inexecutable dicha expresión para la escogencia de quienes iban a ascender a sargentos mayores, y 2) porque existe un decreto con fuerza de ley que regula la evaluación y clasificación de los miembros de las FF.MM. hasta el grado de coronel y, en consecuencia,

---

<sup>235</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-109 de 2019.

dispone que el ascenso debe otorgarse atendiendo el resultado obtenido por los aspirantes en el proceso de evaluación y clasificación por listas (1, 2, 3, 4 o 5).

- iv. Si bien la Corte Constitucional acepta la “especial confianza” como criterio justificante de la selección libre del personal de generales, este no se hizo extensivo para la escogencia de los militares que aspiran a los demás grados militares existentes, por el contrario, el órgano constitucional fue claro al indicar que en los demás grados la facultad es reglada y se sujeta a la elección de los mejores de conformidad con el Reglamento de evaluación y clasificación. Razón por la cual no se comparte la tesis del Consejo de Estado que pretende extender la “*especial confianza*” como criterio de selección para todos los grados militares.
- v. El Consejo de Estado le da un alcance inapropiado al verbo “podrá” incorporado en la norma que habilita al Gobierno Nacional a otorgar ascensos, puesto que resulta apenas natural que el legislador usará el verbo “podrá” en vez del “deberá” toda vez que el ascenso en las FF.MM. normativa ni jurisprudencialmente se ha considerado como un derecho. Sin embargo, se considera que el podrá no conlleva la libre elección del personal, al contrario, ese “podrá” está sujeto a la disponibilidad de planta y de presupuesto, en cuyo caso el otorgamiento de los ascensos debe hacerse en el orden resultante de las calificaciones de desempeño obtenidas, es decir, si existen diez (10) cupos de planta y veinte aspirantes lo lógico sería seleccionar los diez (10) mejores evaluados, lo cual resulta armónico con los postulados constitucionales y legales que ya se han mencionado a lo largo de este trabajo, salvo que se presenten eventualidades que hagan inconveniente seguir en estricto sentido el orden establecido, en cuyo caso la Administración tiene la carga argumentativa para soportar dicha decisión.

vi. Es cierto que las necesidades institucionales son relevantes en el proceso de toma de decisiones del Gobierno Nacional a la hora de otorgar ascensos; sin embargo, se considera que las mismas deben reflejarse en el denominado “escalafón de cargos” donde por disposición legal debe especificarse de manera detallada la cantidad de cargos y perfiles que requiere la institución. Documento que a la fecha no ha sido elaborado en los términos del artículo 3 del Decreto Ley 1790 de 2000. Solo de esa manera sería posible conocer las reales necesidades de la institución evitando así la incorporación de criterios subjetivos y por ende la arbitrariedad.

Por lo anterior, es pertinente finalizar este aparte indicando que, en criterio propio, se considera que la facultad para otorgar ascensos hasta el grado de coronel está plenamente reglada y, por tanto, de existir algún margen de apreciación por parte de la Administración, este se encuentra bastante reducido, pero en todo caso, el ejercicio de la potestad debe adelantarse bajo criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad<sup>236</sup>.

### **1.12 De la inseguridad jurídica en la potestad de otorgar ascensos dentro de las Fuerzas Militares.**

La disparidad interpretativa de las Altas Cortes respecto de la naturaleza y alcance de la facultad que ostenta el Gobierno Nacional para otorgar los ascensos dentro de las Fuerzas Militares presupone unos efectos negativos para los miembros de dichas instituciones, lo cual se ve reflejado al momento en que la Administración expide los actos administrativos de

---

<sup>236</sup> Así por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado: “Sin embargo, recogiendo el principio general constitucional, vertido en el artículo 125 de la Carta Política, extensivo a la carrera militar, según el cual el mérito y las calidades de los aspirantes son la base del sistema de promoción de los candidatos que han de ser ascendidos a los distintos grados de la escala militar, es evidente que aunque no todos los militares que cumplan con los requisitos objetivos pueden ascender al grado de sargento mayor, el Comando de la Fuerza está obligado a escoger a aquellos que satisfagan con méritos superiores las condiciones y expectativas que el perfil de ese grado militar exige. En otros términos, el agotamiento de las etapas de selección, calificación y clasificación de los miembros de las fuerzas militares tiene un fin concreto, que no puede desaparecer en la última etapa de la promoción militar, y consiste en que quien recibe – para el caso- el grado de Sargento Mayor o su equivalente en las demás fuerzas, debe ser la persona más capacitada desde el punto de vista personal y profesional para asumir las responsabilidades derivadas del grado”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-819 de 2005.

carácter individual<sup>237</sup> donde se niegan ascensos. Por experiencia del autor como exmiembro de las Fuerzas Militares, en los últimos 4 años de servicio activo (2016-2020) como asesor legal en el Ministerio de Defensa Nacional, observó que los actos administrativos que niegan ascensos son expedidos de manera inmotivada bajo el pretexto de tratarse del ejercicio de una facultad discrecional que habilita al competente para escoger libremente entre los aspirantes a quienes les otorga el respectivo ascenso; en el mejor de los casos, se observa que la Administración se limita a indicar de manera general y abstracta que la decisión tiene sustento en las “necesidades del servicio<sup>238</sup>”.

Situación desafortunada si se tiene en cuenta que la motivación de los actos administrativos se constituye como un medio de control judicial y, por tanto, la Administración está en la obligación de dar a conocer las razones del proceso lógico y jurídico en las que funda la decisión, el cual de ningún modo se satisface con el señalamiento en abstracto de un concepto jurídico indeterminado *-necesidades del servicio-*, sino que debe obedecer a un razonamiento concreto que conduzca a la aplicación de dicho concepto, y a las circunstancias de hecho singulares dentro del caso. A su vez, 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, sino la manifestación de la autoridad acorde con los principios constitucionales y con la ley<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> Los actos administrativos de carácter particular tienen efectos jurídicos directos e inmediatos sobre personas identificadas o identificables individualmente, independientemente del número de ellas, en tanto puede comprender una o varias personas, siempre que estén individualizadas. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón, ob. cit., p. 530.

<sup>238</sup> En materia de ascensos se observa que la Administración usa el concepto jurídico indeterminado de “necesidades del servicio”, como un comodín que le permite tomar decisiones en cuanto a la administración de personal, sin identificar mínimamente los elementos de juicio que le dan contenido a dicho concepto para ser aplicada a un caso en concreto. Es decir, la inclusión de dicho concepto de manera abstracta en la práctica es igual a no decir nada, lo cual puede derivar en el ejercicio arbitrario de las potestades que le han sido otorgadas.

<sup>239</sup> Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 1168 de 2008.

En consecuencia, no podría ser otro el resultado que la existencia de un alto grado de inseguridad jurídica<sup>240</sup> para los miembros de las FF.MM., toda vez que, pese a la existencia de una normatividad especialmente detallada y a los pronunciamientos de la Corte Constitucional donde se advierte que la facultad para otorgar ascensos hasta el grado de coronel está plenamente reglada (sujeta a los resultados obtenidos por los aspirantes dentro del proceso de evaluación y clasificación de desempeño), en la práctica el otorgamiento de los ascensos se da a través de una *libre escogencia* avalada por los pronunciamientos del Consejo de Estado.

Es decir, hoy en día los miembros de las FF.MM. no tienen certeza, por un lado, de la naturaleza y alcance de la facultad que tiene el Gobierno Nacional para otorgar ascensos y, por otro, de la aplicabilidad de las disposiciones contenidas en el Reglamento de evaluación y clasificación en el proceso de selección del personal para otorgar ascensos. Situación que solo puede superarse vía unificación de criterios desde las Altas Cortes, a través de una interpretación objetiva, uniforme y estable, que permita resolver con certeza los interrogantes que se generan en torno a la selección de personal para la promoción dentro de las Fuerzas Militares.

---

<sup>240</sup> En sentencia T-502 de 2002 respecto de la seguridad jurídica se dijo: “3. *La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas // En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado*”. Ver CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 2012. Por su parte la Corte Suprema de Justicia a indicado: “*La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley*”.

## CONCLUSIONES

Si bien por la particular misión que cumplen las Fuerzas Militares, se justifica que su régimen de carrera tenga origen constitucional y se considerado como especial, en todo caso, al igual que en el sistema general de carrera deben observarse principios y postulados fundamentales como lo es el mérito y, por lo tanto, los ascensos deberían otorgarse bajo criterios objetivos y razonables.

La normatividad que regula el régimen especial de carrera de las Fuerzas Militares ha fijado pautas concretas y específicas de las cuales se puede advertir que el sistema de ascensos está sujeto inexorablemente al principio constitucional del mérito, el cual es de aplicación transversal a todo el sistema de carrera administrativa dentro nuestro Estado social de derecho. Por esta razón, es posible concluir que la facultad que ostenta el Gobierno Nacional para otorgar ascensos es completamente reglada hasta el grado de coronel o cuando menos, es de tendencia reglada. Aun si se admitiera que se trata de una potestad discrecional, el margen de apreciación del cual dispone la administración se encontraría bastante reducido dada la especificidad de la regulación.

La disparidad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto de la naturaleza de la potestad para otorgar ascensos *-discrecionalidad o reglada-* ha generado una alta inseguridad jurídica para los miembros de las Fuerzas Militares, la cual solo se puede superar a través de la unificación de criterios bajo una interpretación objetiva, uniforme y estable.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica (la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, trad. de M. Atienza e I. Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ GENDÍN, Sandino. *Teoría y práctica de lo contencioso administrativo*. Editorial Bosh. Barcelona, 1960.
- ARIAS GAYOSO, Grethel. *A vueltas con la discrecionalidad administrativa*. Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política. 2010, pp. 27-150.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Argumentación jurídica y Estado constitucional*. Novos Estudios Jurídicos. España, 2016.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Trotta. Madrid, 2013.
- BARNES, Javier. *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*. Revista de Administración Pública, No. 135. 1994.
- BARRERA VARELA, Pedro Javier. *El mérito como elemento esencial del Estado Social de Derecho. Un aporte de la Corte Constitucional colombiana*. Revista Iberoamericana de Gobierno Local, No. 12. Granada, 2017.
- BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. *La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos*. Revista de derecho y economía de la Universidad Externado de Colombia, No. 41. Bogotá, 2014.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid, 1995.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.
- BERROCAL GUERRERO, Luis. *Manual del acto administrativo*. Librería Ediciones del Profesional 4.<sup>a</sup> ed. Bogotá, 2005.
- BREWER CARÍAS, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*. Civitas, Thomson Reuters. Navarra España, 2013.
- GARZÓN BUENAVENTURA, Edgar Fabián. *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. Bogotá, 2019.
- CAMARGO SALAS, Francisco; ORTIZ GARCÍA, Paola y MÁRQUEZ RÍOS, Alexander. *Lineamientos de política de empleo público y gestión de recursos humanos 2015-2025*. Universidad de los Andes - Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo. Bogotá, 2016.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la administración pública*. Revista digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, pp. 65-83.

- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Teorías de la argumentación del razonamiento jurídico*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2009.
- CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Marcial Pons. Madrid, 2006.
- CASTRO LOZANO, Ana Catalina. *La Discrecionalidad Administrativa en la Estructuración de los Pliegos de Condiciones en la Licitación Pública*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2015.
- CHEVALLIER, Jacques. *El Estado de Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. Editorial Thomson Civitas. Madrid, 2004.
- COMBES, Hélène. *¿Dónde estamos con el estudio del clientelismo? Centro de investigaciones y estudios superiores en antropología social*. Revista Desacatos. México, 2011, pp. 13-32.
- DE CORES, Carlos. *EL CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA*. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, No. 11. Montevideo, 2007, pp. 131-140.
- ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Gabriel. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1983.
- FIORINI, Bartolomé. *Derecho Administrativo Tomo I*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas ediciones S.L. 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (PODERES DISCRECIONALES, PODERES DE GOBIERNO, PODERES NORMATIVOS)*. Revista de Administración Pública, No. 38. Madrid, 1962, pp. 159-208.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*. Revista de Administración Pública, No.13. Madrid, 1954.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Efrén. *SITUACIÓN DEL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA*. Revista Prolegómenos, Derechos y Valores, vol. XIII, núm. 25. Bogotá, 2010.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio. *La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos*. En E. Hinojosa Martínez & N. González-Deleito Domínguez. Civitas. Madrid, 1996.
- GUARÍN DURÁN, Aldo. *Manual de Derecho Administrativo Laboral, Doctrina y Jurisprudencia (2 edición)*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011.



- Instituto Internacional de Estudios Estratégicos. *The Military Balance*. IISS. Londres, 2018.
- SÁNCHEZ ISAAC, Jaime. *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*". Madrid : Instituto de Estudios de Administración Local, 1973.
- ISLAS MONTES, Roberto. *Sobre el principio de legalidad. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. KONRAD - ADENAUER – STIFTUNG. Montevideo, 2009, pp. 97-108.
- JIMÉNEZ MUNIVE, José; JIMÉNEZ MUNIVE, Cayetano; ROMERO IBARRA, Karina P. *El CLIENTELISMO POLÍTICO Y CORRUPTOR COMO CULTURA DE PARTICIPACIÓN ASIMÉTRICA Y LÉGITIMA*. Revista Académica de investigación Tlatemoani, No 32. España, 2019.
- JIMENEZ, Elba. *Orden Público Internacional (OPI) Fuentes de las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma. México, 2018.
- KATZ, Alfred Staatsrecht. *C.F. Müller*, Heidelberg, 1987.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Revista Doxa, n.º 25. 2002, pp. 413-439.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *El principio general de la proporcionalidad*. Instituto García Oviedo -Universidad de Sevilla. Sevilla, 1988.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Editorial Legis. Bogotá, 2000.
- MARÍN HERNANDEZ, Hugo. *Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano*. Revista digital de Derecho Administrativo, No. 2, primer semestre, 2009, pp. 161-194.
- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007 reimpresso en el 2012.
- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.
- MARTÍNEZ CÁRDENAS, Edgar y RAMÍREZ MORA, Juan. *Régimen del servidor público, programa de administración Pública Territorial*. Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá, 2008.
- MARTÍNEZ JURADO, Darío. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Revista digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, No. 20. Bogotá, 2018, pp. 289-343.
- MATTHIAS, Jestaedt. *La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades, en Eduardo Montealegre Lynett. La ponderación en el derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008.
- MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2011.

- MOZO SEOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894 – 1983*. Montecorvo. Madrid, 1985.
- MUNOZ RAMÍREZ, Carmen. *LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA GOBERNANZA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COLOMBIANAS. UN ANÁLISIS DESDE LOS DOCUMENTOS CONPES SOCIALES 2009-2015*. Universidad del Rosario. Bogotá, 2017.
- OSPINA SEPÚLVEDA, Roosevelt Jair. *Límites Jurídicos y Políticos de la Decisión de la Administración Pública. En Nuestro Sistema Constitucional*. Revista digital de la Universidad de Antioquia. Medellín, 2009.
- OTERO PARGA, Milagros. *La arbitrariedad*. Anuario de filosofía del derecho XII. 1995, pp. 387-400.
- PALACIOS TORRES, Alfonso. *Reserva legal de los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el colombiano*. Revista Derecho del Estado Universidad Externado de Colombia, No. 10. Bogotá, 2001, p. 155-193.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Editorial Tecnos. Madrid, 1993.
- PAREJO ALONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, Antonio; ORTEGA, Luis. *La actividad de la Administración Pública: sus características, clasificaciones y formas, en Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1992.
- PÉCAUT, Daniel. *Guerra contra la Sociedad*. Editorial Planeta Colombiana. Bogotá, 2001.
- PETERS, Brainard Guy. *La Política de la Burocracia*. Fondo de Cultura Económica. México, 1999.
- PIQUERO VILLEGAS, Felipe. *Control de constitucionalidad y responsabilidad política. El manejo del orden público en el caso colombiano*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Konrad Adenauer-Stiftung y Ciela. 2000.
- Platón. *La República - traducido por J.M. Pabón, M. Fernández-Galiano*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006.
- Ponce Solé, Juli. *Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, No. 11. Madrid, 2014, pp. 18-37.
- PUERTO, Juan Pablo. *Igualdad y mérito, equilibrando la balanza para lograr una función pública avanzada*. Revista Derecho del Estado No. 19. Dialnet. Bogotá, 2006, pp. 33-38.
- RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. *Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009.
- RINCÓN CÓRDOBA, Jorge. *El concurso de méritos como principal forma de provisión de los empleos públicos en Colombia. Aplicación de los principios que rigen la actividad administrativa*. Anuario de la Función Pública de la Universidad de Piura. Piura, 2016.

- ROBERT, Alexy. *Ponderación, control constitucional y representación, en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy. Jueces y ponderación argumentativa.* Universidad Nacional Autónoma. México, 2006.
- ROBLEDO SILVA, Paula. *La autonomía municipal en Colombia.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa.* Editorial Civitas. Madrid, 1976.
- SÁNCHEZ ISAC, Jaime. *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español.* Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1973.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo 9ª edición.* Tecnos, 2013.
- SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander. *Las normas de derecho blando un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012.
- SÁNCHEZ VARGAS, Nelly. *LA GERENCIA PÚBLICA Y EL SISTEMA DE MÉRITO EN EL EMPLEO PÚBLICO EN COLOMBIA.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2019.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017.
- SANTOS PICO, José Manuel. *Historia militar del Ejército de Colombia.* Centro de Estudios Históricos. Bogotá, 2007.
- SAPAG, Pablo. *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado.* Dikaion 17. 2008.
- SARMIENTO RAMÍREZ, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.
- SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. *Teoría general del derecho administrativo como sistema, objeto y fundamentos de la construcción sistemática.* Instituto Nacional de Administración Pública. 2003.
- SERRATO MORENO, Mónica Lilly. *Diferenciación entre ingreso y ascenso en la función pública colombiana como garantía de un actuar eficaz de los diferentes órganos estatales.* Revista derecho administrativo de la Universidad Externado, No. 12. Bogotá, 2014.
- VÁSQUEZ HINCAPIÉ, Daniel José y GIL GARCÍA, Luz Marina. *Modelo constitucional de la fuerza pública en Colombia.* Revista Prolegómenos Derechos y Valores, n.º 39. Bogotá, 2017, pp. 139-162.
- VEDEL, Georges. *Derecho administrativo.* Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1980.
- VERGARA MESA, Hernán Darío. *Principio del mérito y derechos fundamentales: elementos para el diseño institucional de un sistema de carrera administrativa en la perspectiva*

*de los derechos fundamentales*. Estudios de Derecho, volumen LXVIII. Medellín, 2011.

LIFANTE VIDAL, Isabel. *Poderes discrecionales*. En A. García Figueroa (Coord.), Racionalidad y Derecho. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2006, pp. 107-132.

VILLAR BORDA, Luis. *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Revista Derecho del Estado No. 20. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, pp. 73-96.

VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral 5ª Edición*. Legis. Bogotá, 2002.

WEBER, Max. *ECONOMÍA Y SOCIEDAD*. Fondo de Cultura Económica de España. Madrid, 2002.

ZARATE, Aníbal. *Editorial*. Revista digital de Derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia, No. 23. Bogotá, 2020.

### **CORTE CONSTITUCIONAL**

Sentencia C-479 de 1992.

Sentencia C-071 de 1993.

Sentencia C-195 de 1994.

Sentencia C-040 de 1995.

Sentencia T-245 de 1998.

Sentencia SU-086 de 1999.

Sentencia T-1528 de 2000.

Sentencia C-563 de 2000.

Sentencia C-836 de 2001.

Sentencia C - 293 de 2001.

Sentencia C-757 de 2002.

Sentencia C-122 de 2003.

Sentencia C-872 de 2003.

Sentencia C-1230 de 2005.

Sentencia C-753 de 2008.

Sentencia T-824 de 2009.

Sentencia T-512 de 2009.

Sentencia C-980 de 2010.

Sentencia T-265 de 2013.

Sentencia C-872 de 2010.

Sentencia T-604 de 2013.  
Sentencia C-934 de 2013.  
Sentencia T-261 de 2014.  
Sentencia T-111 de 2014.  
Sentencia C-285 de 2015.  
Sentencia SU- 091 de 2016.  
Sentencia SU- 217 de 2016.

## **CONSEJO DE ESTADO**

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 11 de noviembre de 1976, Radicación número: 2831.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 1998, Radicación número: 12939.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Radicación número: 0001-23-33-000-2013-00277-01 (1498-15) del 25 de enero de 2018.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación número: 11001-0324-000-2006-00348-00 del 7 de junio de 2012.

CONSEJO DE ESTADO. Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02024-01(ACU) del 4 de diciembre de 2013.

CONSEJO DE ESTADO. Radicación número:110010306000201500042 00, Número Único 2247. Concepto de 3 de julio de 2015.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación No.11001-03-28-000-2010-00015-00, Radicado Interno No. 2010-00015 del 27 de enero de 2011.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00151-01(AC).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, Radicación número: 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003)

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074).  
CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 6 de diciembre de 2012, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03924-01(1435-12).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de febrero de 2011, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01239-00(AC).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 13 de diciembre de 2010, Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00002-00.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02250-01(0803-08).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01079-02(2190-10).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de junio de 2012, Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de noviembre de 2013, Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00151-01(AC).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. concepto No. 2247 del 3 de julio de 2015. Radicación interna 110010306000201500042 00.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 31 de enero de 2008, Radicación número: 50001-23-15-000-2000-00350-01(4158-05).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de abril de 2009, Radicación número: 2500023150002009-00195-01 (AC).