

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**



**PRESENTACIÓN**  
**TRABAJO FINAL DE GRADO**

JORGE ANDRÉS PEÑA SOLÓRZANO– Código 3501002

Especialización en Derecho Administrativo 2016

Facultad de Derecho

Bogotá D.C., 22 de mayo de 2016

## Tabla de contenido

Resumen .....	3
Palabras clave .....	4
Abstract .....	4
Keywords .....	5
Introducción .....	5
Pregunta problema .....	6
Objetivos .....	7
General .....	7
Específicos.....	7
Marco de Referencia .....	8
Marco histórico.....	8
Marco jurídico .....	9
Marco jurisprudencial .....	10
Marco institucional .....	11
Marco teórico .....	11
De la facultad discrecional en las FFMM .....	11
Lo que en la práctica sucede con los militares reintegrados sin solución de continuidad para todos los efectos legales .....	12
el asunto: procedencia del ascenso de los militares reintegrados luego de cumplir los requisitos y teniendo en cuenta el reintegro sin solución de continuidad para todos los efectos legales.....	16
Hipótesis .....	17
Test de ponderación .....	17
Conclusiones .....	20
Bibliografía .....	21
Jurisprudencia y normatividad .....	22

## **Derechos de ascenso de los militares reintegrados al servicio activo por orden judicial.**

\*Jorge Andrés Peña Solórzano<sup>1</sup>

### **1. RESUMEN**

La Constitución de 1991 otorgó a los altos mandos militares la facultad de retiro discrecional. Los retiros discrecionales se han caracterizado por ser violatorios del debido proceso, y generalmente carecen de una fundamentación mínima. Por tal motivo los afectados en su derechos acudieron a la administración de justicia, siendo reintegrados al servicio activo bajo la ficción legal de la “no solución de continuidad” para todos los efectos legales.

Los militares, cada tanto, deben ascender con el cumplimiento de ciertos requisitos. A pesar de que dichas personas cumplen con los mismos, no ascienden, ya que según el Ministerio de Defensa “no solución de continuidad” no implica ascensos, aplazando sus legítimas aspiraciones indefinidamente.

Con el presente ensayo se busca identificar el alcance de la responsabilidad que debe asumir el Estado y sus funcionarios, como consecuencia de la negativa del Ministerio de Defensa de cumplir en todos sus aspectos los fallos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que ordenan los reintegros sin solución de continuidad, así como su impacto y alcances en la comunidad militar, pues actualmente existe un vacío jurídico en este aspecto sociojurídico.

La metodología empleada fue una ponderación de los derechos de los militares reintegrados y las necesidades del servicio de las Fuerzas Militares, llegando a la

---

<sup>1</sup> Abogado Neogranadino, candidato a especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, abogado litigante. [Jorgenape28@gmail.com](mailto:Jorgenape28@gmail.com).

conclusión de que dicho grupo humano debe acudir nuevamente a la justicia para lograr el alcance efectivo de sus derechos.

El Ministerio de Defensa se aprovecha de la posición dominante sobre sus subordinados para no cumplir con el ordenamiento jurídico y eludir el cumplimiento de tales sentencias.

### **1.1. PALABRAS CLAVE**

FACULTAD DISCRECIONAL,  
DE CONTINUIDAD,

REINTEGRO,  
ASCENSO

NO SOLUCION

### **2. ABSTRACT**

1991 National Constitution gave to military commanders wide retirement faculties, these have been violents against due process because they do not have a minimun motivation. For this reason, militaries have demanded being reincorporated to active service under the legal fiction “no solution of continuity”

Militaries in a determined period of time must be promoted, but, despite of they achieve their requirements, they are not promoted, according to defense ministry sources, no solution of continuity does not imply promotions, frustrating their aspirations indefinitely.

With the present essay the aim is to identify the responsibility of the government and its functionaries as a consequence of the negative to accomplish legal sentences about military reincorporation in all their aspects causing a negative impact on them, nowadays there is a huge impact in the social juridical aspect.

The method used was a legal ponderation of military rights against the service needs in the military forces, concluding that this human group must demand again aiming to achieve all of their rights.

Defense Ministry abuses of its dominant position over their subordinates looking for not to follow the legal system.

## **2.1. KEYWORDS**

ADMINISTRATIVE DISCRETION,  
NO SOLUTION OF CONTINUITY,

REINCORPORATION,  
PROMOTION

## **3. INTRODUCCIÓN**

Las Fuerzas Militares de Colombia cuentan con la gran responsabilidad de sostener el estado social de derecho y se constituyen como un organismo dependiente del ejecutivo garante de las prerrogativas constitucionales con las que cuenta el pueblo colombiano.

Debido a esta responsabilidad, cuya fuente es la misma Constitución Política en su artículo 217<sup>2</sup>, razón por la cual se estableció un régimen de carrera propio del sistema castrense con miras a garantizar el cumplimiento de tal tarea.

Con el desarrollo histórico de la institución castrense, para garantizar la disciplina que impera en tal régimen, se otorgaron amplias facultades de carácter discrecional a los mandos en todos los niveles de la pirámide de la jerarquía militar.

---

<sup>2</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. 1991.

Con la puesta en marcha de tales facultades discrecionales inherentes al mando militar se garantizó la disciplina y la rigidez que caracteriza el desarrollo de las operaciones militares, pues es sabido que Colombia actualmente atraviesa por un conflicto armado interno caracterizado por su intensidad y larga duración.

Ahora bien, la consecuencia directa de haberle entregado esa calidad de poder discrecional a los mandos militares creó un nuevo panorama jurídico cuyas consecuencias se están reflejando en la actualidad, pues los comandos de Batallón, Brigada, División y de Fuerza, empezaron a retirar discrecionalmente al personal bajo su mando.

Dichos retiros se caracterizaron por ser violatorios del debido proceso, y carecían de una fundamentación mínima, por lo que los afectados en su derecho a la legítima defensa acudieron a la administración de justicia, siendo reintegrados a cada una de sus Fuerzas, usando la ficción legal de la “no solución de continuidad” esto para todos los efectos.

Ahora, el problema se centra en que cada determinado tiempo, el miembro de la Fuerza Pública, asciende con el cumplimiento de ciertos requisitos, los cuales están estipulados en el régimen especial de carrera de las Fuerzas Militares, lo cual se convierte en una realidad jurídica de gran relevancia que analiza un análisis a fondo de tal situación, su solución y los efectos producidos en el ámbito jurídico del orden nacional.

La situación problemática radica en que dicho personal reintegrado cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por la ley, pero no son ascendidos porque a criterio de la fuerza, no cumplen con el requisito de tiempo mínimo en el grado, pues interpretan de manera errónea la ficción jurídica de “sin solución de continuidad para todos los efectos legales”.

Con esta investigación se pretende demostrar que el Ministerio de Defensa viola los derechos fundamentales de los militares reintegrados por orden judicial, pues no le da el verdadero alcance a los fallos judiciales, burlándose de la administración de justicia inaplicando tales fallos, obligando a los afectados a acudir nuevamente en Nulidad y restablecimiento del derecho para alcanzar sus derechos.

### **3.1. Pregunta problema**

¿Es jurídicamente viable tener en cuenta el tiempo ilegal de retiro del militar reintegrado sin solución de continuidad para computarse como tiempo de servicio para ascenso?

El presente artículo de investigación abarca el problema investigativo que hace referencia al ascenso de los oficiales y suboficiales de las fuerzas Militares; bajo el presente se dan las siguientes situaciones:

- a. El Ministerio de Defensa Nacional no cumple en su totalidad los fallos judiciales, pues le da una interpretación aparte de los precedentes judiciales del caso que hacen referencia al reintegro sin solución de continuidad.
- b. Actualmente los ascensos se presentan por interpretaciones que dan los jueces constitucionales.

## **4. OBJETIVOS**

### **4.1. GENERAL**

Identificar el alcance de la responsabilidad que debe asumir el Estado, como consecuencia de la negativa de los comandos de Fuerza de cumplir en todos sus aspectos los fallos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que ordenan los reintegros sin solución de continuidad.

### **4.2. ESPECÍFICOS**

- Determinar si el tiempo de retiro ilegal es computable como de servicio.
- Analizar los motivos por los que el Ministerio de Defensa no está cumpliendo con el restablecimiento del derecho de los fallos judiciales, pues solo anula los actos administrativos de retiro.
- Sintetizar las situaciones presentadas a través de casos para efectuar un análisis jurídico de los mismos.
- Explorar las formas y soluciones que se le pueden dar a esta problemática.

## **5. MARCOS DE REFERENCIA**

### **5.1. Marco Histórico**

Para la comprensión integral de los temas de investigación es importante hacer un acercamiento a la historia reciente de los decretos de carrera de las Fuerzas Militares, en especial los decretos ley 1790 y 1799 de 2000.

La milicia nació prácticamente con el nacimiento de la República de Colombia, pues la gesta libertadora empezó con aquel grito de independencia del 20 de julio de 1810, se formó un Ejército pobre y andrajoso pero muy valeroso, que derrotó al Ejército realista español, formándose así nuestra fuerza principal de defensa, el Ejército Nacional.

Todo ejército basa su cohesión e integridad en la disciplina, esta debe ser rígida y estricta, pues el manejo de armas y la protección de las prerrogativas fundamentales requieren lo mejor del seno de la sociedad; lo cual no siempre fue así. De tal suerte



que la evolución de los ejércitos generó la necesidad de crear herramientas que permitieran mantener esa disciplina.

Es por esto que se dio inicio a aplicar aquella figura proveniente del derecho francés definida según Cassagne:

La potestad discrecional fue concebida desde el derecho administrativo clásico como aquella contraria a la potestad reglada, es decir, aquella potestad de la administración para actuar libremente, sin que la conducta a adoptar estuviera predeterminada por una norma. (de Enterría, E. G. (2009). CASSAGNE, JC: El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista de administración pública*, (180).

La cual en sus primeras etapas escapaba al control judicial, he aquí la razón del presente estudio, pues tal control judicial viene dándose a partir de la Constitución de 1991.

## **5.2. Marco Jurídico: Constitución y Ley**

Para abordar la investigación se hace necesario conocer el marco jurídico que regula el tema de la referencia y así poder entender el contexto del mismo en los diferentes escenarios del derecho, como parte del trabajo se tratará el ámbito constitucional, legal desde el punto de vista normativo y reglamentario y por supuesto lo dicho en materia jurisprudencial.<sup>3</sup>

Dentro de la Constitución Política de Colombia encontramos como uno de sus principios y propósitos fundamentales el alcance real y efectivo de los derechos de los ciudadanos, como la igualdad, el debido proceso administrativo, y está estatuido como norma superior el acceso real y efectivo a la administración de justicia, derechos que se ven violentados por no cumplir en su totalidad los fallos contencioso administrativos.

---

<sup>3</sup> UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA. DERECHOS Y VALORES. Julio diciembre 2014.

El punto de partida radica en el estudio de los decretos de carrera de las Fuerzas militares, el artículo 100 y ss. del decreto 1790 de 2000 y el artículo 60 del decreto ley 1799 de 2000.

**ARTÍCULO 104. RETIRO DISCRECIONAL.** Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.<sup>4</sup>

### **5.3. Marco Jurisprudencial**

Las Altas Cortes le han dado desarrollo jurisprudencial a este tema, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional se han pronunciado en varias ocasiones dando aclaraciones al verdadero alcance de esta figura jurídica, esto a través de sendos fallos de tutela que en sus primeras etapas, esto es a partir del año 2012, empezó con la solicitud al Ministerio de Defensa de pronunciarse acerca de dichas situaciones.

Ya en etapas postreras el juez Constitucional a través del activismo judicial empezó a ordenar directamente el ascenso de dichos miembros reintegrados, inmiscuyéndose en competencias propias del Presidente de la república y del Ministro de la Defensa.

---

<sup>4</sup> MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Decreto 1790 de 2000

El desarrollo jurisprudencial ya llegó al punto de ordenar directamente el ascenso de tales militares<sup>5</sup>, pues la Corte Constitucional ha testificado el descaro con el que actúa el Ministerio de Defensa y para fortuna de los mismos, ha dado pautas claras sobre este tópico.

Ejemplo de esto es la acción de tutela 2015-0212 del Consejo de estado que ordenó de manera directa y por primera vez un ascenso a un miembro de las Fuerzas militares:

“ORDENAR a Juan Carlos Pinzón Bueno, en su calidad de Ministro de Defensa o a quien haga sus veces y al General Jaime Alfonso Lasprilla Villamizar, en calidad de Comandante del Ejército Nacional, o a quien haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a emitir el acto de ascenso del señor ALVARO TORRES SÁNCHEZ al grado de Mayor del Ejército Nacional.” COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo del 9 de abril de 2015. Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia 2015-0212.P20.

#### **5.4. Marco Institucional**

Para el desarrollo del presente trabajo se cuenta con el apoyo de miembros adscritos al ministerio de la defensa, pues ellos son los directos afectados o beneficiados de la resolución de dicho conflicto, pues al ser un grupo humano tan grande, la incidencia es grande.

Aunque este problema es de incidencia nacional, se tomará en cuenta el caso del señor Coronel Álvaro Torres Sánchez, presentado en la ciudad de Bogotá.

### **6. MARCO TEORICO**

#### **6.1. DE LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES**

---

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 261 de 2014.

Un problema interesante que plantea la calificación jurídico-política de la Administración militar es el relativo a si constituye o no uno de los fines del Estado, y por ende, de la Administración, o sí se tratará de uno de sus medios.

Martorell, A. G. (1952). La Administración militar. *Revista de Administración Pública*, (7), 105-128. Las Fuerzas Militares cuentan con un amplio margen de discrecionalidad, de acuerdo a la Constitución y las leyes, los altos mandos militares cuentan con la obligación de administrar lo mejor posible los recursos del estado, por esta razón, se han tomado decisiones buscando satisfacer las necesidades del estado social de derecho:

“Últimamente las Altas Cortes han modulado las normas y los criterios de decisión

Esta posición implica un cambio importante en el ejercicio de la facultad discrecional para desvincular personal Militar de las Fuerzas Militares en Colombia, toda vez que queda sentado con claridad el principio según el cual, las simples “razones del servicio” no son una motivación suficiente del acto de desvinculación de estos funcionarios como aparentemente hasta ahora se había considerado. Así, si bien la administración puede desvincular por “razones del servicio”, el afectado debe conocer los motivos en los que se sustenta dicha desvinculación, para que se entienda que el acto ha sido motivado suficientemente y para que, por una parte, se le garantice el ejercicio del derecho de defensa al afectado con la decisión y por otra parte, que la actividad de la administración no sea considerada arbitraria. En efecto, si tenemos en cuenta que por la vía del contencioso administrativo el funcionario solo puede solicitar, en este caso, la nulidad del acto por expedición irregular, pero no – por no ser la vía legal idónea – que se motive adecuadamente el mismo, el desconocimiento de los motivos que sirven de fundamento al acto de desvinculación, pondría al funcionario en la imposibilidad de ejercer su derecho de defensa y por ello la actividad de la administración se convierte en una actuación arbitraria.”

Rincón Salcedo, J. (2009). “Facultad discrecional”, Planeación y eficiencia en la Gestión del Recurso Humano Militar. *Revista Prolegómenos*.p7.

## **6.2. LO QUE EN LA PRÁCTICA SUCEDE CON LOS MILITARES REINTEGRADOS SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES.**

Luego de irrespetar los mínimos derechos laborales del funcionario público uniformado, éste acudiendo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es reintegrado sin solución de continuidad para todos los efectos legales, pues el juez respeta el principio laboral de estabilidad en el trabajo, al respecto como lo dice Isabel Goyes Moreno en su artículo sobre los principios laborales:

“La Corte, a propósito del asunto, se ocupa del principio de estabilidad, esgrimiendo que para dar por terminado un contrato el empleador debe cumplir con los siguientes pasos: i) Manifestar al trabajador los hechos por los cuales se da por terminado el contrato, como garantía del derecho de defensa al trabajador. ii) Alegar la justa causa de manera inmediata a la ocurrencia de los hechos, o del momento en que conoció de los mismos. iii) Ceñirse a las justas causas establecidas en las fuentes del Derecho Laboral, sin lugar a analogías o a que se presenten causales distintas.”

Moreno, I. G., & Oviedo, M. H. (2012). ¿ Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia?. *Entramado*, 8(2), 168-183.

Por tal razón es muy común ver que se reintegren oficiales y suboficiales casi que a diario. Ahora bien, se sigue presentando la falencia de interpretación por parte del Ministerio de Defensa, pues se niegan a ascender a los mismos luego del cumplimiento de los requisitos objetivos para ascender.

Lo anterior genera entonces la carga al militar reintegrado de presentar nueva acción judicial causando un doble detrimento patrimonial a los recursos estatales. Cosa que no fue así en el pasado, tal y como nos dice TEYLOR ESLOVER MOSQUERA OSMA en su artículo académico para optar por el título de especialista en derecho administrativo:

“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 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”.

Ahora con la Constitucionalización del derecho administrativo este panorama ha cambiado, así lo afirma Iván Alberto Muvdi Meza cuando cita un pronunciamiento del Consejo de Estado en donde profiere sentencia en acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Policía nacional:

Sentencia de 14 de julio de 2005, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Rad.76001 – 23 – 31 – 000 – 2000 – 02891 – 01 (2891 – 03) Actor: Fernando Quevedo Rojas / Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional. El Consejo de Estado dentro de sus consideraciones manifestó: Que la decisión de la Dirección General debe inspirarse en razones del servicio, esto es, de conveniencia o necesidad institucional. El examen del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, debe aplicar criterios de prudencia, justicia y equidad al momento de emitir su recomendación; ahora bien, estos criterios, son en suma, moralidad, eficiencia y disciplina son los elementos que de acuerdo

con la Corte deben ser tenidos en cuenta por la administración como parámetros para tomar las decisiones relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal.

Luego de desatar el estudio a fondo del caso, determina el censor que el retiro dado al señor Mayor de la Policía no se ajusta a los principios que deben regir en toda entidad pública de orden nacional como lo es la Policía Nacional.

Llega el momento en que las decisiones erradas de la administración se vuelven tan reiterativas que se hace necesario conminar al Ministerio de Defensa, el cual debe ejercer controles más severos contra los funcionarios que toman decisiones de carácter arbitrario y a su vez ejercer la acción de Repetición contra los mismos, pues en la práctica esto no sucede muy frecuentemente, dato analizado del texto: Ariza, R. (2015). Responsabilidad administrativa y disciplinaria del juez disciplinario en fallos nulitados por la vía contencioso administrativa.

### **6.3. EL FONDO DEL ASUNTO: PROCEDENCIA DEL ASCENSO DE LOS MILITARES REINTEGRADOS LUEGO DE CUMPLIR LOS REQUISITOS Y TENIENDO EN CUENTA EL REINTEGRO SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES.**

De acuerdo a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 17 de marzo de 1995, Radicado número 675, abordó esa figura en los siguientes términos:

*"(...) La solución de continuidad, a que elude la consulta, consiste en que, por disposición legal o decreto ejecutivo, para los efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones sociales, la desvinculación del servicio no es jurídicamente relevante si el empleado público se retira de él y se vuelve a*

*vincular inmediatamente o dentro de determinado plazo. **En consecuencia, si la ley o el decreto ejecutivo nacional disponen para el reconocimiento de una prestación social, que la desvinculación del servicio durante un tiempo determinado no constituye solución de continuidad, ello significa que, para su reconocimiento, se pueden sumar los tiempos servidos ante la desvinculación y con posterioridad al nuevo ingreso (...)**".*

*Así las cosas, la no solución de continuidad se presenta cuando una persona termina su vínculo laboral con una entidad del Estado, y empieza una nueva relación laboral con otra entidad pública en un término no mayor a quince días hábiles."*

## **7. HIPOTESIS**

Dentro del estamento militar se está presentando discriminación en contra de un grupo de miembros de las Fuerzas Militares que son reintegrados y se les desconocen sus derechos, pues ya al ser reincorporados no tienen la posibilidad de continuar normalmente su carrera militar y han de ver truncadas sus legítimas expectativas de llegar al rango más alto dentro de su jerarquía.

La propuesta de solución a este problema es realizar un test de ponderación poniendo en la balanza los derechos de estas personas y las necesidades del servicio esgrimidas por el Ministerio de Defensa.

## **8. TEST DE PONDERACION**

### **8.1. TEST DE PROPORCIONALIDAD**

La propuesta de solución al problema emana del principio de proporcionalidad, el cual ha sido desarrollado por la Corte Constitucional y es el test de proporcionalidad el idóneo para el tema en concreto:<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 022 de 1996.



“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”

### **8.1.1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.**

Al interior de las filas las condiciones del día a día son muy fuertes, pues la situación de orden público en Colombia así lo exige, por eso no son pocos los militares que desdeñan de los reintegrados, pues son gente que ha durado varios años “en casa” y ahora pretenden tener los mismos derechos de aquellos que nunca han estado fuera de la fuerza.

Desde el punto de vista Constitucional, tal apreciación es ilógica, pues dichos retirados debieron superar la zozobra de haber sido retirados injustamente, lo cual viola el derecho a la igualdad de estas personas, pues la justicia contencioso administrativa luego de un estudio de fondo de cada uno de sus casos restableció esos derechos perdidos.

### **8.1.2. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.**

Este tópico lo resuelve la tutela que ordenó ascender a Coronel al señor Capitán Álvaro torres Sánchez:

De todos los documentos anteriores es evidente que para el cumplimiento de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y confirmada por el Consejo de Estado, la entidad accionada únicamente ha efectuado el reintegro del Capitán Álvaro Torres Sánchez a ese grado, que era el que ostentaba al momento del retiro del servicio,

situación que desconoce aquella orden emitida por el Colegiado consistente en tener en cuenta para todo los efectos legales el tiempo en que estuvo retirado del servicio, situación que a todas luces impone que su reintegro se efectúe conforme al cargo que debiera desempeñar en este momento, pues conforme al régimen de ascenso en el Ejército Nacional existen unos criterios objetivos como son el tiempo de servicio para Oficiales de las Fuerzas Militares, conforme a lo señalado por el Decreto 1790 de 2000, esto en atención a que es evidente que al declararse la nulidad del acto administrativo de retiro del servicio el restablecimiento del derecho comprende todas aquellas situaciones que impliquen como si el demandante no hubiese sido afectado por esa decisión de la Administración.<sup>7</sup>

De acuerdo a lo anterior, jamás se podría materializar el derecho a la igualdad si efectivamente no se le da el verdadero alcance al fallo judicial.

### **8.1.3. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.**

El trato desigual dado por el Ministerio de Defensa a sus militares reintegrados carece de una justificación razonable, pues viola el derecho a la igualdad de estos al permitir que los efectos negativos de un acto administrativo retirado del ordenamiento jurídico sigan afectando derechos fundamentales.

Es por eso que se justifica a corto plazo acciones de tutela para lograr el cometido y a mediano plazo una acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 104 del decreto 1790 de 2000.

---

<sup>7</sup> Fallo de tutela 2015-0212 MP GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, CONSEJO DE ESTADO.

## **9. ANÁLISIS DE CASOS:**

Siendo el año 2000, un año bastante agitado y convulsionado para la realidad del país, pues estaba el país absorto en las negociaciones fallidas del proceso de Paz de aquel entonces, venía una generación de oficiales de la milicia bastante “troperos y aguerridos”, de grafo capitán, hombres dispuestos a comandar a los hombres que pronto irían a la zona de distensión a combatir, pues ya estaba en rojo el saldo de la recuperación de la zona. Es así que surge el caso del Capitán Álvaro Torres Sánchez.

En una confusa operación de combate contraguerrillas ve como bajo un feroz cerco enemigo van cayendo uno a uno sus hombres, lo cual generó una investigación sumaria en su contra que finalmente lo exoneró de culpa, no fue así para el alto mando militar, que ordenó su destitución inmediata.

Luego de enfrentar toda suerte de adversidades, su proceso judicial salió avante catorce años después en la Sección segunda del Consejo de Estado. Fue reintegrado ya canoso en un grado en el que se ven jóvenes oficiales de treinta años y no como él, un señor de ya casi 50.

Finalmente tras un test de proporcionalidad, el mismo Consejo de Estado en una sentencia hito rompe la regla de que el Juez no podía inmiscuirse en las competencias del Ejecutivo y al ver tal nivel del daño, ordena un ascenso que fue el primero en su género en las Fuerzas Militares, pues antes simplemente ordenaba el estudio del caso por segunda vez.

## **10. CONCLUSIONES**

- La forma en la que está actuando el Ministerio de Defensa afecta grandemente los derechos fundamentales de los uniformados, pues primero deben sufrir el sinsabor de un retiro carente de motivación<sup>8</sup> a todas luces inconstitucional, y luego de surtir un largo proceso contencioso administrativo se les niegan nuevamente sus derechos, tales como el ascenso.

---

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia Su 053 de 2015.

- Vemos que a través del activismo judicial los jueces constitucionales se han visto en la necesidad de inmiscuirse en las competencias propias de la rama ejecutiva y han llegado a modular los fallos emanados de los jueces contencioso administrativos, pues el Ministerio de Defensa se ha negado a darle el verdadero alcance a estos, el cual es el fin de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en otras palabras, es retirar del ordenamiento jurídico un acto administrativo ilegal y volver las cosas a su estado anterior, pero teniendo en cuenta el inevitable pasar del tiempo, lo cual ha denominado la jurisprudencia “no solución de continuidad para todos sus efectos”.
- En fin, cuando la administración del ramo de la defensa entienda esto, se habrá acercado a un punto más justo para sus ciudadanos-soldados, que no por pertenecer voluntariamente a las Fuerzas Armadas del Estado han renunciado a sus derechos fundamentales.

Así como lo dijo Luis Mauricio Ramírez Leal en su trabajo investigativo, con este texto investigativo busco crear reflexión y dar a entender que el ciudadano que un día decidió por su albedrío ingresar a las Fuerzas Militares de Colombia lo hizo buscando defender nuestros intereses, y que por ese hecho no renunció a sus derechos fundamentales, finalmente ellos buscan lo que busca cualquier otra persona, crecer y ser aceptado en su entorno social, búsqueda inherente al ser humano.(Ramírez Leal. 2012)

## 11. LISTADO DE REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARIZA, R. (2015). Responsabilidad administrativa y disciplinaria del juez disciplinario en fallos nulitados por la vía contencioso administrativa.
- CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, P 190. Fuente secundaria, Extraido del artículo Ramírez Leal, L. M. *facultad discrecional de retiro en la policía nacional claros y oscuros en su funcionamiento una perspectiva desde lo contencioso admnistrativo y lo constitucional colombiano*.
- ESCOBAR, D. (2014). La vulneración de derechos constitucionales del personal de las Fuerzas Militares y Policía Nacional por la “facultad discrecional”.
- FONTANA, A. (2005). Consideraciones sobre el rol de las fuerzas armadas y la profesión militar. Texto tomado como referencia sin citas en el artículo.
- GOYES MORENO I. (2012). ¿Los principios deL derecho Laboral y La seguridad social dinamizan La jurisprudencia constitucional en Colombia.p10.
- MARTORELL, A. G. (1952). La Administración militar. *Revista de Administración Pública*, (7), 105-128.
- MUVDI MEZA, I. A. (2014). *La facultad de retiro discrecional en las fuerzas militares y policiales y su visión desde la corte constitucional* (Doctoral dissertation, Universidad de la Costa CUC).p67.
- RAMÍREZ LEAL, L. M. *facultad discrecional de retiro en la policía nacional claros y oscuros en su funcionamiento una perspectiva desde lo contencioso admnistrativo y lo constitucional colombiano.2012* (Doctoral dissertation, Universidad Nacional de Colombia).P102.
- RINCÓN SALCEDO, J. (2009). “Facultad discrecional”, Planeación y eficiencia en la Gestión del Recurso Humano Militar. *Revista Prolegómenos*.p7.

- UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA. El respeto, y. e. e. d. Prolegómenos: Derechos y valores Universidad Militar Nueva Granada.<sup>9</sup>

### **11.1. JURISPRUDENCIA Y NORMATIVIDAD**

- CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 17 de marzo de 1995, Radicado número 675.
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia T 212 de 2015, Mp Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 022 de 1996.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 261 de 2014.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia Su 053 de 2015.
- MINISTERIO DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2000). Decreto - Ley 1790.

---

<sup>9</sup> Tomada como referencia en la elaboración de un artículo académico.