

LA VULNERACIÓN DE DERECHOS
CONSTITUCIONALES DEL
PERSONAL DE LAS FUERZAS
MILITARES Y POLICÍA NACIONAL
POR LA “FACULTAD
DISCRECIONAL”.



PRESENTADO POR:
TEYLOR ESLOVER MOSQUERA
OSMA.

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN
PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO.

PRESENTADO A:
DIEGO ESCOBAR
TUTOR METODOLOGICO
JAIRO SANDOVAL
TUTOR TEMATICO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA
GRANADA
DIRECCIÓN DE POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO
ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C
2013

RESUMEN.

El objetivo de este artículo de reflexión es analizar el fenómeno de vulneración a los derechos constitucionales por parte del Derecho Administrativo en Colombia, frente a los actos administrativos discrecionales que desvinculan a personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a través de un estudio estático y dinámico de jurisprudencia se conjugan las diferentes posiciones planteadas; Consejo de Estado, y Corte Constitucional, se sustenta que la postura de la Corte Constitucional es más favorable en términos jurídicos, razón que debe ser tomada por el Consejo de Estado. Para el desarrollo del tema se estudian los principios constitucionales; Estado; doctrina administrativa; Derecho comparado y jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras claves.

Constitución, discrecionalidad, debido proceso, motivación, seguridad jurídica.

ABSTRACT.

The aim of this paper is to analyze the reflection phenomenon of violation of constitutional rights by the Administrative Law in Colombia, compared to discretionary administrative acts to dissociate staff of the Armed Forces and the National Police, through a study static and dynamic jurisprudence combine different raised positions, Council of State and the Constitutional Court, that the position is supported by the Constitutional Court is more favorable in legal terms, reason should be taken by the State Council. State;; administrative doctrine for the development of the subject constitutional principles are studied comparative law and jurisprudence American Court of Human Rights.

Keywords.

Constitution, discretion, due process, motivation, legal certainty.

Introducción.

Los resultados continuos del principio de supremacía constitucional¹ y de las constituciones normativas², es la constitucionalización del ordenamiento jurídico que, según Guastini Riccardo, es "un proceso de transformación de un ordenamiento el cual resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales"³.

El fenómeno (constitucionalización del Derecho), ha creado una perspectiva con el fin de que las obligaciones en este tema sean cada día más claras, tanto en la doctrina nacional⁴, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Las ilustraciones sobre la influencia de la Constitución de 1991 en algunas áreas del Derecho

¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 1988, p. 480.

² Otto, Ignacio de. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, Editorial Ariel, 2007. p. 14 y 15.

³ Riccardo, Guastini. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (ed.), Neoconstitucionalismo (s), Madrid, Trotta, 2005, p. 49.

Administrativo son más bien escasas. Posiblemente, ese contexto se debe a la proximidad teórica y práctica que el Derecho Constitucional tiene respecto del Derecho Administrativo. Existen posiciones y sugerencias; el profesor Manuel Quinche⁵, quien argumenta que la influencia del Derecho Administrativo en la Constitución de 1986, tiene vínculos esquemáticos en la Constitución de 1991, de acuerdo con la leyenda administrativa de la Carta realizada primariamente por el Consejo de Estado.

Pasados los veinte dos años de vigencia de la carta de 1991, se puede examinar cuál ha sido el suceso de una interpretación Constitucional (a partir de los derechos de las personas y no desde las instituciones), en gran parte de la jurisprudencia administrativa.

Desde esta perspectiva se analiza la supremacía de la Constitución y de

⁵ Quinche, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 25; Manuel Fernando Quinche, "La lectura administrativa de la Constitución Política", Revista Universitas 104, diciembre de 2002.

los derechos fundamentales en el Derecho Administrativo, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado que hace referencia a los actos administrativos discrecionales que establecen el retiro o niegan los ascensos de personal de las Fuerzas Militares, y de la Policía Nacional.

En este contexto se prefirió el tema definido por varios aspectos: i) en el punto exacto, la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han fijado posiciones contrapuestas en varias oportunidades; ii) en virtud de lo anterior, hay posturas (especialmente los administrativistas) que sustentan que el derecho fundamental al debido proceso (y varias de sus garantías), no se aplica en el caso de los actos discrecionales; iii) esta postura manifiesta una firmeza sistemática de ese tribunal a la constitucionalización del Derecho Administrativo, es evidente hallar que la jurisprudencia del Consejo de Estado continúa acogida en el principio de legalidad desconociendo la supremacía constitucional, y iv) los actos administrativos discrecionales son los mayores que presentan

vulneración de los derechos Constitucionales debido a tan fuerte posición; (que no necesitan motivación).

De acuerdo a la tesis planteada en el artículo de reflexión, en Colombia con una Constitución normativa como es la de 1991 que en su artículo 1 define que es un Estado Social de Derecho, frente a esta norma la hipótesis tradicional formalista de los actos administrativos discrecionales soportan un impacto por la impregnación de los principios constitucionales en el Derecho Administrativo y, sucintamente nacen dos necesidades, 1) un deber de la administración, para respetar el derecho fundamental al debido proceso al expedir, proferir los actos administrativos discrecionales. De acuerdo con lo anterior, las trascendentales garantías del debido proceso deberán ser aplicadas en el procedimiento que conlleva a la expedición de los actos discrecionales cuyo objetivo es el retiro de personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (inversión de la carga de la prueba,

teniendo en cuenta el debido proceso, publicidad, derecho de defensa, contradicción, notificación y motivación del acto así sea sucinta). 2), el Consejo de Estado, adquiere el deber de aplicar y respetar los principios y derechos, deberes y garantías constitucionales del debido proceso, publicidad, buena fe, igualdad, y confianza legítima, en tal virtud el Consejo de Estado deberá cambiar el precedente jurisprudencial para no vulnerar los derechos y garantías Constitucionales.

I. Metodología aplicada al artículo científico de reflexión.

La metodología aplicada para la ejecución del artículo de reflexión esencialmente es el estudio de la jurisprudencia, desarrollando y aplicando las metodologías de análisis dinámico y estático descritas *in extensas* en la obra del profesor López, Diego⁶. Para los

⁶ López, Diego Eduardo. El Derecho de los jueces, Bogotá, Editorial Legis, Capítulos 5 y 6.

efectos del artículo se utilizaron fuentes oficiales de divulgación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como algunas bases de datos, se rastrearon las principales providencias que han proferido los órganos de cierre⁷. Así mismo se efectuaron fichas jurisprudenciales (análisis estático), de igual forma se hizo el análisis dinámico, en el cual se observó el conflicto jurídico.

Para mayor entendimiento y análisis el temario del artículo ha sido fraccionado en cuatro partes: 1) se sintetiza la postura del Consejo de Estado, frente a los derechos constitucionales en los actos administrativos discrecionales que establecen el retiro, niegan los ascensos del personal de las Fuerzas Militares y Policía Nacional. 2) se analizó y estudió la jurisprudencia de esa Corporación desde enero de 2001 a diciembre de 2012. 3) Se efectuó análisis jurisprudencial de los

⁷Colombia. Corte Constitucional de 1995 a 2009 (la primera sentencia relevante de esa Corporación sobre el tema escogido es la C-108 de 1995), y para el Consejo de Estado de 2001 a 2009.

fallos de la Corte Constitucional, que se profirió de 1995 a julio de 2012. 4) Se procedió a efectuar un análisis para hallar cuál interpretación descrita es más beneficiosa en aplicación de derechos constitucionales y de validez en la administración del erario público y, de acuerdo con los planteamientos descriptivos poder determinar la certeza.

Objetivo General.

Estudiar las posturas de los organismos de cierre frente a los actos Administrativos que desvinculan al personal de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

Objetivos Específicos.

Examinar la facultad discrecional de retiro que tienen las FFMM y la Policía Nacional, y el concepto doctrinal de discrecionalidad administrativa.

Conocer la jurisprudencia producto del control judicial a la facultad discrecional de retiro por parte de las FFMM y de la Policía Nacional, y

establecer cuál ha sido la respuesta por parte de la jurisdicción Contenciosa Administrativa y la jurisdicción Constitucional.

Identificar el análisis jurisprudencial de los organismos de cierre su postura frente a la figura de los actos discrecionales.

Establecer mediante estudio de jurisprudencia la posición de cada una de los organismos de cierre respecto los actos discrecionales.

Determinar las características de los actos discrecionales en los cuales se desvincula a personal de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

Marco constitucional.

Constitución Política de Colombia.

Derechos de vigencia inmediata art 85 (13, 15, 16, 26, 29)

Marco legal.

Decretos 1790 / 2000 y 1791 / 2000, ley 834 del 2003 y Ley 1437 del 2011 art 43, Jurisprudencia de Corte Constitucional, Consejo de Estado.

Bloque de Constitucionalidad.

Tratados de derechos humanos, Convención Americana de Derechos Humanos art 8 - 25

II. Posición del Consejo de Estado.

De acuerdo con lo interpretado y analizado por el profesor Manuel Quinche, en varios artículos, evalúa y demuestra que la interpretación del derecho Constitucional en Colombia, bajo la premisa de la Constitución de 1986, estuvo bajo el control e influencia del Derecho Administrativo. En tal razón, los doctrinantes del Derecho Constitucional fueron paralelamente administrativistas, lo cual causó que la Constitución fuera examinada por el Consejo de Estado bajo la lupa del Derecho Administrativo. Se puede determinar que optar que una línea más constitucionalista o administrativista tendrá como resultado una misma solución, en el mismo Estado, como se evidencia en el artículo de reflexión.

II.I. Los actos administrativos discrecionales.

Es evidente y usual en la doctrina tradicional del Derecho Administrativo confrontar dos clases de actos administrativos, los reglados y los discrecionales. Los discrecionales "provienen de facultades en cuyo acción su titular dispone de libertad para expedición y aprobación, y/o establecer el objeto de la disposición, y/o evaluar la utilidad o la virtud para el resultado, así, como determinar el destinatario en quien recae el acto"⁸.

El Consejo de Estado, manifiesta que gracias a la posición y libertad, con respecto al debido proceso y sus garantías, y en referencia a la motivación⁹ es innecesario tratándose de la separación o retiro de miembros

⁸Berrocal, Luis Enrique. Manual del acto administrativo, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, p. 103. Este autor contrapone los actos administrativos discrecionales a los reglados. ibídem, p. 105.

⁹Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo, vol. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot y Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 203."la motivación consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión del acto.

de las Fuerzas Militares, y de la Policía Nacional, ya que la norma no contempla el concepto de motivación¹⁰ o notificación del acto. Respecto al derecho de defensa, el Consejo de Estado mantiene la posición de que es necesario ya que el objeto del acto no es una sanción disciplinaria.¹¹

De acuerdo con lo desarrollado hasta el momento los miembros, de la Policía Nacional y Fuerzas Militares, en el cumplimiento de varios años de labor, son separados de la institución sin previa notificación o advertencia. Esto debido a la potestad discrecional ya que el proceso de retiro o desvinculación no tiene carácter disciplinario, los actos preparatorios a la desvinculación no son comunicados al afectado, de igual forma no son motivados, las razones por las cuales se justificaba la

¹⁰ Artículos 99 y 104 del Decreto 1428 de 2007 (Fuerzas Militares); artículos 54 y 57 del Decreto 1791 de 2000 (Policía Nacional).

¹¹ Colombia Consejo de Estado, Sentencia de 22 de febrero de 2007, C.P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B. Rad. 25000-23- 25-000-2001-05808-01 (6408-05), y Colombia. Consejo de Estado, sentencia de 1 de marzo de 2007, C.P. Alberto Arango, Sección 2, Rad. 25000-23-25-000-1999-04162-01 (5644-05)

desvinculación es (únicamente *por razones del servicio*). El afectado interpone las acciones pertinentes para efectuar la defensa a la vulneración de sus derechos por medio de demanda, el Consejo de Estado (en la mayoría de ocasiones), se apoya en el principio de *legalidad*, determina que el acto de desvinculación administrativo es acorde con la norma aplicable al caso y estará en cabeza del afectado probar lo contrario a la decisión, aunque el acto no existiera una motivación previa. El accionante en la evidente dificultad de probar la ilegalidad del acto, el cual no tiene motivos claros ya que no fue notificado, abrumadoramente en la mayoría de casos el Consejo de Estado reconoce que se ajustan a la norma y le concede la razón a la administración.

En relación con lo planteado en el desarrollo del artículo de reflexión, el Consejo de Estado mantiene una posición de inconstitucionalidad dominante, planteando el problema jurídicamente, así: ¿Los actos administrativos discrecionales que

establecen el retiro de personal de las Fuerzas Militares, y de la Policía Nacional, deben aplicar y respetar el debido proceso y garantías de los derechos, defensa, motivación, notificación y recurso judicial efectivo.? Frente a la pregunta planteada el Consejo de Estado ha oscilado en la respuesta, de acuerdo a lo referenciado se puede definir la posición del Consejo de Estado en:

II.II. Los actos administrativos desde el punto de vista no Constitucional.

Gran conjunto de las sentencias examinadas¹² conceptúan y niegan la figura del derecho fundamental, (debido proceso) en virtud de lo siguiente:

Carencia absoluta del debido proceso en el pronunciamiento de la

¹² Colombia. Consejo de Estado sentencia de 11 de octubre de 2001, C.P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 63001-23-31-000- 1999-0418-01 (845-01) sentencia de 16 de febrero de 2006, C.P. Tarsicio Cáceres, Sección 2, Subsección B, Rad. s05001-23-31- 000-1998-00710-01. Sentencia de 3 de diciembre de 2009, C.P. Víctor Alvarado, Sección 2, Subsección B, Rad. 05001-23-31-000-2002-03928-01 (2054-08).

sentencia del 11 de octubre de 2001, el Consejo de Estado determinó que:

*"no exigen las perspectivas en la cuales se fundamentó el acto acusado, que para el ejercicio de dicha potestad (retiro discrecional) se realice un juzgamiento de la conducta del actor", como lo pide el libelista, pues lo que se persigue con el ejercicio discrecional del llamamiento a calificar servicios, es la buena prestación del servicio, no la penalización de faltas. Mal puede endilgársele a la entidad demandada la violación del derecho de defensa que debe garantizarse en los procesos disciplinarios"*¹³.

Las razones no son necesarias y no deberán expresarse y, en claridad del principio de legalidad, es de tener en cuenta que a quien le corresponde es al accionante (el afectado) deberá probar y demostrar los vicios en los cuales está inmerso el acto si hubiere lugar¹⁴.

En consecuencia, el Consejo de Estado en desarrollo del derecho

¹³ Colombia. Consejo de Estado Sentencia de 21 de febrero de 2002, C.P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 25000-23-25-000-1995-9552-01 (1569-00).

¹⁴ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 10 de marzo de 2005, C.P. Alberto Arango, Sección 2, Rad. 25000-23-25-000-2000-01435-01 (6207-03).

administrativo, se manifiesta en la aplicación de la ley, en pocas ocasiones lo hace con la Constitución, sólo en circunstancias donde prevalece el derecho de las instituciones propiamente en el caso de los artículos que vinculan a las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (art. 217 y 218 de la Constitución). Esta interpretación de la Constitución se efectúa a partir del objeto de prioridad en las instituciones (los derechos constitucionales y el desconocimiento del derecho al debido proceso se argumenta por el cumplimiento de las funciones que desempeñan las instituciones), lo cual demuestra tangiblemente que se apartan del cumplimiento de los derechos y deberes del Estado.

II.III. Posición intermedia referente al tema.

Según acuerdo a las sentencias que se tomaron para este estudio se puede identificar que flexibilizan la posición fuerte acerca de la no aplicación del derecho al debido

proceso, se conservan algunas limitaciones muy fuertes al mismo. Se puede evidenciar de igual forma, que es una postura sin mayor fuerza ya que los avances hallados con la morigeración de la postura arbitraria y dominante sufren cambios en fallos consecutivos, los cuales en forma contraproducente demuestran la contraposición del mismo magistrado ponente, quien había efectuado y obtenido grandes avances a cerca de los derechos constitucionales.

El folio de vida del miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, es una prueba de valor importante: hay sentencias en las cuales ¹⁵ se incentiva que la administración debe analizarla, para tomar de forma contundente y eficaz la decisión al preferir el acto de desvinculación del servicio activo. De lo anterior se observa que si la hoja de vida exterioriza

¹⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 25 de enero de 2001, C. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25- 000-1997-4360-01 (1407-00) sentencia Radicación número: 25000-23-25-000-2002-04391-02(0075-08)C.P. Alfonso Vargas Rincón, diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).

virtudes *excepcionales* con anterioridad a la fecha del retiro, no es coherente desvincular a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía, al servicio del Estado. Esta teoría ha sido modificada consecutivamente haciendo caso omiso al precedente y a las cargas argumentativas jurídicas para la ejecución de cambios¹⁶ y, paradójicamente, se puede hallar que en algunos de esos cambios y diferencias jurisprudenciales no argumentadas concurren magistrados ponentes, quienes son los que de una forma u otra en su debido momento mitigaron la doctrina dominante¹⁷. De la misma manera, en otro fallo, no fue tenido en cuenta la hoja de vida, argumentando que el Consejo de Estado le correspondía concretar la tesis propuesta, una de las razones de valor fue que el ponente del pronunciamiento no

¹⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar. Sentencia T 638 de 2012.

¹⁷ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 16 de febrero de 2006, C.P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 17001-23-31- 000-2000-00832-02 (3207-04).

estuvo presente ante las discusiones que finalizaron y que tomaron la decisión del fallo¹⁸.

Otra de las vulneraciones corresponde a estar en el desarrollo de cursos de capacitación para ascenso motivo más que suficiente para no poder desvincular a miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. De acuerdo con lo anterior el Consejo de Estado ha advertido que la persona que se intenta desvincular y que efectúa o ha terminado un curso de capacitación para ascenso de grado en la fuerza respectiva no procede no es coherente decretar su desvinculación¹⁹. Esta tesis es frágil ya que quien la sostiene y es defendida por los magistrados de la Subsección “A” de la sección segunda del Consejo de Estado, posición que la Subsección “B” de esa misma sección no la comparte.

¹⁸ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 16 de febrero de 2006, C.P. Tarsicio Cáceres, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000- 1998-02449-01 (0890-05).

¹⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 14 de julio de 2005, C.P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Rad. 76001-23-31-000-2000-02891- 01 (2891-03).

Es tanto que al respecto, tampoco hace pronunciamiento alguno.²⁰

II.IV. Constitucionalización del Derecho Administrativo.

Es pertinente demostrar en el estudio y análisis de los pronunciamientos del Consejo de Estado que sólo en dos sentencias (una de ellas de tutela) y de carácter estrechamente tímida, el Consejo de Estado admitió la influencia constitucional sobre el derecho fundamental al debido proceso en los actos discrecionales, respecto a la inversión de la carga de la prueba. Así, directamente en estrado judicial (si hay demanda), corresponde a la administración el deber de motivar su decisión de retiro²¹.

III. Tesis de la Corte Constitucional.

²⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2006, C.P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25- 000-1999-02870-01(4519-04).

²¹ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 28 de mayo de 2009, C.P. Susana Buitrago, Sección 5 (acción de tutela), Rad. 05001-23-15- 000-2009-00203-01.

La postura y lectura dominante en la Corte Constitucional, al caso concreto, es diametralmente contrapuesta a la del Consejo de Estado. Es de aclarar que es un mismo asunto, las decisiones, providencias divergentes que se toman en una u otra Corporación demuestra que la Corte Constitucional en estos procedimientos jurídicos conserva el precedente para fortalecer los derechos, y la supremacía Constitucional y, en tal virtud, promueve y aplica su correcto precedente en constante forma. En este sentido la misma corte expresa: "El juez administrativo para amparar los derechos fundamentales deberá, aplicar directamente la Constitución Política, como base fundamental de un Estado Social de Derecho cuál es su deber, declarar la nulidad de los efectos de los actos administrativos que dispongan quebrantamientos o amenazas de violación de estos."²²

²² Colombia. Consejo de Estado. Su 917 de 2011, Sentencia SU-039 de 1997, C.P. Antonio Barrera. Citada por Manuel Fernando Quinche, Derecho Constitucional

La Corte Constitucional corrige el conflicto señalado principalmente en clave constitucional y no el plano puramente legal, para tal fin es notable a partir del punto de vista práctico, ya que en la mayoría de pronunciamientos y fallos de sentencias se dispone que al caso concreto existe la violación del debido proceso, se reconoce los derechos vulnerados y se ordena el reintegro del accionante.

III.I. Análisis de sentencias.

Se puede determinar que durante el desarrollo del análisis jurisprudencial (1995 - 2000) la Corte Constitucional resolvió el problema jurídico mediante sentencias de constitucionalidad. De igual forma, en estas providencias, el Tribunal constitucional fue ambivalente. Para los efectos hizo consideraciones en las cuales manifiesta que el debido proceso junto con las garantías son

Colombiano, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 85.

plenamente aplicables²³ a los procedimientos y actos discrecionales que desvinculan a miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional: Ejemplo, el tribunal estableció que en los actos de discrecionalidad debía aplicarse y garantizarse el debido proceso en sentido extenso (C-565 de 1995); el derecho de defensa (C-108 de 1995), y que los actos discrecionales, para que surtan sus efectos deberán motivarse y ser notificados en debida forma al afectado. (C-564 de 1998).

La Corte Constitucional siguió muy de cerca las posiciones del Consejo de Estado en algunas providencias (minoritarias), arguyendo en sentido que la discrecionalidad no es absoluta, ésta es constitucional y el miembro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuenta con los medios de control acciones contenciosas administrativas para

²³ Colombia Corte Constitucional, sentencias C-108 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo; C-525 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo; C-565 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo, y C-564 de 1998, M. P. Fabio Morón.

probar la vulneración de sus derechos y así resarcir los daños.²⁴

III.II. La posición dominante.

Con la aplicación de las normas administrativas con base de los derechos fundamentales y no a partir de las instituciones, la Corte Constitucional a partir del año 2002 al 2012 mantiene una posición muy fuerte de acuerdo con el debido proceso y varias de sus garantías que deben aplicarse en el proceso de los actos administrativos discrecionales que tienen por objeto y finalidad la desvinculación de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Desde este lapso, la jurisprudencia Constitucional se consolida²⁵, fundamentalmente

²⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-048 de 1997, M. P. Hernando Herrera, y C-368 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes.

²⁵ En esta segunda etapa del análisis jurisprudencial solamente hay una sentencia en la cual se restringe el debido proceso, cuando se afirma que el afectado tiene la carga de la prueba de demostrar la desviación de poder de un acto no motivado. Sentencia T-575 de 2008, M. P. Nilson Pinilla.

aunque no únicamente a través de fallos de tutela, un acto administrativo discrecional que desvincula, no procede que la administración motive su decisión con "explicación que aborda y concluye, de modo circular, en los actos de facultad discrecional"²⁶. En conclusión, aseverar que el retiro cumple con las normas de un acto discrecional sin más, es inconstitucional. Con estas jurisprudencias la Corte Constitucional establece cuáles motivos no son proporcionales para tomar una decisión acogida en facultades discrecionales.

La Corte Constitucional garantiza la protección al derecho de defensa cuando dispone que los documentos reservados que sirvieron de cimiento para el retiro discrecional no deban ser secretos o reservados para el afectado, es de aclarar, que para los efectos la reserva de los informes y demás soportes no aplica para el afectado, en virtud de garantizar los

²⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-816 de 2002, M. P. Jaime Córdoba.

derechos y en especial el derecho de defensa²⁷.

El retiro discrecional no involucra una sanción disciplinaria, procede la aplicación del debido proceso en la desvinculación discrecional, ya sea de forma diferente al debido proceso en el acto reglado se puede observar ante los asuntos de sanciones disciplinarias. De acuerdo con lo expuesto, i) los motivos razones y circunstancias que originaron la desvinculación incumben ponerse en conocimiento al afectado²⁸; ii) la flexibilidad y rapidez con que se caracteriza la decisión de desvinculación discrecional, "requiere la aplicación oportuna de los derechos y garantías que lo disponen²⁹, según lo planteado en la

²⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-872 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas; C-942 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán; C-1173 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda; T-432 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda, y T-111 de 2009, M. P. Clara Elena Reales.

²⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-120 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy.

²⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas.

decisión" correspondiente, deberá contener y sustentar en un análisis de fondo, terminado y exacto de los fundamentos invocados para la toma de la decisión de desvinculación de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en el material probatorio que sea allegado, y en fin todos los elementos contundentes y pertinentes y razonables que permitan proponer el retiro o no del servicio de un miembro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional³⁰, y iii) las razones y motivos que proporcionaron origen al acto deben ser expresos (debe existir motivación) en cada uno de los casos (no es notable si es de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional). De lo contradictorio, en cualquiera asunto hay infracción del debido proceso³¹.

IV. Salidas ante el conflicto.

³⁰ Colombia. Corte Constitucional. T-995 de 2007, M. P. Jaime Araujo Rentería.

³¹ Colombia. Corte Constitucional. T-569 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar; T-1168 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-1173 de 2008, M. P. Jaime Córdoba; T-205 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio, y T-456 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas.

Se puede evidenciar que existen soluciones con respecto al problema jurídico. Una propuesta de estas solucionaría perfectamente parte de la inseguridad jurídica. En determinado caso un miembro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional afectado por el retiro discrecional tendrá una contestación si su caso es conocido por el Consejo de Estado, diferente si su problema lo conoce la Corte Constitucional. Cabe recordar que los órganos de cierre hacen parte de la competencia de un mismo Estado (art. 116 de la Constitución) y están inmersos al ordenamiento jurídico (art. 230 de la Constitución de 1991).

En este contexto se efectúa un análisis con efectos de establecer cuál de las dos posiciones es la más garante de los derechos constitucionales. Con el fin de hallar la razón lógica, para el efecto tendremos como eje de referencia ciertos discernimientos ecuanímes, de valor constitucional en ellos podremos hablar; doctrina, jurisprudencia internacional y la eficiencia de la administración.

IV.I. Doctrina.

IV.I.I. *La Teoría de la Argumentación Jurídica.*

Es contundente examinar el fundamento Constitucional de la aplicación de la teoría de la argumentación jurídica, en vista de las controversias que se vislumbran frente a que si es obligación motivar los actos discrecionales que ordenan el retiro.

De acuerdo con lo establecido la teoría de la argumentación define que es necesario la motivación y soportes para la decisión del retiro.

El autor Manuel Atienza, jurista español, dice sobre la argumentación:

“El auge de la argumentación jurídica se produce gracias al tránsito del Estado de Derecho Legislativo al Estado Constitucional”³².

Lo anterior demuestra que el surgimiento de los Estados constitucionales, que tienen

³² Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Madrid, Trotta, 2007.

Constituciones normativas, hacen que los operadores jurídicos se comprometan tener muy en cuenta los derechos fundamentales que "restringen y condicionan" (también en cuanto al contenido) la elaboración, la exégesis y la aplicación del Derecho³³.

Se puede definir que el poder que recae en los órganos estatales es "limitado y tiene que prevalecer los derechos para ello deben sustentarse en forma más exigente". No solo basta con la referencia al, (órgano competente) además de procedimientos, eventualidad que se pretende (siempre) una inspección en cuanto antes al contenido". En síntesis, el Estado Constitucional insta a fundamentar explicaciones y justificaciones más claras por las autoridades, en razón que el Derecho debe existir dado a la razón lógica jurídica y no al mando de quien procede el derecho³⁴.

³³ Atienza, Manuel. El Derecho como argumentación, Barcelona, Ariel, 2006, p. 17.

³⁴ Atienza, Según. "El Estado Constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de

Aarnio Aulis, manifiesta respecto de la argumentación jurídica:

"la argumentación surge como uno de los elementos indispensables que proporciona seguridad jurídica, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiada. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no sólo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral)"³⁵.

Se puede puntualizar la veracidad de todo acto del Estado que restrinja o limite, derechos es útil en el Estado Social y Constitucional de Derecho de

argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional [...] supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: a la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos". Idem.

³⁵ Aarnio, Aulis. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 8, 1990, p. 26.

acuerdo a lo siguiente: i) en las humanidades occidentales es obligación moral dar explicaciones y razones, debido a que éstas "forman un verdadero poder y este a su vez debe ser usado exclusivamente dentro del límite de su norma"³⁶; y ii) en el Estado Constitucional, la persona es el eje central de amparo a través de las garantía y obediencia de los derechos. Esta premisa admite ultimar que no es coherente que en un Estado sometido al Derecho concurren decisiones sin motivación, en vista de evitar la injusticia que conjetura una decisión, que aunque posea motivos, éstos no hayan sido informados a los afectados.

IV.I.II. La doctrina Administrativista.

Para conocer la doctrina administrativista y fortalecer el conocimiento de la afirmación en la aceptación de la motivación de los

³⁶ Berghlotz, Gunnar. "Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 8, 1990, p. 81.

actos administrativos que desvinculan personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, haremos referencia a la teoría dominante que mantienen los administrativistas, para tal fin se acudirán a los autores quienes apoyan la primacía del Derecho constitucional en los actos administrativos discrecionales.

Es aproximadamente unánime la doctrina del Derecho Administrativo al pronunciarse y dar a conocer que:

*"el derecho positivo Colombiano obliga por regla general a la motivación del acto, sea este reglado o discrecional en relación con los actos discrecionales, el artículo 44 ley 1437 del 2011, en la creencia de que la discrecionalidad no puede ser con ánimo de arbitrariedad o ilegalidad, lo cual obliga a expresar las razones de su expedición"*³⁷.

³⁷ Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 155. En el mismo sentido véase a Hugo Alberto Marín, Discrecionalidad administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 485 y 486; José Roberto Dromi, El acto administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, p. 69, y Juan Carlos Cassagne, ob. cit., pp. 204, 220 y 232.

De igual forma, la teoría del derecho comparado: "administrativo europeo" hace el pronunciamiento del tema en particular. En España, es tranquila la actitud de acuerdo con los actos administrativos en el momento que deben motivarse, ya que así se evitan abusos y arbitrariedades³⁸. Se establece que la obligación de motivación de los actos administrativos discrecionales incluido en el artículo 54 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) se deriva de los preceptos de la Constitución Española, de igual forma como el art 24 (prohibición de la indefensión); 9.3 (prohibición de la arbitrariedad o no racionalidad) y 1.1 (Estado democrático: deber de transparencia)³⁹.

Marín, Hugo Alberto, hace alusión al tema y expone lo siguiente:

³⁸ García de Enterría, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder, Madrid, Civitas, 1974; Juan Igartua Salaverría, La motivación en los nombramientos discrecionales, Pamplona, Civitas, 2007, y Hugo Alberto Marín, ob. cit.

³⁹ Igartua Salaverría, Vid Juan. ob. cit. p. 21.

“pone de presente que aunque en Francia el Consejo de Estado no comparte totalmente la postura Ibérica, a través de la acción judicial se puede exigir a la administración que se hagan explícitos los motivos” (algo que no sucede en Colombia)⁴⁰.

V. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La posición de esta corporación, con relación al del derecho fundamental al debido proceso en los actos discrecionales que desvinculan miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional del Estado, es muy equivalente a la de la Corte Constitucional y la de tratadistas traídos al tema para el desarrollo del artículo de reflexión.

En varias oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que la autoridad que posee el Estado para mejorar su administración tiene límites que están consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, principalmente los

⁴⁰ Marín, Hugo Alberto. ob. cit., p. 469.

artículos 8 y 25 de la Convención. El desarrollo de los casos hito que valen hacer comentario está en cabeza el: caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, de este la Convención se pronunció al respecto:

"ciertamente los Estados disponen de facultades discrecionales para reorganizar sus instituciones y, eventualmente, para remover personal en función de las necesidades del servicio público y la gestión de intereses de orden público en una sociedad democrática, si bien el ejercicio de esas facultades no puede ser sustraído del pleno respeto a las garantías del debido proceso y protección judicial, pues lo contrario podría someter a los afectados a una actuación arbitraria"⁴¹.

Lo previsto en los artículos 8 y 25 de la Convención “garantías y derechos judiciales”, no simplemente gozarían cabida en procesos judiciales, y como el acto administrativo que desvincula a miembros de las Fuerzas Militares y

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, párrafo 110.

Policía Nacional no es consecuencia de una acción judicial, tales derechos no poseerían acaecimiento en estos actos discrecionales. De otro modo, en el caso de retiros inmotivados⁴², la Corte afirmó que:

"Si bien el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71. En ese caso se evaluó el debido proceso ante una sanción no judicial sino política. Guarda semejanzas con el margen de libertad que tiene la administración en la expedición y aplicación de los actos discrecionales.

*tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal"*⁴³.

Conclusión: para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cualquier tipo de acto que sea emanado del Estado y que afecte derechos y obligaciones de los trabajadores debe dar cumplimiento las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana⁴⁴ de Derechos Humanos, (debido proceso y acceso a un recurso judicial)⁴⁵.

VI. Los recursos en la administración.

⁴³ Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párrafos 69 y 70.

⁴⁴ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente.

⁴⁵ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Un criterio que será útil con el fin de establecer cuál de las dos posiciones consigue ser la más ajustada, que sea consecuente con la eficiencia de la administración de los recursos y manejo de personal.

El pronunciamiento de la tesis es de carácter práctico, no menos importante, y es sustentada por el profesor Javier Rincón,⁴⁶ Quien dogmatiza que la anexión de compendios constitucionales (léase debido proceso) a los actos discrecionales que desvinculan a personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, es saludable porque:

"la imposición que se expresa a través de los límites impuestos al ejercicio de la Facultad discrecional, trae como consecuencia una presión para que el Estado realice una planeación más eficiente de sus recursos humanos, so pena de verse sancionada y condenada al pago de indemnizaciones de perjuicios como

consecuencia de desvincular a sus funcionarios, por la vía de la facultad discrecional, fundamentado en argumentos carentes de objetividad. En este orden teniendo en cuenta que la motivación del Acto sólo puede ser racional si se encuentra en adecuación con una causa o motivo objetivo dentro del marco de esta primera vía, la lógica consiste en afirmar que los límites impuestos por la jurisdicción, generan una correlativa presión sobre la administración para que enmarque toda desvinculación dentro de las políticas estructuradas y claras de recursos humanos".

En vista de lo anterior trascendería irracional desde el punto de perspectiva económico y jurídico, por consiguiente puede ser inverso al principio de eficiencia que, basado en valoración estrictamente subjetiva y desglosada de una política clara de manejo de recursos humanos, resolviera prescindir de los servicios del funcionario en el cual se ha invertido significativos recursos públicos, siendo el Estado el

⁴⁶ Rincón Salcedo, Javier. "'Facultad discrecional', Planeación y eficiencia en la Gestión del Recurso Humano Militar", Revista Prolegómenos 23, 2009, en http://works.bepress.com/javier_rincon_salcedo/10/ (Fecha de consulta: 9 de Mayo de 2013).

responsable de su debida y eficaz utilización⁴⁷.

VII. El respeto que se debe al precedente de la Corte Constitucional, frente a la posición asumida por el Consejo de Estado.

Durante el desarrollo del artículo de reflexión es exacto hacer una valoración en vista de cuál de las posiciones debería ser tomada de forma unificada por los organismos jurisdiccionales de cierre en Colombia. La definición práctica que subyace en esta insuficiencia de elegir por una de las dos alternativas es la reclamación de seguridad jurídica que muy acorde viene conjuntamente ligado al principio constitucional de igualdad, de tal fin que repercuta convenientemente en una salida similar a asuntos

⁴⁷ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 25 de enero de 2001, C.P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1997-4360-01 (1407-00), y Sentencia de 9 de mayo de 2003, C.P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-2002).

análogos, sin necesidad que el Tribunal en el que procede el caso sea un componente concluyente para tomar la solución que se debe acoger.

Podemos ver que la inseguridad jurídica nace ya que la decisión tomada no presenta un desarrollo jurídico en el cual se plasme un parámetro racional objetivo (el ordenamiento jurídico), lo inverso, proviene de la Corporación asignada para el caso y su lectura se desarrolla en el ámbito legalista o constitucionalista del problema jurídico.

De lo anterior podemos evidenciar diferentes razones que son más que aptas para sustentar que la lectura que hace la Corte Constitucional de los actos administrativos discrecionales que desvinculan a miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional: (es la adecuada).

Un argumento lógico de carácter positivista es que de acuerdo al artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es en quien recae la salvaguarda, preservación

de los derechos fundamentales siendo entre estos el debido proceso y garantías judiciales.

Así mismo, el Consejo de Estado, dando aplicación en virtud del principio de igualdad y de acuerdo a la sentencia C-335 de 2008 (M. P. Humberto Sierra) es obligación y deber de acatar y seguir la jurisprudencia que la Corte Constitucional promulgada sobre la interpretación y la transcendencia de un derecho fundamental o, de lo contrario, fortuitamente podría cometer un delito de prevaricato.

Del estudio efectuado en este artículo, y en correlación con lo anterior, el Consejo de Estado ha desconocido y fallado marcadamente al instante de fortalecer su posición de acuerdo al problema jurídico que se ha venido analizando, se puede demostrar que otra vía mediante la cual el Consejo de Estado desconoce la constitucionalización del Derecho: es a través de la irreverencia inmutable al principio de igualdad (art. 13 de la Constitución y sentencia C-836 de 2001). Se puede establecer que, se presentan varias situaciones

que permiten deducir que el Consejo de Estado no ha hecho caso ni a su propio precedente, lo cual constituye en una franca violación de la Constitución. (Principios de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe), es constante que en la misma Sección Segunda del Consejo de Estado, existan controversias y diferentes criterios para fallar asuntos similares; (únicamente bajo la interpretación y el argumento de que *el Magistrado ponente de esta nueva sentencia no se hallaba presente en las deliberaciones de la anterior decisión*). Es claro además que, la subsección “A” tiene sentencias diametralmente opuestas a las de la subsección “B”⁴⁸.

De igual forma, es alarmante que criterios que son fundados en algunas providencias (recorrir a la hoja de vida del desvinculado o establecer si el accionante está efectuando curso

⁴⁸ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 25 de enero de 2001, C.P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1997-4360-01 (1407-00), Sentencia de 9 de mayo de 2003, C.P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-2002)

de ascenso) sean dejados o menguados en fallos posteriores sin mayor explicación y trascendencia⁴⁹. No se puede pasar por alto sin llamar la curiosidad que el caso es resuelto de una forma si el medio de control instaurado es de carácter administrativo (de nulidad y de restablecimiento del derecho), diferente de la otra si es resuelta por una acción Constitucional (tutela)⁵⁰. La posición del Consejo de Estado no halla cimiento en la doctrina nacional o foránea, de igual forma en la Convención Americana de Derechos Humanos que se une al ordenamiento jurídico nacional gracias al bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Constitución). Se trata de una tercera

⁴⁹ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 9 de mayo de 2003, C.P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-2002) (se refiere a la hoja de vida), frente a las sentencias que no mencionan nada sobre el particular: de 2 de febrero de 2006, C.P. Alberto Arango, Sección 2, Subsección A, Rad. 680012315000200100756 01.

⁵⁰ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de 28 de mayo de 2009, C.P. Susana Buitrago Sección 5 (acción de tutela), Rad. 05001-23-15- 000-2009-00203-01, frente a todas las sentencias citadas en la nota al pie número 15 supra.

vía a través de la cual el Consejo de Estado desconoce la constitucionalización del Derecho administrativo, ni la Convención Americana de Derechos Humanos, ni los conceptos de la Corte Interamericana hacen parte alguna en la toma de las sentencias analizadas. La lectura puramente legalista y defectuosamente constitucionalista del Consejo de Estado, ayuda de modo indirecta a la ineficiencia en la administración de los recursos, ya que si no hay planeamiento y motivación no habrá política adecuada que cumpla con los fines del estado.

A través del punto de vista de la organización del Estado, el control que debe ejercer el Consejo de Estado, a la administración debe ser dominante; si se aprecia que los derechos fundamentales como cuantificación de razonabilidad de la acción de las autoridades poseen un papel muy secundario⁵¹.

⁵¹ Llama poderosamente la atención que en las sentencias del 26 de febrero de 2006, C.P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1999-02870-01(4519-04), y de 16 de febrero de 2006, C.P. Jesús María Lemos, Sección 2.

VIII. Conclusiones.

- La influencia de la Constitución en un punto específico del Derecho Administrativo y a su vez, cuáles han sido las respuestas de la jurisprudencia. Se puede definir mediante ejemplos y parámetros objetivos en los cuales se explicó cual postura jurisprudencial es la más conveniente en términos jurídicos de validez, eficiencia y eficacia, en la administración de los recursos públicos y prevalencia de los derechos Constitucionales.
- Más allá de las consideraciones anteriores, la razón más significativa que apoya la lectura de la Corte Constitucional es el acatamiento por el artículo 4 de la Constitución y los derechos fundamentales. Se demuestra la

Subsección B, Rad. 17001-23-31-000-2000-00832-02 (3207-04), se utilicen frases como la siguiente "[...] debe decirse que la desvinculación se origina en un acto discrecional plenamente justificado, sin que haya lugar a controversias con el empleado porque ella se produce por voluntad del Gobierno Nacional" (énfasis agregado).

supremacía de la Constitución y los derechos que implica para el juez (en general, no solo el constitucional) la obligación de analizar todo problema jurídico que por función debe conocer, bajo el precepto Constitucional de 1991.

- Continuar la posición del Consejo de Estado que a su vez es suficiente entendible y razonable por el punto de interpretación de la legalidad y de la estructura Constitucional del Estado, pero que no prevalece desde la perspectiva de los derechos fundamentales establece una mengua dramática del carácter normativo de la Constitución por vía del principio de supremacía Constitucional, al preferirse la ley y no la aplicación de los derechos fundamentales constitucionales.
- La interpretación del Consejo de Estado, en la cual prevalece el principio de legalidad, en desconocimiento y menoscabo de los principios de la

supremacía constitucional, que reconoce en gran medida al legado francés de la teoría de las fuentes del Derecho de las cuales, existe una tridivisión dominante del poder y, por ello es que el juez desempeña una función pasiva en el control de la legislación y de los actos normativos surgidos del Estado.

➤ No se pretende negar de alguna manera el deber que tiene la administración de expedir actos discrecionales solo que, se respeten los derechos constitucionales (el debido proceso) para desvincular servidores públicos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Contrario, esos pronunciamientos y fallos de sentencias estatales son necesarios y legítimos, siempre que los derechos fundamentales de los afectados no sea desconocidos, como en la actualidad ocurre con la exégesis dominante del Consejo de Estado, en la cual el derecho al debido proceso ni siquiera es

limitado, sino vulnerado en finalidad, (negado por completo.)

➤ De lo anterior nace la responsabilidad, si el Consejo de Estado no resuelve mitigar su tesis (a través del acatamiento de los derechos y de su precedente), ese comportamiento jurídico podría ser un desenvolvimiento favorable para futuras demandas en contra del Estado colombiano ante, (la Corte Interamericana de Derechos Humanos), por violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos debido a que i) no hay respeto al derecho al debido proceso, y ii) no está un mecanismo judicial en el Derecho Administrativo realmente seguro y apto que admita subsanar la vulneración de los derechos, teniendo en cuenta que, no obstante formalmente está, a partir del punto de vista material y probatorio es tan inflexible, ya

que en la aplicación y practica no presta utilidad gracias a la fuerza dominante y radical del principio de legalidad que se aplica en los actos administrativos que promueven, desvinculan a miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Bibliografía.

Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Lima, Palestra, 2007.

Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

Aarnio, Aulis. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8, 1990.

Berghlotz, Gunnar. "Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8, 1990.

Berrocal, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001.

Beatriz Espinosa Pérez y Lina Escobar Martínez (eds.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Dike, 2008.

Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, vol. II., Buenos Aires,

Abeledo Perrot y Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional*. Sistema de fuentes, Barcelona, Ariel, 2007.

Dromi, José Roberto. *El acto administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.

García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Editorial Civitas, 1974.

Guastini, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.

Igartua Salaverría Juan. *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Pamplona, Civitas, 2007.

Lewin, Alfredo. *Principios constitucionales del derecho tributario: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1992-2001*, Bogotá, Universidad de Los Andes e Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2002.

- López, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.
- López, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, Universidad de Los Andes y Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- Marín, Hugo Alberto. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Mijail Mendoza Escalante. *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*, Lima, Editorial Grijley, 2009.
- Ollero, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Pájaro, Nicolás. *Autonomía privada y constitucionalización del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Quinche, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
- Quinche, Manuel Fernando. "La lectura administrativa de la Constitución Política", *Revista Universitas* 104, diciembre de 2002.
- Rincón Salcedo, Javier. "'Facultad discrecional', Planeación y eficiencia en la Gestión del Recurso Humano Militar", *Revista Prolegómenos* 23, 2009.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 1988.
- Santofimio, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.