

**IMPLEMENTACIÓN DE LA AGREGACIÓN MILITAR EN EL NUEVO RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS
FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA**



MIGUEL CERVANTES SAAVEDRA GARZÓN

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Magíster en Instituciones Jurídicas de la Fuerza Pública

Director

DR. IVAN MAURICIO LOPEZ FORERO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN INSTITUCIONES JURÍDICAS DE LA FUERZA PÚBLICA

BOGOTÁ D.C., diciembre de 2020

IMPLEMENTACIÓN DE LA AGREGACIÓN MILITAR EN EL NUEVO RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA

Resumen

El presente artículo de investigación, analiza el marco jurídico, y la pertinencia de la agregación del personal militar establecida en el artículo 109 de la ley 1862 de 2017 “Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”, frente al principio de especialidad normativa, realizando una comparación con el régimen especial de carrera de oficiales y suboficiales, identificando los vacíos normativos, la falta de reglamentación y efectos jurídicos que se genera en contra de los miembros activos de las Fuerzas Militares y la legitimidad institucional; estableciendo su eficacia, a fin de evitar situaciones jurídicas adversas en contra de la institución, del personal militar y la afectación al núcleo familiar, que goza de especial protección en un Estado social de derecho.

Palabras clave: Agregación militar, régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, lus variandi, principio de improrrogabilidad, mobbing, responsabilidad administrativa, principio de especialidad normativa.

Abstract

This research article analyzes the legal framework, and the relevance of the aggregation of military personnel established in article 109 of Law 1862 of 2017 "By which the rules of conduct of the Colombian Military are established and the Disciplinary Code is issued Military ", against the principle of normative specialty, making a comparison with the special career regime of officers and non-commissioned officers, identifying the regulatory gaps, the lack of regulation and legal effects that are generated against the active members of the Military Forces institutional legitimacy; establishing its effectiveness, in order to avoid adverse legal situations against the institution, the military personnel and the affectation of the family nucleus, which enjoys special protection in a social state of law.

Keywords: Military aggregation, disciplinary regime of the Military Forces, lus variandi, principle of non-extendibility, mobbing, administrative responsibility, normative specialty principle.

Tabla de Contenido

Resumen	2
Palabras clave:	2
Abstract.....	2
Keywords:.....	2
Índice de tablas	4
Introducción.....	5
Contexto del problema	5
Descripción del problema	6
Pregunta de investigación.....	6
Justificación de la investigación	6
Objetivos de la investigación	8
Objetivo general.....	8
Objetivos específicos	8
Metodología de investigación.....	8
1. La agregación militar en el nuevo régimen disciplinario de las fuerzas militares.....	9
2. Marco normativo de la carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.....	16
2.1. Destinaciones del personal militar.....	17
2.2. Traslados	17
2.3. Comisiones.....	18
2.4. Licencia.....	18
2.5. Encargo	18
3. Principio de especialidad normativa	19
3.1. Concepto	19
3.2. Jurisprudencia.....	21
4. Marco constitucional	22
4.1. Bloque de constitucionalidad.....	22
4.2. La agregación frente al “Ius Variandi”	24
5. Marco administrativo.....	28
5.1 Los actos administrativos.....	28
5.2 Formalidad de los actos administrativos	28
5.3 Efectos jurídicos de los actos administrativos	30

5.4 Delegación de competencia.....	30
5.5 Responsabilidad de las actuaciones administrativas	33
Conclusiones	35
Trabajos citados	39

Índice de tablas

Tabla 1	11
Tabla 2	12
Tabla 3	14
Tabla 4	19
Tabla 5	23

Introducción

Contexto del problema

Permanentemente las Fuerzas Militares buscan mejorar en cada una de sus áreas de responsabilidad, y no solamente en el ámbito de resultados operacionales, sino que también en el comportamiento y el desempeño de sus hombres, con las responsabilidades que éstos asumen durante su carrera militar; razón por la que, con gran esfuerzo jurídico se reformó el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares.

Reforma jurídica, encaminada a establecer normas de conducta y actuación militar, fijando un marco ético con alcance en todos los roles que desempeña la persona que se encuentra investida como militar, circunstancia que permitiría aplicar la disciplina de acuerdo con el marco ético construido, disciplinando los aspectos que son objeto de reproche (Proyecto de Ley 117, 2015) (Congreso de la República de Colombia, 2015).

El nuevo régimen disciplinario contemplado en la ley 1862 de 2017, incorpora un sistema mixto (oral y escrito) que coadyuva a una mayor celeridad procesal, en el que se estableció la necesidad de concentrar la atribución disciplinaria en el superior en línea jerárquica dentro de la línea de dependencia funcional y orgánica del infractor; de redefinir el catálogo de faltas leves, graves y gravísimas, y prescindir de etapas procedimentales dilatorias, que le restan su efectividad, y así lograr que los comandantes dentro del ámbito de su competencia, tengan la capacidad de disciplinar a sus subordinados de una forma ágil y oportuna.

En esta nueva reforma, se trabaja sobre la base de no seguir modificando el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares a través de reglamentos, sino que, su denominación general debe ser por un Código, habida consideración que así fue definido en sentencia C-328 del 29 de abril 2003 de la Corte Constitucional, al declarar inexecutable la expresión y reglamentos que se encontraba consagrada en el numeral 35, del artículo 35, de la Ley 734 de 2002, en el sentido de indicar que por reglamentos no se pueden establecer deberes, prohibiciones o faltas.

La nueva ley, responde a la necesidad de un marco legal amplio y suficiente, que incorpore de manera clara las conductas éticas exigibles al militar, en todos los roles que desempeña durante sus funciones públicas, así como de establecer procedimientos ágiles, efectivos y eficaces para encauzar la disciplina y restablecer la misma a través de sanciones adecuadas cuando estas sean pertinentes.

Sin embargo, a este nuevo régimen disciplinario le fue incorporado en su articulado, la regulación de un asunto no esperado, en razón a su naturaleza, a su espíritu y al fin que perseguía, asuntos que son ajenos a su materia, y que son del ámbito de la administración de personal y la carrera de los oficiales y suboficiales, reglamentado en los Decretos No 1790 de 2000 y No 1104 de 2006.

Esto debido a que en la ley 1862 de 2017, en su artículo 109, entra a regular la figura administrativa de la “agregación militar”, endilgando estas facultades legales a Comandantes, Jefe, Gerente, Director o sus equivalentes, que se desempeñen en cada una de las Fuerzas, Organización Militar Conjunta, Unidad Militar, Departamento o Dependencia (Ley 1862, 2017, art. 109).

Por ende, la presente investigación pretende establecer el vacío interpretativo de la agregación militar, frente al principio de especialidad normativa, a fin de evitar efectos legales que afecten a la institución y al personal militar que sea objeto de agregación.

Descripción del problema

Las Fuerzas Militares de Colombia, en busca de la mejora continua, ha intentado dar mayor celeridad y eficacia del régimen disciplinario de sus uniformados, por ello se llevó hasta el Congreso de la República una reforma procedimental y de fondo en materia disciplinaria; sin embargo, en la actual reforma, y en su afán de definir competencias, entra a regular asuntos de personal, como lo es la figura administrativa de la agregación militar, contemplado en el régimen de carrera de los oficiales y suboficiales, lo que ha generado el desconocimiento del principio de especialidad normativa, con unas consecuencias legales negativas por los efectos jurídicos que se producen, en detrimento del presupuesto patrimonial del sector defensa y de los derechos del personal militar (Tardío Pato, 2016).

La confusión de la figura de la agregación militar, con situaciones administrativas de personal tales como la destinación, traslado y comisión, traen consigo repercusiones jurídicas, dada la connotación administrativa que esta representa, y la generación de obligaciones por parte de las fuerzas para subrogar gastos que quedaron al arbitrio y sin limitación alguna en cada uno de los escalones del mando, iniciando desde el Comandante de Unidad Militar Táctica; tal y como se expone en la Ley 1104, 2006 ordenadora del régimen de carrera de las Fuerzas Armadas (Congreso de la República de Colombia, 2006).

Es preciso entonces, realizar un análisis investigativo de las repercusiones legales que genera la inclusión del otorgamiento de facultades de agregación militar sin ningún tipo de reglamentación y conceptos definidos, que, bajo el concepto del principio de especialidad normativa, son de conocimiento de la legislación de la administración personal, pero que son incorporados por este nuevo régimen disciplinario sin mediación alguna.

Pregunta de investigación

¿Cuál, es la eficacia del artículo 109 de la Ley 1862 de 2017, frente a la implementación de la agregación militar de los miembros de las Fuerzas Militares?

Justificación de la investigación

La investigación planteada busca identificar el vacío interpretativo de la agregación militar del artículo 109 de la Ley 1862 de 2017 frente al principio de especialidad normativa, exponiendo su eficacia desde los elementos básicos de origen del acto administrativo, para que se logre una correcta implementación en la administración del personal, de acuerdo a las necesidades del servicio, y con la expedición de actos administrativos acordes a la normatividad vigente de carácter nacional e internacional, respetando los derechos fundamentales de los miembros activos de las Fuerzas Militares, evitando que la voluntad de la administración sea contraria a derecho, y generen una responsabilidad legal del Estado.

En la presente investigación se realizará una comparación con el régimen especial de carrera de oficiales y suboficiales, para establecer la eficacia de su implementación, a fin de evitar la vulneración a los derechos fundamentales de los miembros activos de las Fuerzas Militares y una responsabilidad legal del Estado. Así mismo, y como utilidad metodológica, la investigación sirve de instrumento orientador para la definición del concepto de agregación militar, identificar los efectos jurídicos que produce su aplicabilidad e instituir sobre la pertinencia de realizar agregaciones de personal militar.

Objetivos de la investigación

Objetivo general

- Determinar la eficacia del artículo 109 de la Ley 1862 de 2017, “Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”, frente a la implementación de la agregación militar de los miembros de las Fuerzas Militares.

Objetivos específicos

- Establecer la eficacia de la implementación de la figura de agregación militar frente al principio de especialidad normativa, contemplando el marco normativo de los actos administrativos.
- Comparar la agregación militar señalada en el régimen especial de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares frente a la agregación militar descrita en el régimen disciplinario de las fuerzas militares de Colombia.
- Analizar la delegación de competencia establecida en el acto administrativo de agregación militar contemplado en el artículo 109 de la Ley 1862 de 2017, bajo el marco normativo del principio de improrrogabilidad.

Metodología de investigación

El método de investigación aplicado es cuantitativo, con un carácter analítico del marco legal especial aplicable a las situaciones administrativas de los miembros de las Fuerzas Militares, que implica la descomposición del acto administrativo de agregación militar, para explicar la eficacia de su implementación, a partir del descubrimiento de causas objetivas establecidas por la ley.

Con este método se busca corroborar y pronosticar el ámbito de aplicación del fenómeno de la agregación militar, indagando los métodos y relaciones causales entre sus elementos determinantes. (Sampieri, Fernández y Baptista, 2014).

Desde el método analítico de investigación se microfocalizará los elementos, la naturaleza y los efectos que producen la figura administrativa de agregación militar. Identificando la naturaleza y el objeto que se da origen en el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, y así poder comprender su fin, conocer su esencia, obteniendo con esto: explicar su ámbito de aplicación, realizar analogías, conocer su procedimiento y verificar sus alcances y efectos; teniendo como referente de comparabilidad el régimen especial de carrera de oficiales y suboficiales, analizando su contexto de aplicación de acuerdo a las necesidades del servicio.

1. La agregación militar en el nuevo régimen disciplinario de las fuerzas militares

La agregación militar en Colombia tiene su origen en las misiones diplomáticas, y por ello, es importante saber, que la historia diplomática de los países congrega toda la política extranjera, los tratados firmados con otras naciones y la relación con toda la comunidad internacional. Bourgeois estudia en su manual de política extranjera hasta los tiempos de la primera guerra mundial; por su parte Pierre Renouvin, realiza sus estudios desde la edad media hasta el año de 1958, y para éstos, al igual que para Jean-Batiste Duroselle, todas las relaciones internacionales conllevan unos factores psicológicos, económicos y demográficos, a lo largo de la historia (Ardila, 2014).

Como bien expone Ardila (2014), toda nación tiene una historia de sus relaciones internacionales, y Colombia no ha sido la excepción, y para ello la obra de Raimundo Rivas de 1810 a 1934, abarca cada episodio o documento alusivo a nuestras fronteras litigiosas, a nuestros derechos transgredidos, a las misiones realizadas desde Cortés y Madariaga, hasta llegar a la presidencia de Enrique Olaya Herrera.

Un aspecto clave abordado por Ardilla (2014) es el factor cualitativo que distingue a la gran mayoría de presidentes de Colombia, los cuales han desempeñado cargos en la cancillería, embajadas o son de profesión internacionalistas, permitiéndoles tener una mayor claridad sobre el bloque latinoamericano, los países vecinos, y de nuestra propia nación. Actualmente, la prioridad de la política internacional de los países se basa en los temas económicos, al disiparse el ambiente generado por las guerras mundiales y la influencia demarcada del comunismo; ahora hay una política internacional organizada en bloques, y entre estos el latinoamericano ha sido de gran participación y liderazgo por Colombia en varias oportunidades (Ardila, 2014).

Puntualmente para Colombia, su interés primordial en la política internacional se focaliza ante actores externos como Estados Unidos y Venezuela; aunque este último ha dejado de ser en los últimos tiempos un aliado económico de confianza; también es de interés nacional el comercio con Alemania, y la apertura a nuevos mercados asiáticos de China, Japón y la India, y paralelamente fortificar el proceso integracionista con los países latinoamericanos (Ardila, 2014).

Por su parte, como señalan Torrijos y Abella (2017) la política de defensa y seguridad de nuestro país, han fijado grandes metas en materia de diplomacia de seguridad y defensa, buscando alianzas y acercamientos estratégicos para participar activamente en las llamadas misiones internacionales, y que tiene como objetivo primario la prestación de ayudas humanitarias o restablecer las instituciones básicas de los estados, cuando sufren de desastres naturales o conflictos de carácter social, político o económico.

En este sentido, en los últimos años, Colombia ha tenido una participación activa en las misiones internacionales asociadas con la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), lo cual trae consigo

unas posibles ventajas y desventajas de índole político y militar, originadas de una posible participación directa del Estado colombiano en las Misiones Internacionales de ese organismo (Torrijos y Abella, 2017).

Al respecto, tal y como exponen Torrijos y Abella (2017), es necesario saber que la OTAN remonta sus comienzos con la firma del tratado de Washington de 1949, mediante el cual doce (12) países ubicados en el sector norte del océano atlántico, en sus ambos lados, integrados por Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal y Reino Unido, resolvieron firmar un pacto de defensa recíproco y coordinado, en el evento de que se llegara a presentar cualquier tipo de agresión bélica en contra de cualquiera de sus miembros.

El citado tratado, es aquel que une y fortalece la defensa de América del Norte, con varios países de la Europa Occidental, tiene su base de origen en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y en su Artículo 51 advierte que ninguna disposición de esa Carta quebrantará el derecho inherente de legítima defensa, individual o colectivo, en el evento de que alguno de los miembros de las Naciones Unidas sufra un ataque bélico, hasta que se adelanten las medidas necesarias por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para mantener la paz y la seguridad internacional (Torrijos y Abella, 2017).

Además, dice que las acciones tomadas por los Miembros en ejercicio de su derecho a la legítima defensa, no afecta la autoridad y responsabilidad, de la cual ostenta el Consejo de Seguridad, de acuerdo a lo establecido en la Carta de Naciones Unidas, para desplegar en cualquier momento la acción que considere necesaria, con el fin de conservar o recobrar la paz y la seguridad internacional (Torrijos y Abella, 2017).

Como observamos, a lo largo de la historia política de defensa y seguridad de nuestro país, se ha considerado la necesidad de participar diplomáticamente en seguridad y defensa internacional, es por ello, que como parte de nuestras misiones diplomáticas encontramos a un integrante militar, que tiene como objetivo asesorar a la misión diplomática en el campo militar.

Es conveniente que para poder pasar a definir lo que es la figura de la agregación militar, como comisión diplomática en el exterior, es necesario precisar lo que significa la palabra Agregado, que es un “vocabulario en su etimología proviene como participio activo de *agregar* del sufijo *ado* que indica resultado o semejanza de y del latín *agrēgātus* (Definiciona.com, 2020). Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa añadir-destinar, y que, dentro de sus múltiples definiciones, está la de que es un “funcionario, adscrito a una misión diplomática, encargado de asuntos específicos” (Real Academia Española, 2019).

En este orden de ideas, tradicionalmente la figura del agregado militar ha venido siendo regulada de manera periódica, siendo incluida en los decretos por los cuales se establece la carrera de los oficiales y suboficiales, y es así que, iniciando el análisis del origen normativo de este concepto, nos remitimos al Decreto 2337 de 1971 “Por el cual se reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”, desde el cual ya se tenía fijados unos parámetros y requisitos para ser designados en comisión al exterior.

En el decreto se fijaba lo siguiente:

Tabla 1

Régimen de carrera, Decreto 2337 de 1971, art. 91

Normatividad General		
País	Descripción del Sistema Jurídico General	Régimen de carrera de oficiales y suboficiales
Colombia	Decreto 2337 de 1971 Por el cual se reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares	“Artículo 91. Agregados y Adjuntos Militares. Los Oficiales de las Fuerzas Militares para ser designados como Agregados Militares, Navales o Aéreos necesitan ser titulados como Oficiales de Estado Mayor. Parágrafo. Los Oficiales Adjuntos Militares, Navales o aéreos serán Auxiliares de los Agregados Militares, Navales y Aéreos y para su designación, necesitan haber hecho y aprobado el Curso de Capacitación para ascenso al grado de Mayor o Capitán de Corbeta)”. ”

Nota: Información extraída del Decreto 2337, 1971, art.91.

Aunque en el decreto No 2337/71, no definía específicamente la figura de la agregación militar, este concepto ya se encontraba establecido como una de las categorías (Decreto 2337, 1971, art.91) de la carrera diplomática en el Decreto No 1148 de 1923 “Por el cual se reglamentan las carreras diplomática y consular”, y en este mismo se señalaba un requisito mínimo en el grado, que era el siguiente:

Artículo 2º. Las categorías de que trata el artículo anterior podrán ser remuneradas o ad honorem, según lo determine el poder ejecutivo.

El agregado o adjunto puede ser civil o militar. Estos últimos serán del grado de capitán a teniente coronel, que hayan cursado en las academias militares (Presidencia de la República, 1971).

Por su parte, sobre la agregaduría militar se añade lo siguiente:

Paulatinamente, los agregados militares han sido acogidos internacionalmente, y es así, que, en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de fecha 18 de abril de 1961, fueron contemplados en el artículo 7, que dice: Artículo 7. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5, 8, 9 y 11, el Estado acreditante nombrará libremente al personal de la misión. En el caso de los

agregados militares, navales o aéreos, el Estado receptor podrá exigir que se le sometan de antemano sus nombres, para su aprobación (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 1961).

Más adelante, el Estado colombiano, acatando el concepto de que los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas (1945), relativos a la igualdad soberana de los Estados, al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional y al fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, es de imperioso cumplimiento, (Naciones Unidas, 1945) decide emitir la Ley 6 de 1972 Por la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas hecha en Viena el 18 de abril de 1961", la cual en su artículo VII transcribe los parámetros fijados para los agregados militares contemplados en la convención (Ley 6, 1972, art. VII).

Continuando con el análisis jurídico temporal, el gobierno nacional expide el Decreto 612 de 1977 "Por el cual se reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares", pero en su artículo 102 no incluye un gran cambio en la figura de los agregados y adjuntos militares, pues es la transcripción textual del artículo 91 del decreto 2337/71.

Sin embargo, no pasa lo mismo con el Decreto 89 de 1984 con el cual se modifica el anterior régimen de carrera de oficiales y suboficiales, pues en este nuevo decreto, el gobierno nacional contempla la figura de la secretaria de las agregadurías, con la cual le otorga una participación al cuerpo de suboficiales en las funciones diplomáticas, así:

Artículo 119. Secretaria de las Agregadurías. Los Suboficiales de las Fuerzas Militares que ostenten el grado de Sargento Mayor o sus equivalentes en la Armada y la Fuerza Aérea, podrán ser designados como Secretarios de las Agregadurías Militares (Presidencia de la República, 1984).

Todos estos parámetros se mantienen en las subsiguientes reformas al estatuto de carrera de los oficiales y suboficiales, contemplados en los Decretos 95 de 1989, Decreto 1211 de 1990; pero con la expedición del Decreto 1790 de 2000 , (Decreto 1790, 2000, arts. 92, 93 y 94) se incluye de manera específica en la clasificación de las comisiones, como lo es la "Comisión Diplomática", y esta se indica de manera inequívoca que "serán otorgadas para ocupar cargos diplomáticos en el exterior, principalmente como agregados o adjuntos militares, navales o aéreos y los secretarios de las agregadurías" (Decreto 1790, 2000, art. 83) dejando claro entonces, que efectivamente la intención y funciones de las agregadurías es la de cumplir funciones diplomáticas en el exterior.

Tabla 2

Régimen de carrera, Decreto 1790 de 2000, art. 83

Normatividad General		
País	Descripción del Sistema Jurídico General	Régimen de carrera de oficiales y suboficiales

Colombia	Decreto 1790 de 2000 Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.	"Artículo 83. CLASIFICACION DE LAS COMISIONES. <Decreto compilado por el Decreto 1428 de 2007> Las comisiones de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares pueden ser: 4. Comisiones diplomáticas. Son las otorgadas para ocupar cargos diplomáticos en el exterior, principalmente como agregados o adjuntos militares, navales o aéreos y los secretarios de las agregadurías. Las condiciones generales para las comisiones diplomáticas de agregados, adjuntos y secretarios son las determinadas en los artículos 92, 93, y 94, de este Decreto".
----------	--	--

Nota: Información extraída del Decreto 1790, 2000, art. 83.

Estas situaciones de administración de personal, y de régimen de la carrera de oficiales y suboficiales, queda mejor explicada en la Sentencia C-1293/01 de fecha cinco (5) de diciembre de dos mil uno (2001) Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, con la cual se demanda de Inconstitucionalidad los Artículos 7º, 33, 63, 64, 66 (Parcial), 67 y 92 (Parcial) del Decreto 1790 De 2000, en la cual la corte considera:

Los agregados militares, navales y aéreos, son miembros del personal de la misión diplomática de Colombia en un Estado extranjero, que representan a las Fuerzas Militares. En tal virtud, su desempeño en el cargo se orienta al asesoramiento y apoyo del jefe de la misión. (p. 35)

En este sentido, se entiende que el concepto de agregación militar, tiene un origen diplomático, dentro de la cual los miembros de la fuerza pública coadyuvan en una misión diplomática, para cumplir con las políticas exteriores de la nación.

Con todo esto queda claro, que el agregado militar, el adjunto y el secretario de la agregaduría, forman parte de la misión diplomática de Colombia en el exterior que representa a las Fuerzas Militares, los cuales durante su desempeño deben cumplir unas funciones específicas de acuerdo a su experiencia y formación en el ámbito militar.

Finalmente, surge el Decreto 1428 de 2007 en donde se compilan las normas del Decreto-ley 1790 de 2000, "por el cual se modifica el decreto que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", y que es la norma actual vigente, sin más modificaciones que las que ya se habían contemplado en el Decreto 1790/00.

Sin embargo, y a pesar de la especialidad de este marco normativo para regular la carrera de los oficiales y suboficiales, se emitió la Ley 1862 de 2017 "Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar", y esta norma en su afán por definir las competencias disciplinarias, entra a regular situaciones diferentes al Código Disciplinario, y regula las agregaciones militares en su artículo 109, así:

Tabla 3

Régimen disciplinario, Ley 1862 de 2017, art. 109

Normatividad General		
País	Descripción del Sistema Jurídico General	Régimen de disciplinario de las Fuerzas Militares
Colombia	Ley 1862 de 2017 Por la cual se establecen las normas de conducta del militar colombiano y se expide el código disciplinario militar.	<p><i>“Artículo 109. De las agregaciones. Para los casos de agregaciones la competencia se determinará, así:</i></p> <p><i>1. Agregaciones de personal militar</i></p> <p><i>El personal militar que se agregue a otra Fuerza, Organización Militar Conjunta, Unidad Militar, Departamento o Dependencia cuando medie acto administrativo que así lo determine, proferido por el Comandante, Jefe, Gerente, Director o sus equivalentes de la cual sea orgánico dicho personal, quedará sujeto a la competencia disciplinaria del inmediato superior a cuyas órdenes se encuentre al momento de la comisión de la conducta, respetando en todos los casos las atribuciones y competencias disciplinarias previstas en la Unidad Militar o dependencia a la cual se agrega.</i></p> <p><i>De no existir acto administrativo será competente la unidad de origen de donde es orgánico el personal militar.</i></p> <p><i>2. Agregaciones de Unidades Militares.</i></p> <p><i>Las unidades militares a partir del nivel de unidad táctica o sus equivalentes en las demás Fuerzas, que se agreguen mediante acto administrativo proferido por la autoridad competente a otra Fuerza, Organización militar Conjunta, Unidad Operativa Mayor, Unidad Operativa Menor o táctica, las competencias y atribuciones disciplinarias, mantendrán originariamente al interior de la Unidad Militar agregada, de conformidad con las atribuciones disciplinarias contempladas en la presente ley.</i></p> <p><i>Si el presunto investigado fuere el Comandante de la Unidad Militar agregada, conocerá en primera instancia el superior jerárquico bajo cuyas órdenes directas se encuentre en línea de dependencia y mando. La segunda instancia corresponderá al operador inmediato con</i></p>

		<i>atribuciones disciplinarias en línea de dependencia jerárquica y mando de quien profirió el fallo de primera instancia”.</i>
--	--	---

Nota: Información extraída de la Ley 1862, 2017, art. 109.

Vemos entonces, que con el artículo 102 de la Ley 1862 de 2017, se desconoció y desnaturalizó las funciones diplomáticas exclusivas del agregado militar, se confundió totalmente su significado y orientación, únicamente con el fin de entrar a normalizar situaciones irregulares y de malas prácticas que se venían ejecutando en las Unidades Militares, pues aunque la figura de la agregación militar es exclusiva de la función diplomática, en la práctica esta se venía realizando para destinar oficiales y suboficiales a otras unidades militares a la cual habían sido trasladados, en ocasiones para cumplir y apoyar el desarrollo de operaciones militares, y en otras oportunidades como medio correctivo y de sanción para aquellos con los que no se quería trabajar.

Es así entonces, que el nuevo régimen disciplinario; entra a regular asuntos que son ajenos a su materia, y que son del ámbito de la administración de personal y la carrera de los oficiales y suboficiales, reglamentados por el marco jurídico que se esbozó en este capítulo, al establecer la agregación militar y endilgando estas facultades legales a Comandantes, Jefe, Gerente, Director o sus equivalentes, que se desempeñen en cada una de las Fuerzas, Organización Militar Conjunta, Unidad Militar, Departamento o Dependencia, desconociendo así los efectos legales que esto lleva consigo; tales como lo son las facultades de delegación, la legalidad de los actos administrativos, los emolumentos generados por el deber de reconocimiento de la prima de instalación, el *ius variandi* sin control definido y otros efectos legales que serán objeto de análisis y estudio en los subsiguientes capítulos.

2. Marco normativo de la carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares

El marco normativo que regula las distintas situaciones administrativas en el régimen de carrera de oficiales y suboficiales activos de las fuerzas militares se encuentra reglamentado en el decreto 1790 de 2000, el cual fue modificado en algunos de sus articulados por la ley 1104 de 2006.

Dentro de las situaciones administrativas de personal contempladas en el régimen de carrera militar, encontramos la Destinación, Traslados, Comisiones, Licencias y Encargo. Cada una de estas situaciones administrativas se encuentra descrita y definida plenamente en la ley de carrera de los oficiales y suboficiales.

Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos son entendidas, como todas aquellas en las que los funcionarios, sin perder su condición de tal, mantienen una relación del servicio con la administración, dejando temporalmente de prestar un servicio activo en los cargos que les correspondan y según sus funciones (Vallina, 1962).

Sin embargo, tanto como expusieron Praca (1961, como se citó en Vallina, 1962) o Sanduili (1957, como se citó en Vallina, 1962) es necesario precisar brevemente sobre la naturaleza jurídica de la situación administrativa de los funcionarios; de manera general, se puede caracterizar esta naturaleza como la suspensión de la relación orgánica del funcionario público con la administración, o puede ser entendida, como una modificación del contenido de la relación jurídica que vincula al funcionario con la administración.

Con frecuencia, se puede afirmar que las situaciones administrativas reconocidas a los funcionarios públicos, son una manifestación del querer e interés de éstos, de poder encontrarse en situaciones diferentes de la actividad laboral, pero sin perder en ningún momento por ello la condición de funcionario. Sin embargo, se debe tener presente que las situaciones administrativas no surgen únicamente al interés de los funcionarios públicos, sino que también tienen su origen en el propio interés de la Administración, al interés público que en última medida esta representa (Pericacho, 2019, p. 14).

Por último, es preciso indicar, que todas estas modificaciones de la relación laboral del funcionario con la administración, o en otros términos, las diversas situaciones administrativas, son caracterizadas por ser *numerus clausus*, es decir, que no pueden darse situaciones diversas de aquellas que el status jurídico del funcionario prevé; o, en otras palabras, que todo funcionario, como describe Lupi (1956, como se citó en Vallina, 1962) debe encontrarse en una de las situaciones que las normas reguladoras de su status prevean, no pudiendo apartarse la administración de las situaciones administrativas que se encuentran reguladas en su marco legal. Para el caso de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares,

se encuentra plenamente formalizadas en el régimen de carrera; y no contemplando dentro de estas, la figura de la agregación militar, contemplada e implementada en el régimen disciplinario de las fuerzas militares

2.1. Destinaciones del personal militar

Es una de las situaciones administrativas establecidas en el régimen de carrera del personal de oficiales y suboficiales, definiéndolo como el acto administrativo emitido por la autoridad competente de acuerdo a las facultades otorgadas en el artículo 21 de la Ley 1104 de 2006, para asignar a una unidad o dependencia militar a un Oficial o Suboficial cuando ingresa al escalafón dentro de la fuerza, o por cambio de su nivel jerárquico por ascenso.

2.2. Traslados

Los traslados son una de las situaciones administrativas más comunes durante la carrera militar, y se encuentra definida como un acto administrativo, mediante el cual se le asigna a un Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar para que preste sus servicios en ella.

La autoridad facultada para emitir este tipo de actos administrativos se encuentra tácitamente descrita en el régimen de carrera, y solo éstos, ostentan las facultades legales, para generar estas modificaciones laborales en los miembros activos de las Fuerzas Militares.

Así mismo, esta situación administrativa lleva consigo unos efectos jurídicos, como lo es el reconocimiento del pago de la prima de instalación, la cual únicamente la puede expedir el señor comandante del Comando de Personal, mediante acto administrativo con el lleno de los requisitos legales.

Respecto al tema de traslados de funcionarios públicos, es importante conocer desde la mirada de Ramón Martín Mateo (1966) cómo la doctrina jurídica ha contemplado unas garantías de la estabilidad laboral con relación a los intereses específicos de la Administración; para ello se clasificó la potestad de la administración en la inamovilidad absoluta, con la cual se garantiza a un funcionario la permanencia en el cargo que ocupa y la imposibilidad de desplazarlo a un lugar ubicado en una localidad distinta a aquella en que viene desempeñando sus funciones; con la excepción de que el funcionario puede solicitar voluntariamente el retiro o el cambio, o cuando incurre en conductas que son sancionadas por vía disciplinaria, con separación, remoción o traslado.

La garantía de inamovilidad absoluta, son especialmente conferidas a algunos funcionarios, que reúnen una cualidad específica, como por ejemplo los Jueces y Profesores, debido a que la independencia de la Magistratura y de la Universidad son elementos aceptados en los sistemas de gobierno de gran parte de los países de la Europa occidental, por lo que su inamovilidad ha sido considerada un elemento indispensable (Mateo, 1966).

La otra clasificación, es la inamovilidad relativa, en la cual se conjugan la estabilidad laboral de los funcionarios para el cumplimiento de sus funciones y la disponibilidad organizacional de la administración, en donde puede adoptar las medidas necesarias para optimizar la prestación de los servicios (Mateo, 1966).

2.3. Comisiones

La comisión es otra de las situaciones administrativas, definida en el régimen de carrera, y al igual que las anteriores, debe ser expedida por la autoridad con facultades legales para modificar las condiciones laborales de los oficiales y suboficiales. La Comisión ha sido definida como el acto administrativo por el cual se asigna transitoriamente a un Oficial, Suboficial o alumno de alguna de las escuelas de formación, a una unidad militar, o a una entidad del orden Oficial o privada, para que cumpla una misión especial del servicio.

A diferencia del traslado, la comisión de servicios tiene un carácter temporal definido y con unos límites establecidos, de acuerdo a la clasificación definida en el artículo 83 del Decreto de carrera.

2.4. Licencia

La licencia es un acto administrativo mediante el cual una autoridad con facultades legales, suspende transitoriamente las funciones a un oficial o suboficial, previo a una solicitud o requerimiento de una parte. En la licencia debe mediar la solicitud previa realizada por el funcionario que requiere la expedición del acto administrativo del superior.

2.5. Encargo

El encargo por su parte, no se encontraba establecido en el decreto 1790 de 2000, sino que su figura fue incorporada en la ley 1104 de 2006; definiéndolo como el acto administrativo emitido por una autoridad con facultades legales para designar a un oficial o suboficial, por un término no mayor a 120 días, para asumir funciones de mando o de carácter administrativo correspondiente a un cargo, por la ausencia transitoria o de permanente de su titular.

3. Principio de especialidad normativa

3.1. Concepto

La esencia del derecho especial consiste: Rivero (1970).

No solamente en estar referido a determinadas categorías de personas, cosas o actos, sino en que aparta a esas clases determinadas de la esfera de imperio de una norma general que, en sí misma considerada, es también valedera para ellas, para someterlas a una disposición especial, formando así un derecho especial, un *ius propium* de esas clases, que diverge del *ius commune* aplicable a los demás.» La razón de que prevalezca el *ius propium*, la normativa especial, reside en la mayor aptitud de éste para regular el supuesto de hecho en relación con una determinada categoría de personas o de relaciones. La norma especial es así *lex aptior regerendae*, significa una mayor aproximación al hecho concreto que se trata de regular. Pero, además, ha de darse la circunstancia de que resulte imposible la aplicación simultánea de la normativa general y de la especial (p. 45).

La especialidad normativa del régimen de carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, tiene ese fin, de regular las situaciones propias administrativas y de personal, que solo convergen en el ámbito de la institución militar.

El principio de especialidad normativa lo encontramos establecido en el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 57 de 1887, así:

Tabla 4

Ley 57 de 1887, art. 5

Normatividad General		
País	Descripción del Sistema Jurídico General	Código Civil

Colombia	Ley 57 de 1887	<p>Artículo 5º.- Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:</p> <p>1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.</p> <p>2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y el estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.</p>
----------	----------------	---

Nota: Información extraída de la Ley 57, 1887, art. 5.

En lo anterior se observa, que, dentro de los criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes, se establece como principio de interpretación y primacía, que la ley especial prima sobre la ley general.

Sin embargo, es preciso tener presente que el principio universal

[...] de la jerarquía normativa, prevalece sobre el de la especialidad, y que en virtud de la cual, se antepone la norma específica sobre aquella de carácter general. Desde luego que no hace falta recordarlos. Pero es inevitable traerlos a colación. Al prevalecer uno sobre otro se colige, como no puede ser de otro modo, que la norma específica prevalece sobre la general siempre que se trate de disposiciones de idéntica jerarquía normativa. En otras palabras, una ley por especial que sea no puede preferirse si colisiona con la Constitución, un decreto, por especial que sea, no puede prevalecer sobre una ley. Y así sucesivamente (Cortés, 2012).

En la teoría kelseniana del derecho como lo expone Ruiz (1988), se trata como explicación de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, la noción de fundamentación de la validez de las normas. Según Ruiz (1988), Kelsen hace una diferenciación de la validez subjetiva de la norma en la que se consagra la existencia de un mandato, y su validez objetiva en la que se estipula la obligatoriedad jurídica de la norma; en esta teoría se presenta la fundamentación de la validez objetiva entre normas como una relación jerárquica, y en este sentido una norma es superior a las demás, cuando fundamenta su validez.

En este sentido, la concepción de fundamentación de validez de una norma, puede entenderse en un sentido de constitución material, que es toda aquella normatividad que regula las condiciones de producción de normas generales, como es ley material toda norma general; o entenderse en un sentido

de constitución formal o ley formal, que es toda norma aprobada con el cumplimiento de unas características especiales, y por lo cual se le atribuye una determinada fuerza vinculante (Ruiz, 1988).

De acuerdo con el criterio de la fundamentación material de la validez de la norma que es aceptado por Kelsen, la jerarquía normativa surge de la relación establecida por el contenido de las normas, ósea, por lo que las normas dicen, y no por su fuerza o valor independientemente de lo que digan; en síntesis, una norma tiene una mayor jerarquía frente a otra, por tener la capacidad de conferir competencia a un órgano para producir la segunda. Bajo este concepto se estipula que una norma fundamenta su validez en la norma que se refiere a su creación, tengan ambas el rango formal que tengan (Ruiz, 1988).

3.2. Jurisprudencia

La jurisprudencia en materia de interpretación normativa, la encontramos definida en la sentencia de la Corte Constitucional C-439 de 2016, en donde se describen los 3 criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre las leyes; clasificándolos, en el criterio jerárquico, el criterio cronológico y el criterio de especialidad.

La Corte definió el criterio jerárquico como aquel en el que prevalece una norma superior sobre la inferior, el criterio cronológico hace referencia a la prevalencia de la norma más reciente sobre la más antigua, y el criterio de especialidad nos dice que la norma especial prima sobre la norma general; sin embargo la corte enuncia que aunque la norma general se aplica en todos los campos, ésta tiene una excepción cuando entra en asuntos en los cuales existe una norma especial regulando la materia.

En este mismo sentido la sentencia C-005/96 , indica la prevalencia de ley especial establecida en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, en la cual se enuncia claramente que la normatividad relativa a un asunto especial se antepone a la que tenga carácter general, y que si se presenta el caso en el que dos normas especiales regulan la materia, prevalecerá aquella que por su contenido y alcance, se caracterice por una mayor especialidad que la otra; y que según los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año, no siempre que una norma posterior sea contraria a la norma anterior conlleva a la derogación, debido a la exigencia de tener en cuenta los criterios de especialidad normativa.

De igual forma, el principio de interpretación de especialidad normativa, ha sido de observancia preponderante por la Corte Constitucional al momento de decidir controversias de su competencia, como lo hace en la sentencia C-043 de 2004 , en la que resuelve la controversia suscitada con el artículo 171 del C.C.A., la cual es una norma especial que regula la condena de costas en los procesos contenciosos administrativos, en donde la intención legislativa otorga un carácter subjetivo de responsabilidad que opera únicamente cuando existe una conducta reprochable endilgada a la parte vencida en juicio; y por ser ésta una norma especial, prevalece sobre cualquier otra norma que regule el mismo asunto.

4. Marco constitucional

Para analizar de fondo la agregación militar, es necesario conocer las fuentes del derecho internacional, con el cual se protegen los derechos de todos los trabajadores, el “ius variandi” por ejemplo, es concebido como la potestad que tiene el empleador de modificar las condiciones laborales del empleado, pudiendo con ello trasladarlo de su lugar habitual de trabajo, pero que estas facultades no son exorbitantes, sino que tienen sus límites y reglamentación, para no afectar en los derechos fundamentales de las personas.

En el campo del derecho, la concepción de la palabra “fuentes” tiene varios significados, siendo definido como uno de los modos de expresión del derecho, o también ha sido considerado como el origen de éste; de acuerdo a su importancia, las fuentes del derecho constitucional en orden jerárquico, son: la Constitución, la Ley, la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre (Ziulu, 2014).

La Constitución Política, aunque sea una ley, tiene un carácter de norma fundamental, y como lo dice Alberdi, es “la ley de leyes”, y no solo por su contenido jurídico, sino porque en ésta confluyen los principios y valores sobre los cuales cada Estado construye su concepción política y jurídica (Ziulu, 2014). Las leyes como fuentes del derecho, deben estar en plena armonía con la Constitución Política, pues son consideradas como los instrumentos de aplicación de la Constitución, orientados a regular diferentes situaciones jurídicas. La jurisprudencia previene una parálisis de interpretación de la Constitución, para adaptarse a la evolución permanente que ocurre en la realidad (Ziulu, 2014, pp. 13-17).

Por su parte, la Doctrina como fuente del derecho, ha sido percibida como todas aquellas opiniones, las investigaciones, y los estudios que fueron realizados por especialistas, que se radican en bases profundas y debidamente instituidos jurídicamente, lo que ha conllevado a que en muchas oportunidades sus criterios de interpretación constitucional, han sido adoptados por la jurisprudencia (Ziulu, 2014). Finalmente, la Costumbre, es definida como la repetición de conductas en un lapso determinado de tiempo, con la creencia de su imperatividad jurídica; es decir que está compuesta por dos elementos, uno objetivo, que comprende la reiteración de conductas, y el otro subjetivo, que es la creencia imperante de la imprescindibilidad jurídica de determinado comportamiento (Ziulu, 2014, pp. 13-17).

4.1. Bloque de constitucionalidad

La existencia de normas y principios supranacionales de protección laboral, son vinculantes en la interpretación de derechos y deberes de los miembros de las fuerzas militares, en el control de constitucionalidad, al implementar la agregación militar.

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. El bloque de constitucionalidad es un término que

comenzó a utilizar la Corte Constitucional colombiana sólo a partir de 1995 pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo (Arango, 2004, p.1).

En este sentido, según el profesor Alejandro Ramelli (2004) el concepto de bloque de constitucionalidad en Colombia se puede distinguir en (2) sentidos; y el primero de ellos es el bloque de constitucionalidad stricto sensu, que está conformado por los diferentes principios y reglas, que han sido allegados de múltiples maneras a nuestra Constitución Política, e incluso por mandato mismo de la Carta, como ocurre con los tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario, y de derechos humanos, que prohíben ser suspendidos y limitados durante los estados de excepción.

El segundo sentido, tal y como lo expone Ramelli (2004), es el bloque de constitucionalidad lato sensu, que está integrado por un conjunto de normas que tienen un rango superior a las leyes ordinarias existentes, y aunque estos no ostenten un rango constitucional. Si gozan de una función de carácter de referente necesario para ser observados en la creación legal y el control constitucional, conformado por el articulado de la Constitución, las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, y por aquellos tratados y convenios internacionales de derechos humanos que admitan ser limitados en los estados de excepción (Olano García, 2005).

En este último punto, es preciso resaltar, que la Corte Constitucional ha manifestado la necesidad de integrar la interpretación interna que se realice a los derechos fundamentales, con aquella interpretación internacional que se haga de los mismos, con el fin de garantizar las obligaciones internacionales asumidas por Colombia, y actuar de manera congruente con la concepción universal de los Derechos Humanos, y de aquellas decisiones tomadas por los órganos internacionales referentes a Colombia, en donde se adquiere un valor vinculante por hacer parte del Bloque de Constitucionalidad (Lato Sensu) (Fajardo, 2007).

Nuestra Constitución Política incorpora el bloque de constitucionalidad a través del artículo 93:

Tabla 5

Constitución Política de 1991, art. 93

País	Descripción del Sistema Jurídico General	Constitución Política
------	--	-----------------------

Colombia	Constitución Política de 1991	<p>Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. <Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.</p>
----------	-------------------------------	--

Nota: Información extraída de la Constitución Política, 1991, art. 93.

4.2. La agregación frente al “Ius Variandi”

Según la Corte Constitucional el Ius Variandi es:

[...] una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador público o privado sobre sus trabajadores. Se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo.

Uno de los aspectos de mayor relevancia dentro del ejercicio del “ius variandi” se define precisamente como la facultad con la que cuenta el empleador para ordenar traslados, ya sea en cuanto al reparto funcional de competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial) pero siempre con el respeto de las directrices limitantes. La facultad del empleador de modificar las condiciones en una relación laboral (ius variandi) no es absoluta porque puede tornarse violatoria de derechos fundamentales si se aplica en forma arbitraria o si no se sustentan de manera adecuada los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismos (Corte Constitucional, ST-682, 2014).

Así, por ejemplo, en el caso de traslados de personal docente ha sostenido la Corte Constitucional:

La potestad discrecional de la administración para ordenar traslados de docentes no es absoluta, sino que se encuentra limitada, de una parte, por elementos objetivos que responden a necesidades públicas en la prestación del servicio de educación y, de otra, por elementos

subjetivos que atienden las circunstancias personales del docente o de su núcleo familiar. (Corte Constitucional, ST-682, 2014).

El desarrollo del *ius variandi* no se presenta únicamente en situaciones de traslado del personal activo de las fuerzas militares; sino que también se presenta cuando hay una variación de las condiciones laborales. Y es así que, en el año 2001, la Corte Constitucional concedió una acción de tutela a favor de los trabajadores, en la que ordenó a un empleador retornar a las labores a un grupo de empleados, que habían sido enviados a una licencia remunerada permanente sin que éstos hubieran aceptado el plan de retiro ofrecido por la empresa.

Doctrinariamente también se ha sostenido que se abusa del *ius variandi* cuando de manera abrupta y sin consultar al trabajador, se modifica sus condiciones laborales, desconociendo aspectos que afectan la dignidad, entre ellas, la situación familiar, la salud, el lugar donde presta sus servicios, el tiempo laborado, los beneficios salariales (Rueda, 2016). Y aunque se reconoce la subordinación que existe del empleador hacia el trabajador público o privado, eso no conlleva a un poder absoluto para modificar las condiciones laborales discrecionalmente.

En este sentido se advierte que, si el empleador no tiene límites, ni control, ni la exigencia de consultar al trabajador las circunstancias o necesidades de éste o de su familia, para modificar sus condiciones laborales, sino que se le permitiera la unilateralidad de decidir, se estaría desconociendo la regla constitucional que exige dignidad y justicia en toda relación laboral (Rueda, 2016).

El «mobbing» viene del verbo inglés «to mob», que significa atacar, acosar u hostigar, su término se fue posicionando con base en estudios en los que se analizaba los comportamientos agresivos de animales y que eran muy similares a los comportamientos humanos al interior de sus organizaciones. Fue concebido como el ataque en unión de sujetos débiles en contra de un individuo más fuerte o distinto por rasgos o defectos.

En el marco del Congreso de Higiene y Seguridad en el Trabajo de Hamburgo, en 1990, el psicólogo sueco Heinz Leymann, utilizó el término «mobbing» en la psicología laboral, y lo definió como aquella situación en la que una persona ejerce violencia psicológica extrema, de forma continua, permanente, y por un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de lograr el abandono del lugar de trabajo del sujeto pasivo de violencia (Rueda, 2016).

Teniendo claro el marco conceptual del *ius variandi* y mobbing, los relacionaremos con el objeto de estudio que es la agregación de personal militar; la cual tiene dos interpretaciones legales, una de ellas es la consagrada en el régimen de carrera de los oficiales y suboficiales, que es la norma especial que regula los aspectos laborales del personal militar, en la que se concibe como la asignación de un miembro activo en apoyo a una misión diplomática; la segunda interpretación la encontramos en el régimen disciplinario de las fuerzas militares, la cual es una norma con fines distintos al de regular asuntos de personal, pero que incorporó la figura de la agregación de personal militar, y aunque no entra a definir su concepto, si otorga facultades extraordinarias a los Comandantes, Jefes, Gerentes, Directores, para

agregar al personal militar a otra Fuerza, Organización Militar Conjunta, Unidad militar, Departamento o Dependencia, sin límite de tiempo y sin objeto alguno.

De acuerdo a lo anterior, y a como está configurada la agregación de personal militar en el régimen disciplinario de las fuerzas militares, se da la posibilidad de presentarse casos en los cuales se abusa del *ius variandi*, conllevando al deterioro de las condiciones de trabajo, y pudiendo configurarse en un *mobbing*; esto debido a que se otorgan facultades legales extraordinarias a un gran número de funcionarios para emitir actos administrativos con capacidad permanente de modificar las condiciones laborales del personal militar, contrariando lo estimado en la norma especial que regula la situación del personal militar, y en la que se define los casos especiales, excepcionales y la centralización en la emisión de actos administrativos capaces de modificar las condiciones laborales del personal.

En relación al marco laboral colombiano contemplado por la ley, Muñoz (2007) destaca el principio de acción que tiene el empleador sobre el trabajador, para impartirle órdenes y exigir su cumplimiento se origina en la subordinación, y una de sus expresiones es el *ius variandi*, que comprende la facultad para variar las condiciones iniciales de cumplimiento del contrato de trabajo; pero este poder que se encuentra en la subordinación, ha sido limitado por la ley y la jurisprudencia como mecanismo de protección de los derechos mínimos laborales, la dignidad del trabajador, sus derechos fundamentales, y las situaciones particulares que rodean a cada trabajador.

En este entendido, los excesos del empleador en el *ius variandi*, se configurarían en un incumplimiento de sus deberes, lo que podría conllevar a la terminación del contrato de trabajo, con una justa causa para el trabajador; y es por ello que muchos doctrinarios no consideraban necesario regular la relación laboral privada o pública (Muñoz, 2007).

Sin embargo, con la expedición de la ley 1010 del veintitrés (23) de enero de 2006, y por primera vez en nuestro país, el Congreso de la República de Colombia busca entrar a regular, definir, prevenir, corregir y sancionar, las distintas formas de maltrato que afectan como bienes jurídicos protegidos la dignidad humana del trabajador, las condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra, la salud mental, la armonía, y demás aspectos conexos a los distintos tipos de acoso laboral que se puedan presentar en el contexto laboral con su empleador (Muñoz, 2007).

En vista de lo anterior, es necesario entrar a establecer la pertinencia legal de dar aplicabilidad a lo establecido en el artículo 109 del régimen disciplinarios de las fuerzas militares, pues los efectos jurídicos que ello conlleva, no solo irían en contra de las condiciones laborales del personal militar, sino que también afectaría administrativa y legalmente a las fuerzas militares.

Los efectos jurídicos que conllevan modificar el lugar de trabajo del personal militar sin limitación alguna, no solo afectan al personal militar y a su núcleo familiar, sino que también llevan consigo un deterioro patrimonial dentro de las fuerzas militares; esto debido a que los vacíos jurídicos dejados en la codificación normativa del régimen disciplinario se deberán suplir con el régimen especial de las fuerzas militares, y en este se contempla una serie de beneficios pecuniarios para el personal que cambia su lugar

de trabajo, como lo es la prima de instalación; un funcionario que es cambiado de su lugar habitual de trabajo tiene derecho a subrogar este beneficio, o en qué se diferencia del funcionario que ha sido cambiado de lugar de trabajo bajo la figura de “Traslado”, son estas situaciones administrativas y legales que se deben evitar ante una eventual controversia contencioso administrativa.

5. Marco administrativo

5.1 Los actos administrativos

El acto administrativo definido como la 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, SC-1436, 2000).

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad (Corte Constitucional, SC-1436, 2000).

La doctrina ha adoptado el concepto de que acto administrativo es el emanado de un órgano administrativo. A este primer elemento agregan, desde luego, otros, con el resultado de que la noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos realizados por órganos administrativos (Gordillo, 2007, p. 11).

La presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición (Corte Constitucional, SC-1436, 2000).

5.2 Formalidad de los actos administrativos

El acto administrativo, debe llevar consigo dos (2) elementos esenciales, que son la eficacia y validez, para poder producir efectos jurídicos de carácter vinculante ante terceros. Y en este sentido se define a la validez como la aceptación y relevancia legal de un hecho jurídico, que prosigue hacia el requisito de eficacia, en donde al constatarse su producción, se categoriza su nacimiento a la vida jurídica, llevando incluida la presunción de legalidad, que solo puede ser nulitada ante el juez competente en la jurisdicción contencioso administrativo (Pérez, 2013).

Dentro de los atributos de los actos administrativos se ha venido diferenciando el acto perfecto y el acto eficaz, considerándose que la perfección se cumple con el lleno de las formalidades en su

producción, y la eficacia hace referencia a las formalidades procedimentales que genera efectos jurídicos hacia terceros; es por ello que un acto administrativo puede ser perfecto, pero no eficaz o viceversa.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre este tema, y ha manifestado que la existencia de un acto administrativo se produce con la voluntad positiva de la administración al momento de tomar alguna de sus decisiones, es decir que existe desde el momento en que lo originó la administración, presumiéndose su legalidad como principio general y como consecuencia de ello genera relevancia en el marco jurídico, hasta tanto no sea revocado o nulitado por vía judicial (Pérez, 2013).

Ahora bien, en cuanto a la motivación de los actos administrativos, se debe tener claridad que el principio de debida motivación de los actos, se encuentra incorporado dentro del principio del debido procedimiento, con el cual se impone un mandato legal y de acatamiento a todas las entidades estatales sin excepción alguna, para que motiven en debida forma los actos administrativos de manera clara y congruente, en cualquiera de las etapas del procedimiento, a través de un sentido claro, concreto y directo de los hechos y de las razones legales que fundamentan la promulgación de esos actos, siendo considerado ilegal, todas aquellas motivaciones ostensibles que sean oscuras, ambiguas, vagas, contradictorias, o insuficientes, pues una debida motivación proporciona al administrado la posibilidad de conocer detalladamente y diáfano los hechos evaluados y el correspondiente análisis lógico y jurídico realizado cuando se emite un acto administrativo (León, 2015).

De igual forma, León (2015) destaca que sólo se acepta como eximente al deber de motivación de los actos administrativos, aquellas decisiones que son de mero trámite, y en los casos en los cuales se hubiera emitido una gran cantidad de actos administrativos, y que en su esencia sean sustancialmente iguales, solo será necesario una motivación única o general que cubra a todos ellos. Como se puede observar, la práctica de cada una de estas excepciones radica primordialmente en la naturaleza inocua de tales actos administrativos en los intereses de los administrados, sin que afecte sus derechos, y en la moderación de brindar una flexibilidad al procedimiento, con celeridad y dinamismo, para evitar que sólo en ese tipo de actos concretos, el hecho de motivarlos reste de dichos atributos al procedimiento (León, 2015).

Así mismo, como destaca León (2015) se puede observar que, en este tipo de actos administrativos, por su esencia y naturaleza, la falta de motivación no produce repercusión alguna, debido a la escasa trascendencia del acto administrativo en el desenlace del procedimiento, pues éste no genera un impacto notable en el administrado, por lo que obviamente no se cuestionará el contenido de aquel acto por contemplarlo como ilegal o arbitrario.

Por lo anterior, no hay lugar a duda alguna, de que el procedimiento administrativo tiene como conclusión y finalidad la expedición de un acto administrativo, el cual puede ser de característica positiva o negativa en el administrado, y que su motivación es un requisito primordial para las entidades, en razón a que debe existir total certeza del razonamiento y análisis adelantado antes de tomar la decisión contenida en ellos (León, 2015).

5.3 Efectos jurídicos de los actos administrativos

En cuanto a la eficacia del acto administrativo, Sánchez (2010) afirma que consiste en la producción de efectos del acto administrativo hacia sus destinatarios. Quiere decir esto, que el acto administrativo produce efectos jurídicos, representando la voluntad del poder administrativo hacia las personas naturales a las cuales se dirige, y para que este sea eficaz, debe ser aplicado a sus receptores; ante esto, un acto viciado de nulidad, y de requisitos de constitucionalidad o legalidad, tiene la facultad de generar efectos jurídicos, hasta tanto no sea impugnado en las instancias judiciales competentes.

En la doctrina se hace distinción del acto administrativo perfecto y del acto eficaz, esto debido a que la perfección hace referencia únicamente a la consecución de los trámites legales exigidos para su producción; en cambio el acto administrativo es eficaz cuando produce sus efectos a las personas a las cuales se dirige. De esto puede decirse que un acto puede ser perfecto, pero no eficaz, o, al contrario, pues para que sea eficaz, necesariamente debe ser perfecto (Pérez, 2013).

Finalmente, según Carlos Sánchez (2010) se refiere al tema de la eficacia, manifestado que ésta es el resultado de la tutela y potestad que tiene la administración para producir sus actos administrativos, eliminando de oficio los trámites innecesarios, para tomar decisiones de fondo, evitando que sean inhibitorias, y que sean acordes con la constitución.

De acuerdo a lo anterior, la eficacia tiene su origen en la constitución, con el fin de que la administración respete los derechos fundamentales, como lo es el debido proceso, garantizando que, con este autocontrol legal, se eliminen trámites innecesarios, y puedan decidir de fondo, ajustados a la constitución y a la ley todos los asuntos de su competencia.

Ahora bien, y conforme a lo señalado en el actual código de procedimiento y de lo contencioso Administrativo en su artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, también existe un deber de publicación en el diario oficial de los actos administrativos de carácter general, pues esta falencia los desprovista de su obligatoriedad (Pérez, 2013).

Finalmente, se puede afirmar que para que un acto administrativo sea eficaz, debe haber sido publicado y notificado, generando consecuentemente sus efectos jurídicos, inter-partes y hacia terceros; y que, en el caso de los actos de carácter general, debe obrar la notificación en la correspondiente en la Gaceta Judicial. Y en ambos casos su validez es temporal, hasta tanto no exista una decisión judicial que los declare nulo (Pérez, 2013).

5.4 Delegación de competencia

La delegación de competencia es la facultad que tiene una entidad administrativa, por medio de la cual transfiere total o parcialmente sus funciones a una subordinada; diferenciándose de la descentralización y desconcentración, en la medida en que en éstas se requiere una decisión legislativa (Gordillo, 2013).

La delegación administrativa a través de la historia, ha sido un mecanismo que se ha desarrollado desde el comienzo de la conformación de los distintos Estados por parte de los estamentos de gobierno

o de las autoridades del momento, con el fin, de que las funciones dictadas por los órganos superiores, se cumplieran por todo el territorio gobernado (Moreno Rojas y Pantoja Cuellar, 2010, p. 3).

De acuerdo a la jurisprudencia Constitucional, se expone lo siguiente:

La delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley. (Corte Constitucional, SC-693, 2008).

De igual forma en Sentencia del Consejo de Estado, del 12 de agosto de 2013, sección quinta:

Así, la delegación se erige como una herramienta jurídica de la acción administrativa mediante la cual una autoridad pública, transfiere determinadas funciones o actuaciones específicas a sus colaboradores o a otras autoridades que tengan funciones afines o complementarias, siempre que esté legalmente facultada para ello (artículos 9 y 10 de la Ley 489 de 1998).

De otra parte, sobre la delegación en el ámbito administrativo se relaciona:

La delegación de competencia en el campo de la Administración se produce cuando el superior jerárquico transfiere parte de sus atribuciones al inferior aumentando así la esfera de su competencia, [...] por la delegación el órgano superior disminuye en parte su competencia en beneficio del inferior” (cfr. Fernández de Castro, Fernando. El acto administrativo, la delegación de facultades y la anulabilidad del acto administrativo) (Daza, 2016).

Y terminando con la siguiente conformidad sobre las autoridades administrativas:

Está regulada por el artículo 9 de la ley 489 de 1998 que expresa: “Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias (Moreno Rojas y Pantoja Cuellar, 2010, p. 11)

La delegación no puede ser usada por la administración como un mecanismo para dar directrices o políticas generales, su uso se restringe a labores de ejecución, y un ejemplo de ello y que nos ayuda a comprender mejor la situación, es la prohibición expresa que tiene el vicepresidente de la República para asumir funciones de un ministro delegatario (Moreno Rojas y Pantoja Cuellar, 2010).

Doctrinariamente la delegación según la definición de Fernández de Castro (2000) es un acto jurídico mediante el cual la administración transfiere alguna de sus facultades; dicho autor estipula que, para el necesario cumplimiento de lo mencionado, se requieren unos requisitos:

- La delegación debe estar establecida en la ley.
- Exige al delegante la autorización de transferir sus facultades o competencias.

- El delegatario debe tener la potestad legal de recibir las facultades o competencias.
- Las facultades o competencias transferidas deben ser objeto de delegación.

De acuerdo a lo anterior, la falta de alguno de estos requisitos hace nula de pleno derecho a la delegación, debido a que la competencia es un tema de orden público. La delegación necesariamente debe estar prevista y autorizada por la ley, y no acepta justificaciones de eficiencia y eficacia por parte de la administración, como excusa para realizar actos delegatarios a discreción (Fernández de Castro, 2000).

En cuanto al medio para realizar la delegación de competencia, se puede hacer por decreto o un acuerdo general administrativo, el cual debe ser publicado en el diario oficial; y cuando se realiza mediante un acto administrativo concreto, se debe invocar el acto de delegación, el número y fecha del documento en referencia. Las facultades de delegación serán parciales, y nadie puede delegar el total de sus atribuciones y competencias; y tampoco podrá la autoridad delegante ejercer las facultades que transfirió al delegado, eso quiere decir que una vez se haya perfeccionado la delegación, esa autoridad renuncia a su competencia, y el único legitimado para hacer su uso es el delegado (Fernández de Castro, 2000).

Dice Manuel María Díez (en Fernández de Castro, 2000) que, en la delegación de competencia, el superior jerárquico transfiere una parte de sus atribuciones a un inferior en donde le incrementa su competencia, e inversamente proporcional el superior disminuye la suya.

En este sentido, la Ley 489 de 1998, en su artículo 11, enuncia que, dentro de las funciones indelegables, están las funciones, atribuciones y potestades que se han recibido a través de la delegación. Esto deja claro que como regla general la subdelegación está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, es decir delegar lo delegado; como se pretende implementar con la agregación de personal militar en el régimen disciplinario de las fuerzas militares, pues la facultades administrativas sobre el personal militar fue delegado en el Comando de Personal del Ejército Nacional, y ahora según la ley disciplinaria, estas facultades también las ostentaran los Comandantes de Unidades Militares en los distintos órdenes jerárquicos.

Por lo anterior, es necesario traer a colación, que en la ley 820 de 2003, en su artículo 17 se prohíbe el subarriendo sin el consentimiento del arrendador, pero a diferencia de esto, el ámbito estatal es más rígido y debe someterse a lo tipificado, escrito y a los requisitos legales plenamente establecidos.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en C-372 de 2002, ha manifestado que hay funciones indelegables, ya sea por la existencia de restricciones expresas o porque la naturaleza de la función no admite delegación, como la emisión de directrices y políticas, que corresponden en el ámbito de competencia del superior, y que lo permitido en materia de delegación, son las funciones de ejecución, instrumental u operativas.

En el artículo 11, numeral 2, de la Ley 489 de 1998 se prohíbe delegar lo delegado, bajo el principio de improrrogabilidad, al existir una relación inter-partes entre el funcionario delegante y el delegatario, para poder evitar incertidumbres en cuanto a las funciones y responsabilidades que cada cual.

De lo anterior, se puede afirmar que el comandante del Ejército Nacional, o de cualquiera de las otras fuerzas, no puede delegar lo que ya le ha sido delegado por el Presidente de la República o por el Ministro de la Defensa, porque el marco legal que permite la delegación, no faculta la subdelegación (artículo 178, numeral 5 y 23, de la Ley 136 de 1994).

Por regla general la subdelegación está prohibida, pero esta regla tiene unas excepciones cuando expresamente la ley o la constitución lo permita; y es así que en el artículo 211, de la Constitución Nacional, indica que las funciones que el Presidente de la República delega en sus ministros, superintendentes, gobernadores, alcaldes, amplía las facultades para que éstos pueden a su vez delegar las funciones en sus subalternos.

Finalmente, Daza (2016) destaca que la subdelegación no es permitida por el principio de improrrogabilidad de la competencia, debido a que no es procedente aceptar que las funciones que fueron transferidas sean nuevamente objeto de una segunda delegación; por ello no debe ser procedente la subdelegación, a excepción de cuando exista autorización expresa de la ley.

5.5 Responsabilidad de las actuaciones administrativas

La responsabilidad administrativa tiene su origen en las conductas de acción u omisión, generadas por los funcionarios o servidores públicos, que desacatan lo establecido en la reglamentación administrativa; y que generalmente tiene una verificación objetiva del daño producido o excepcionalmente un carácter subjetivo.

Se llama responsabilidad administrativa a aquella que surge de la comisión de una contravención administrativa y que es exigible por una entidad estatal dada (de orden administrativo), la cual ejerce funciones de inspección, vigilancia y control dentro de un sector de la economía también determinado (el de las sociedades comerciales, el de las instituciones financieras, el de las cooperativas, el de las cajas de subsidio familiar, el de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, etc.). Como se explica más adelante, dicha responsabilidad generalmente es objetiva, pero eventualmente puede ser de carácter subjetivo (Rodríguez Ruíz, 1998).

Según Bruno Gómez (2010) se genera responsabilidad administrativa por los hechos de acción u omisión que realizan los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones, en donde se puede actuar de forma dolosa o culposa, al ejecutar una conducta prohibida en la normatividad administrativa. Gómez (2010) expresa que en la responsabilidad administrativa se acoge la dogmática penal, en cuanto a la estructura de las modalidades de las conductas desplegadas por los servidores y funcionarios públicos, exigiendo que esta sea a título dolo o culpa.

El concepto de responsabilidad objetiva y subjetiva de los servidores y funcionarios públicos según la apreciación de Gómez (2010), se determinará bajo el marco de las capacidades que tienen para reflexionar, administrar, orientar y valorar todas aquellas consecuencias que pueden generar sus actos; siendo así que si sus actos se originan en el riesgo, la responsabilidad es objetiva, en la que se prescinde

de la conducta del sujeto (culpabilidad o intencionalidad) y únicamente observa el daño que se ha producido; pero si se configura la intencionalidad dolosa o la culpa de su autor, será subjetiva.

Los actos y hechos generados por un servidor o funcionario público, aunque no constituyan delito, dan lugar a responsabilidad administrativa, cuando perturban el normal, cabal y adecuado cumplimiento de las funciones asignadas a una persona; por esto, otorgar facultades discrecionales a los comandantes en sus distintos niveles jerárquicos, para emplear la figura de la agregación del personal militar, lleva consigo sin lugar a dudas, una responsabilidad administrativa, pues desborda los poderes de la administración, al entrar a alterar derechos fundamentales reconocidos en el ámbito internacional, modificando las condiciones laborales de los funcionarios, y perturbando el correcto desempeño y cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas.

Uno de los elementos obligatorios de la responsabilidad en el campo administrativo es la Culpa, sobre la misma Escobar (2016) destaca que esta tiene su origen en el mecanismo de control administrativo en el uso de los recursos públicos, teniendo en consideración la acción o la omisión en que pudo incurrir el funcionario público o el sujeto pasivo de la sanción, su jerarquía, su grado, la gravedad de la falta cometida, la incompetencia de la gestión realizada, y que es evaluada conforme a la importancia del interés protegido, la dimensión y relevancia de los recursos comprometidos, y el hecho de haber incurrido en la conducta por primera vez o que esta fuera de manera reiterada.

Estos criterios legales, son aplicables a toda la actividad administrativa que es ejercida de manera profesional para el servicio de los administrados, y que vincula a esta forma de responsabilidad con el deber objetivo de cuidado, en donde la doctrina enfatiza en el riesgo que surge del ejercicio de las funciones públicas y concentra el principio de confianza frente a la actuación de terceros, y la teoría de los roles, de tal manera que si hay una actuación dentro del rol, siendo su conducta neutra y sin dar cabida a que se le pueda imputar objetivamente el resultado. Este diseño confirma el efecto y alcance de los principios del desempeño de las funciones al servicio de la comunidad, su eficiencia, eficacia, y la calidad de los servicios públicos en el procedimiento para la resolución de responsabilidad administrativa de carácter culposa (Escobar, 2016).

En el derecho disciplinario administrativo, la acción y la omisión generan responsabilidad administrativa, cuando los servidores y funcionarios públicos no cumplen con sus obligaciones funcionales, y que se encuentran debidamente establecidas en la ley; máxime si de ella se desprende el perjuicio para el correcto desempeño de un funcionario o incluso de un ente, generando la correspondiente sanción disciplinaria, pudiendo llegar a tener consecuencias patrimoniales, civiles y penales, que se graduará de acuerdo a las consecuencias del daño (Gómez, 2010).

Conclusiones

Con la entrada en vigor de la Ley 1862 de 2017, se busca regular la actuación y la disciplina militar, especialmente en lo que se refiere a normas militares de conducta en el ejercicio del mando, la relación con los subalternos, el Derecho Internacional Humanitario y la conducta militar en operaciones de paz, estabilización, seguridad y ayuda humanitaria.

En este sentido su finalidad normativa es la de actualizar el régimen disciplinario para las fuerzas militares; sin embargo, dentro de su codificación, introdujo como novedad en su artículo 109 el acto administrativo de la agregación de personal militar, siendo ésta una situación ajena al régimen disciplinario de las fuerzas militares por cuanto es una situación regulada en el régimen especial de carrera de oficiales y suboficiales.

La agregación de personal militar, según el régimen de carrera, es el acto mediante el cual se destina a un oficial con estudios de estado mayor para que apoye una misión diplomática; pero esta figura ha venido mutando al interior de la institución, y siendo usada de manera irregular, pues bajo este concepto muchos oficiales, suboficiales e inclusive soldados, han sido agregados a unidades militares distintas a las que el acto administrativo de traslado los destina.

La agregación de personal militar, ha sido utilizada de manera desbocada por comandantes en los distintos escalafones de la organización militar, y sin ningún tipo de regulación; lo que conlleva a una desestabilidad e incertidumbre permanente de los funcionarios que prestan sus servicios; y siendo más gravosa la situación cuando esta figura es utilizada como un medio para encausar la disciplina, desconociendo los establecidos en el régimen disciplinario de las fuerzas militares, que es la norma especial en la materia, pero que contrario sensu, la norma especial para regular al personal militar es el régimen de carrera de oficiales y suboficiales.

Vemos entonces, como una ley disciplinaria intenta abordar asuntos que no son de su competencia ni fines, y que además de ello, trae consigo grandes vacíos en su reglamentación, conllevando a lagunas jurídicas, que no solo afectarían gravemente la estabilidad laboral del personal militar, sino que da cabida a controversias legales y la legitimidad de los actos administrativos originados en las instituciones militares.

Este concepto de agregación de personal en el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, no es eficaz para su implementación, ya que difiere con el Decreto Ley 1790 de 2000, que es el régimen de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en donde no se contempla la figura de agregación de personal militar como una situación administrativa, pues en su capítulo III, artículo 82, únicamente define la destinación, el traslado, la comisión, la licencia y el encargo; y en donde en cada uno de éstos, reconoce ciertos derechos a los miembros de las fuerzas militares, como lo son el pago de viáticos, primas, pasajes, etc.

Se observa entonces, el contraste de una norma disciplinaria que se adentra en el ámbito de especialidad normativa del régimen de carrera de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en donde sin definición alguna, otorga facultades extraordinarias al comandante, jefe, Gerente, director o sus equivalentes de la cual sea orgánico dicho personal. Y es que en estas facultades se otorga una potestad discrecional para ordenar agregaciones del personal militar sin limitación alguna, y sin el mínimo de observancia, de elementos objetivos que responden a necesidades operacionales en la prestación del servicio, y que, por otra parte, desconoce elementos subjetivos que atienden las circunstancias personales del militar o de su núcleo familiar.

En este sentido, se debe tener plena diferenciación de la agregación de personal militar y la agregación de unidades militares, pues la segunda si corresponden a las necesidades operacionales para el cumplimiento de la misión; pero la primera no corresponde a una situación administrativa establecida en el régimen de carrera militar, pues en este régimen especial, se concibe la agregación militar para el apoyo a una misión diplomática como se mencionó anteriormente.

Así mismo, en la Directiva Permanente No 1032/2016 “Políticas y lineamientos en administración de personal a desarrollar al interior del Ejército Nacional” establece que el tiempo de permanencia mínimo es de dos (2) años en cada unidad militar; y, además, se contempla una serie de factores personales y profesionales para determinar la asignación de un oficial o suboficial a una nueva unidad o dependencia militar.

Vemos así que, a pesar de existir un periodo mínimo en una unidad militar, y a la existencia de unos parámetros y factores que ha establecido el Comando de personal para aplicar en debida forma las situaciones administrativas del personal militar, contempladas en el Decreto Ley 1790 de 2000 y la Ley 1104 de 2006, se está desconociendo específicamente el acto administrativo con esa especialidad, que es el “Traslado”. Con la implementación del artículo 109 de la Ley 1862 de 2017, se abre la posibilidad de que Comandantes en los distintos niveles, Jefe, Gerente, Director o sus equivalentes, modifiquen discrecionalmente los traslados del personal militar, utilizando la figura de la Agregación de personal militar, sin limitaciones, sin reglamentación, sin regulación, sin necesidad de motivación alguna y sin la obligatoriedad de la observancia de los factores definidos en la directiva de personal, pudiendo con esto incurrir en arbitrariedades, que podrían generar conductas descritas como acoso laboral, a veces denominado “mobbing”.

El derecho al trabajo lleva consigo unas condiciones dignas y justas, situación que podría ser vulnerada sin justificación alguna y que ahora se encuentra en un riesgo de inminencia, otorgando facultades a comandantes de la unidad a nivel táctico para hacer uso de la figura de la agregación indiscriminadamente y sin sopesar los derechos fundamentales del personal militar.

En sentencia C-593/14 la Corte Constitucional explica el derecho al trabajo en su Triple dimensión, y lo muestra en primera medida como un valor determinante en un Estado Social de Derecho, con la importancia de orientar las políticas públicas y legislativas que garanticen las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En su segunda dimensión, el trabajo es reconocido como principio

rector del ordenamiento jurídico que indica la estructura Social de un Estado y que, de la misma manera crea unos límites al legislador de configuración normativa, porque los obliga a observar y aplicar un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias. Y como tercera dimensión el trabajo es reconocido como un derecho y un deber social, que goza de una especial protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental.

En el ordenamiento internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, por lo que es obligación de los Estados parte a dichos tratados conceder la más amplia protección y asistencia posible, así como tomar las medidas que aseguren la igualdad y la protección de los hijos.

Es por esto, que se podrían ver gravemente vulnerados los derechos a la familia, y el núcleo familiar fragmentado por las arbitrariedades de comandantes que, con las facultades de agregación militar, podrán disponer, con absoluta discrecionalidad y sin necesidad de motivación, con un simple acto administrativo (Orden Semanal – Día) asignar a un Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar.

Todo esto, en detrimento del oficial o suboficial agregado, pues se desconocerían también el pago de viáticos, primas, pasajes, etc., reconocidos en el régimen de carrera del Decreto Ley 1790 de 2000.

Surge entonces, una problemática de mayor incidencia, al observarse no solamente posibles conductas de acoso laboral, o denominado “mobbing”, sino que también acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos que generen las agregaciones; y es aquí en donde la institución debe analizar los efectos jurídicos que genera esta situación y la afectación a los oficiales o suboficiales; y para ello deberá sopesar la aplicación de principio de especialidad normativa establecido en el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 57 de 1887.

De acuerdo a lo expuesto, y a la posible vulneración de derechos fundamentales, protegidos no solo constitucionalmente, sino que también a través del bloque de constitucionalidad, en el que se incorpora la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en donde reconocen que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, por lo que es obligación de los Estados parte a dichos tratados, conceder la más amplia protección y asistencia posible, siendo necesario realizar una ponderación normativa, fundamentada en el Principio de Especialidad Normativa, en donde se prefiere a la disposición relativa a un asunto especial frente a la que tenga carácter general.

De lo dicho se concluye también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una norma posterior, como es el caso del régimen disciplinario, cuyo sentido es contrario al de una disposición anterior resulta ésta derogada, pues tenemos que observar

el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año.

De acuerdo a este marco legal, no es eficaz su implementación, ni pertinente la aplicabilidad del concepto de agregación militar a todos los miembros en servicio activo, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 109 de la Ley 1862 de 2017 “Régimen disciplinario de las fuerzas militares de Colombia; y en cambio es recomendable la aplicabilidad a plenitud de lo consagrado en el Decreto Ley 1790 de 2000 “Régimen de Carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares” observando el Principio de Especialidad Normativa, en aras de evitar situaciones jurídicas adversas en contra de la institución, en contra del personal militar y la afectación al núcleo familiar, conforme a las consideraciones legales que se han expuesto.

Trabajos citados

- Ardila, B. (2014). Las relaciones internacionales de Colombia. *Temas Socio-Jurídicos*, 23(48), 49-70. Recuperado el 2 de abril de 2021, de <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/2029/1812>
- Congreso de la República de Colombia. (13 de Diciembre de 2006). *Ley 1104-2006*. Congreso de la República, Bogotá D.C. Recuperado el 06 de Abril de 2020, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1104_2006.html
- Congreso de la República de Colombia. (2015). *Proyecto de Ley 117-2015*. Congreso de la República de Colombia, Bogotá D.C. Recuperado el 06 de Abril de 2020, de *Proyectos de Ley Radicados 2015 - 2016 - Senado de la República*: <http://190.26.211.102/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/pl-2015-2016/547-proyecto-de-ley-117-de-2015>
- Cortés, R. G. (03 de Junio de 2012). *El principio de la jerarquía normativa frente al principio de la especialidad*. Recuperado el 13 de Abril de 2020, de Ediciones Propuesta: <http://edicionespropuesta.blogspot.com/2012/06/el-principio-de-la-jerarquia-normativa.html?m=1>
- Daza, M. (28 de Junio de 2016). *La subdelegación ¿Se puede delegar lo delegado?* Recuperado el 13 de Abril de 2020, de *Derecho Público*: <https://derechopublicomd.blogspot.com/2016/06/la-subdelegacion-se-puede-delegar-lo.html?m=1>
- Definiciona.com. (2020). *Definiciona - Definición y etimología*. Recuperado el 08 de Abril de 2020, de <https://definiciona.com/agregado/>
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (18 de Abril de 1961). *Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas*. Obtenido de <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosMultilaterales/M041.pdf>
- Escobar, F. G. (2016). *La determinación de las responsabilidades administrativas como consecuencia del control gubernamental*. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Maestría en Derecho Administrativo. Recuperado el 20 de abril de 2021, de <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5629>
- Fajardo, L. A. (2007). Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 7(13), 15-34. doi:<http://dx.doi.org/10.22518/16578953.761>
- Fernández de Castro, P. (30 de Abril de 2000). *El acto administrativo, la delegación de facultades y la anulabilidad del acto administrativo*. Recuperado el 13 de Abril de 2020, de *ambitojuridico.com*: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/el-acto-administrativo-la-delegacion-de-facultades-y-la-anulabilidad-del-acto-administrativo/>

- Gómez, E. (26 de Junio de 2010). *El concepto de responsabilidad administrativa*. Recuperado el 13 de Abril de 2020, de http://abogadosconsultoresebruno.blogspot.com/2010/06/el-concepto-de-responsabilidad_26.html
- Gordillo, A. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*. Recuperado el 10 de Mayo de 2020, de Fundación de Derecho Administrativo: <https://www.gordillo.com/tomo3.php>
- Gordillo, A. (2013). Delegación. En A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Teoría general del derecho administrativo* (Primera ed., pág. 174). Fundación de Derecho Administrativo. Recuperado el 1 de Mayo de 2020, de https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf
- León, L. M. (2015). ¡Exijo una Explicación!... La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo. *Derecho & Sociedad*(45), 315-319. Recuperado el 19 de abril de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15249>
- Mateo, R. M. (1966). La inamovilidad de los funcionarios públicos. *Revista de administración pública*(51), 9-40. Recuperado el 7 de abril de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116218>
- Moreno Rojas, L. F., y Pantoja Cuellar, K. M. (2010). *La delegación en la contratación estatal en Colombia*. Recuperado el 13 de Abril de 2020, de Universidad Militar Nueva Granada: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3187/MorenoRojasLauraFeliza.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Muñoz, A. M. (julio-diciembre de 2007). La nueva legislación sobre acoso laboral en Colombia (Ley 1010 de 2006). *Revista Latinoamericana de Derecho Social*(5), 239-246. Recuperado el 19 de abril de 2021, de <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640260012.pdf>
- Naciones Unidas. (26 de Junio de 1945). *Principios de la Carta de las Naciones Unidas*. Recuperado el 11 de Abril de 2020, de Carta de las Naciones Unidas: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/international-law-courts-tribunals/un-charter-principles/>
- Olano García, H. A. (2005). Bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 3(1), 231-242. Recuperado el 17 de abril de 2021, de <https://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf>
- Pérez, R. (2013). *Eficacia y validez del Acto Administrativo*. Universidad Nacional de Colombia-Convenio Universidad Del Atlántico, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Recuperado el 13 de Abril de 2020, de bdigital.unal.edu.co: <http://bdigital.unal.edu.co/9877/1/700600.2013.pdf>
- Pericacho, M. (2019). *Las Situaciones Administrativas de los funcionarios*. Tesis pregrado, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho. Recuperado el 5 de abril de 2021, de http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/38650/TFG-D_00909.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Presidencia de la República. (03 de Diciembre de 1971). *Decreto 2337-1971*. Decreto-ley, Bogotá. Recuperado el 08 de Abril de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1765579>

- Presidencia de la República. (18 de Enero de 1984). *Decreto 89-1984*. Decreto-ley, Presidencia de la República, Bogotá. Recuperado el 11 de Abril de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1703581>
- Presidencia de la República. (2000). *Ley 1790-2000*. Decreto-ley, Presidencia de la República, Bogotá. Recuperado el 16 de Mayo de 2020, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1790_2000.html
- Ramelli, A. (julio-diciembre de 2004). Sistema de fuentes del derecho internacional público y "Bloque de constitucionalidad" en Colombia. *Revista mexicana de derecho constitucional*(11). Recuperado el 17 de abril de 2021, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5711/7482>
- Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 08 de Abril de 2020, de <https://dle.rae.es/agregar>
- Rivero, J. (1970). El principio de la especialidad y la aplicación de las normas laborales. *Revista de Política Social*(87), 15-54. Recuperado el 14 de Mayo de 2020, de <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=10&IDN=847&IDA=30397>
- Rodríguez Ruíz, M. (1998). *Ponencia presentada en el II Congreso de Derecho Financiero*. Obtenido de Asociación Bancaria de Colombia: <https://encolombia.com/derecho/dhumanos/responsabilidad-administrativa/responsabilidadadministrativa2/>
- Rueda, P. (21 de Septiembre de 2016). *Ius Variandi (el derecho a variar las condiciones laborales del trabajador) no es absoluto*. Recuperado el 13 de Abril de 2020, de Arkhaios.com: <https://www.arkhaios.com/?p=3452>
- Ruiz, A. (1988). El principio de jerarquía normativa. *Revista española de derecho constitucional*(24), 135-154. Recuperado el 8 de abril de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79380>
- Sampieri, H., Fernández, C., & Baptista, L. (2014). *Metodología de la Investigación* (Sexta ed.). Mc Graw Hill. Recuperado el 9 de septiembre de 2020
- Sánchez, C. (2010). *La teoría del acto administrativo en Colombia y las tecnologías de la información y las comunicaciones*. Diké. Recuperado el 1 de Abril de 2020, de https://books.google.com.co/books/about/La_teor%C3%ADa_del_acto_administrativo_en_Co.html?id=M0pXMwEACAAJ&redir_esc=y
- Tardío Pato, J. A. (21 de Marzo de 2016). *Principio de Especialidad Normativa*. Recuperado el 06 de Abril de 2020, de Estudiantes x Derecho: <http://estuderecho.com/sitio/?p=4121>
- Torrijos, V., y Abella, J. D. (julio-diciembre de 2017). Ventajas y desventajas políticas y militares para Colombia derivadas de su eventual participación en misiones internacionales relacionadas con la OTAN. *Revista Científica General José María Córdova*, 15(20), 47-82. Recuperado el 2 de abril de 2021, de <http://www.scielo.org.co/pdf/recig/v15n20/1900-6586-recig-15-20-00047.pdf>

Vallina, J. L. (1962). Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos. *Revista de administración pública*(39), 463-486. Recuperado el 3 de abril de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112690>

Ziulu, A. G. (2014). *Derecho constitucional* (Primera ed.). Fondo editorial de derecho y economía. Recuperado el 13 de abril de 2021, de <https://ezequielssingman.files.wordpress.com/2017/03/ziulu-derecho-constitucional.pdf>