

EXTENSION Y UNIFICACION DE LA JURISPRUDENCIA EN LA FACULTAD
DISCRECIONAL DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA
CASO CONCRETO

Presentado a:

LUIS CARLOS PEREZ FERRO

Presentado por:

JUAN CARLOS MURILLO GUZMAN

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS – DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTA

2014

**1. EXTENSION Y UNIFICACION DE LA JURISPRUDENCIA EN LA FACULTAD
DISCRECIONAL DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA CAPITAN LEANDRO
RODRIGUEZ CASO CONCRETO**

2. LINEA DE INVESTIGACION

DERECHO PARA LA CONVIVENCIA Y LA INCLUSION SOCIAL

La inclusión social más que una reflexión es una conexión entre el Estado y la sociedad que genera un desarrollo hacia la protección de los derechos fundamentales de las personas buscando primordialmente la verdad y la justicia.

3. SUBLINEA DE INVESTIGACION

Derecho constitucional, reforma de la administración de justicia y bloque de constitucionalidad.

“Una de las características principales del proceso de transformación del derecho es el proceso de constitucionalización que han vivido las sociedades a partir de la segunda mitad del siglo XX. En este proceso, el desarrollo de la nueva constitución política de Colombia a implicado una transformación material del derecho que se refleja en el proceso de construcción de un nuevo espacio de reforma tanto en el ámbito constitucional como en el ámbito administrativo. En este grupo de investigación se define los proyectos que han rastreado estas transformaciones materiales, y los impactos y vacíos que se generan al gestarse en el sistema político colombiano. Igualmente, se analiza la transformación, vía bloque de constitucionalidad, de los desarrollos jurídicos y políticos que se dan en este escenario”.

CAPITULO I

Las ausencias de las facultades que procuran el debido proceso en cualquier toma de decisión administrativa.

4. ANTECEDENTES

Para la época en que la condición de facultades discrecionales en donde a los miembros y servidores de la fuerza Pública no se les explica el retiro de sus cargos a capricho del Directores y Comandantes de fuerza, previa recomendación de los mandos medios a retirar algunos Agentes, Suboficiales y Oficiales, sin conocimiento y en completa omisión del Debido Proceso, con previa investigación y algunos casos con falsas motivaciones, lo que vulnera la Constitución Política sus principios soberanos y la jerarquía en cumplimiento a los derechos y a los deberes de los ciudadanos.

La figura del “retiro discrecional”, facultad que tiene el Ministerio de Defensa Nacional para retirar de manera nominal al personal uniformado de la Fuerza Pública, surgió en Colombia en el año de 1995, dada la crisis de indisciplina y de corrupción al interior de la Policía Nacional, que llevó al Gobierno Nacional, a través del Decreto Ley 573 de 1995, en su artículo 12, modificar parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional", y contra el artículo 11 del Decreto 574 de 1995, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 de 31 de enero de 1994, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional".

El retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la policía nacional y fuerzas militares, razones que deben obedecer a criterios objetivos y razonables conforme a la Constitución, las normas que se examinan establecen que por razones del servicio determinadas previamente por un Comité de Evaluación o por una Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, se puede disponer el retiro de funcionarios vinculados a dichas instituciones. Ello indica, que las

razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables, sujetas básicamente a las consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución, tal como lo ha entendido esta Corte. Ciertamente, en la sentencia C-525 de 1995 varias veces citada, expresó este Tribunal Constitucional que las razones del servicio que se aluden en los casos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, no son otras que las definidas por los artículos constitucionales citados, es decir, para el caso de las Fuerzas Militares: la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (217);

"Artículo 12. Retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional o la Dirección General, según el caso, podrán disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el artículo 50 del Decreto 41 de 1994."¹

Lo anterior para época consideró la Corte Constitucional que esta facultad discrecional era necesaria para corregir las actuaciones negativas en pro al cumplimiento del servicio, y por esto eran retirados en comité dirigido por el mismo Director General de Policía Nacional a miembros que obstaculizaban el buen actuar de la Institución, posterior a este nace la Facultad dispuesta en el Decreto ley 1790 de 2000 donde se convierte en la herramienta primordial para los comandantes de mando medio para corregir a sus subordinados en cumplimiento de las actividades propias del

¹ Sentencia C-525 de 1995 Corte Constitucional define la herramienta de la facultad discrecional y define sus límites a los directores y Comandantes de Fuerza así mismo al Ministerio de Defensa.

servicio no solo en orden público sino también en tareas administrativas, lo que llevó a que el beneficio de duda y de las actuaciones judiciales dentro de la fuerza se convirtiera en arbitrariedad.

5. ¿COMO ES LA EXTENSION DE Y UNIFICACION DE LA JURISPRUDENCIA EN LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA?

La facultad Discrecional ha sido una herramienta de los diferentes comandos de fuerza y directores de administración del Ministerio de la Defensa Nacional y que ha sido puesta en tela de juicio sobre las inmensas arbitrariedades en contra de los servidores públicos que obedecen a la jerarquía militar, El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, que reemplazo el Decreto 01 de 1984, trae innovaciones del nuevo derecho que se ajustan y se empiezan a implementar desde la sede administrativa; donde los usuarios o administrados acuden para hacer valer sus derechos con ocasión a una reparación por acción, omisión o extralimitación de sus funciones por servidores públicos o particulares que con ocasión a su cargo estén cumpliendo uno de los fines del Estado.

La facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio. La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, las felicitaciones y la ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, más aún en el caso de los miembros de la Policía Nacional, pues por la naturaleza de las funciones a ellos conferidas, requieren entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.

Con el fin de beneficiar las actuaciones de la Fuerza Pública los diferentes Comandantes de fuerza han tenido que recurrir a la condición de no dar explicaciones ni sustentar las motivaciones del

retiro de servidores y comandantes en los diferentes insignias y grados, dejando evidencia de una de las condiciones constitucionales por excelencia “EL DEBIDO PROCESO” Que no es más que seguir las reglas del derecho basado en la razón para que cada individuo tenga la garantía de defender sus interés laborales y personales según lo reza la constitución política así: “*ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”²

El planteamiento del problema nos trae un gran interrogante; ya que en todo momento el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se habla de igualdad y del beneficio para el administrado. Porque si se le piensa dar un valor jurídico tan importante como lo es el precedente jurisprudencial para reconocer diversos derechos, las altas cortes no realizan una unificación a tantas, diversas e importantes sentencias que existen sobre casos concretos para que así estén tengan la validez requerida para dar el verdadero cumplimiento de LA UNIFICACION Y EXTENSION DE LA JURISPRUDENCIA.

² http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

6. HIPOTESIS

Al formular el planteamiento del problema dentro de nuestra investigación, se pretende demostrar o dar a conocer el gran número de sentencias que existen sobre las facultades que adquieren los comandos de la Fuerza Pública en virtud de encontrar el mejoramiento de la actividad pública y así evitar las fallas dentro y fuera del servicio. Así mismo dicha facultad se convierte en arbitrariedades por parte de los superiores jerárquicos que convierten esta herramienta el decreto 1790 del 2000 para el capricho desconociendo el principio del Debido Proceso ante los que parecería los afectados directos sobre esta política o fenómeno que según los Directores de Departamento es la solución a las garantías laborales de control de los Comandantes de las distintas fuerzas.

El Estado pretende evitar que aquellos oficiales, sub-oficiales de Las fuerzas militares acudan a esta figura para así evitar el pago de innumerables peticiones que prosperan al existir una sentencia unificadora.

7. OBJETIVO GENERAL

Identificar el proceso jurídico de extensión y unificación de la jurisprudencia en la facultad discrecional del ministerio de defensa.

8. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar las sentencias existentes del Consejo de Estado y Corte Constitucional sobre casos concretos de la facultad discrecional.
- Explorar las líneas jurisprudenciales que se podrían llegar a aplicar en Sentencias de Unificación.
- Describir las diferentes clases de sentencias de restablecimiento del derecho que se le ha otorgado a algunos miembros de la fuerza pública.
- Investigar si se le ha dado la Importancia Jurídica a sentencias de retiro discrecional como lo establece el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para dar la aplicación a la Unificación y Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado.
- Proponer una línea jurisprudencial

9. JUSTIFICACION

Una característica esencial de la jurisprudencias es su desarrollo lento, por cuanto la jurisprudencia necesita un análisis detallado sobre el tiempo y la estructura de las mismas sentencias; hay que tener en cuenta que estos dos factores son cruciales para determinar si dos sentencias se pueden relacionar entre sí, lo que nos lleva a decir que la interpretación de una sentencia no se puede hacer de manera individual, sino que tiene que tener unos precedentes jurídicos que sustenten su propia existencia, la interpretación aislada, es un modo que se debe de rechazar, puesto que si se mirara a un sentencia desde un único punto de vista no se podría evidenciar un avance del derecho y la jurisprudencia dentro de un contexto. La determinación a entender a una sentencia particular puede causar errores de interpretación por parte de quien la analiza, de ese modo se crea una confusión, dispersión y no entendimiento de los aspectos normativos que expresa la jurisprudencia; de este modo y en general manera se debe concordar que debe existir una regla general que lleve a un buen manejo del “derecho judicial”, esa regla en síntesis es la interrelación de los conceptos jurídicos que emanan de las sentencias a la hora de analizar la misma, es decir la interrelación de teorías jurídicas integrales llevaran a un entendimiento más global y claro del problema que se trate.

La correlación entre elementos de juicios que emanan de sentencias judiciales son elementos muy importantes que hay que tener para la interpretación que se le puede dar a una sentencias, pero surge un interrogante, ¿Cómo se logra una adecuada interrelación de aquellos conceptos?, es importante resolver este interrogante de otro modo seria igual de confuso a una interpretación judicial aislada, de ese modo entendemos que debe existir unos presupuestos que nos lleven a la integración de conceptos o teorías jurídicas integrales; sintetizado en tres pasos, que son los siguientes: medir el problema o conflicto que se suscita, identificar las sentencias más relevantes y construir un teoría lógica que muestre la relación entre esos dos sentencias.

Primeramente para hablar de medir el problema o conflicto que se suscita en relación o comparación con otra sentencia hay que tener claro: que los presupuestos para lograr una exitosa interrelación están todos sustentados en la regla general de una interpretación integrar del derecho judicial. La relación de problemas nos lleva directamente a pensar sobre la posible existencia de

una analogía, aunque en el texto no sea explícita la idea, la determinación de un problema trae consigo su misma delimitación con lo que podemos medir o comparar un existencia real de su correlación, es decir, si es factico hablar de que existe un precedente por cuanto ya existía un precedente judicial que trajera conceptos y una consecuente solución al problema.

La construcción de una línea jurisprudencia a partir de una interrelación que depende de la importancia de la jurisprudencia nos sugiere el problema en común que se suscita, este es un paso importante en el tema que se está tratando. La relevancia de una jurisprudencia frente a lo que se pretende resaltar de una sentencia en específico trae consigo el problema de lo que ya se trataba en cuanto a la estructuración y argumentación de la existencia de una relación jurídica. Esa doctrina jurisprudencial sirve de guía tanto para jueces como para los mismo litigantes, de esta manera de logra estándares jurídicos que casi de forma involuntaria dan los lineamientos para la determinación de la actuación del juez. Es importante resaltar tanto que el derecho moderno independientemente del derecho positivo tendrá que irse ligando a lo que se va estableciendo en la jurisprudencia, el sometimiento de los jueces a esta fuente del derecho se va priorizando llevando al juez o a la administración a una tarea muchos más compleja de racionalización a la hora de aplicar una determinada norma.

A la hora del análisis de la sentencia se genera una confusión en cuanto a plantear un problema jurídico muy específico con plantear un problema jurídico muy genérico. El problema jurídico específico es el más viable porque lleva al análisis del derecho ser interpretado de manera específica y aplicable a ese caso, el problema jurídico plantado de manera genérica o conceptual lleva a elevar a la interpretación de forma más amplia, siendo posible aplicarlo a todos los casos que se susciten en confrontación con el derecho, es decir que no hay una solución concreta al caso sino que se aplica de forma genérica a todo lo relacionado con lo que se está discutiendo.

El problema jurídico es algo que se debe tener en cuenta en primera instancia desde la sede administrativa, de allí parte que se puede hacer o no un vinculación con una respectiva línea jurisprudencial, en consecuencia de esto mismo la identificación del problema mismo en un campo determinado. Un ejemplo claro es la identificación de los problemas constitucionales dentro de la rama constitucional; pero hay que advertir que existe un problema allí, puesto que los problemas constitucionales no se resuelven como los de penal o laboral en donde tiene una marcada ley, en el caso constitucional no se rigen por presupuestos legales sino por precedentes en cuanto a

conceptos supralocales que no están en la constitución, pues como bien sabemos las normas constitucionales se encuentra en un mismo rango. Independientemente de ello, las líneas jurisprudenciales se desarrollan indiscutiblemente en una norma constitucional, aquellos preceptos que nacen de ello tienen un nivel de abstracción de los mismos conceptos muy alto para un caso en concreto, siendo perjudicial, en tanto no se podría dar una analogía adecuada a el caso.

La línea jurisprudencial será un acto determinante del derecho moderno, tal cual como se viene diciendo, pero podemos inferir de igual manera que el derecho ira más allá del aspecto legislativo y se convertirá en un derecho nacido desde las altas cortes por los magistrados que las conforman; debido a que sus decisiones son vinculantes, pero teniendo en cuenta los aspectos que se están tratando. La determinación de una línea jurisprudencia reflejara de manera indiscutible múltiples respuestas a un problema en común, por cuanto también se pueden generar polos opuestos respecto a la solución de problema, para esta disyuntiva y toma de decisión se debe una dar una argumentación lógica y estructuración pertinente con respecto a lo que se va a tratar.

Como ya se venía diciendo, muchas veces las respuestas a un problema son múltiples y con frecuencia estas se encuentran en dos polos opuestos. La toma de una decisión hacia un polo apuesto significa seguir un precedente judicial, es decir, el operador jurídico se ciñe a una teoría por cuanto a su autonomía, la decisión en este caso se va más allá de la misma por cuanto de la actuación de la interpretación de una sentencia se hace determinante para la toma de decisión de la misma administración. La grafica de una línea jurisprudencial nos puede mostrar más claramente unas tendencias; así mismo como la solución de los problemas se sitúan en puntos opuestos, también se puede encontrar en un punto medio. Es importante aclarar que una línea jurisprudencial al marcar un tendencia de decisiones y mostrar un cambio no infiere que la determinación del juez y su cambio tienen paradigmas judiciales, esto en tanto que muchas veces sus decisiones están soportadas en decisiones anteriores por lo cual se podría conformar una sentencia de unificación para dar la verdadera Aplicación a la figura de la Extensión y Unificación de la Jurisprudencia del Consejo de Estado como lo establece los artículos 10, 102, 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Un fenómeno frecuente que se puede presentar con respecto a la toma de decisiones o de las líneas jurisprudenciales es el del “balance constitucional” o “sombra de decisión”, en este fenómeno se presenta que muchas de las decisiones son ajustadas a los precedentes judiciales, tal como se

presentaba el problema anteriormente; pero de manera global las decisiones siempre se manejarán dentro de un espectro de lo que se concibe como lógico y racional para el derecho, es decir, la toma de decisiones debe estar ajustada a la ley y a la sentencia de unificación o importancia jurídica, pero independientemente de ello es que esa sombra de decisión siempre se enmarcará dentro de una teoría bien sea opuesta, en peor siempre acercándose esas teorías. Este tal vez no sea un problema exclusivo de los jueces u operadores administrativos, sino de las cortes que también tienen una tendencia a acercarse a unos puntos muy radicales para amparar sus argumentos decisorios.

El balance constitucional en un principio nos sugiere que los precedentes judiciales obligan a la toma de decisión de una estricta manera anterior, pero resulta que esto no siempre es así, en tanto que en un principio de analogía no resulta siempre ser exactamente la decisión que se tomó anteriormente, esto nos lleva a pensar que la decisión de la administración pueda que no se sujete siempre a la imposición de ese precedente judicial, pero si se tiene que acercarse necesariamente a este, corriendo la balanza de la línea jurisprudencia hacia el extremo de las soluciones que se plantean en la línea descrita. La interpretación del precedente permite la acomodación de los diferentes argumentos que se han tomado.

Es pertinente detenerse en cuanto a una función implícita de la sombra de decisión. Para entender ello hay que tenerla siguiente información: “la sombra de decisión” de los precedentes jurídicos mantiene una idea general de cómo puede ser la decisión de un determinado caso, es por ello que no se marcan cambios jurisprudenciales tan espontáneamente, es decir este concepto es un detractor y nivelador, en cuanto ayuda a agotar todos los provechos jurídicos que se pueden extraer de una decisión.

La reiteración de la jurisprudencia es una tarea en Colombia que se debe de llevar de la mano con una vinculación taxativa dentro de la otra sentencia, cosa tal ha hecho la corte constitucional y la corte suprema de justicia. El caso de la reiteración en México se ve más marcado pues si existe como regla general en donde una reiteración de cinco jurisprudencias para que esa línea jurisprudencial ya sea bien definida. En este caso el precedente jurídico es muy marcado en tanto no se puede desconocer de ninguna manera los hechos pasados al igual que sus soluciones, en consecuencia de ello una línea jurisprudencial se ve más reforzada y puede llamarse sólida en tanto existan muchas más sentencias fallando a favor de un tipo de decisión con respecto a un caso en específico.

Esa unificación jurisprudencial, sentando un precedente; es tarea de las cortes que saben que tiene que tener una teoría lógica y razonables sentados en la ley pero que de una u otra forma se valen del conocimiento de la doctrina y de otros principios del derecho para sentar sus razonamientos dentro del parámetro de lo legal y razonable.

De este modo el precedente judicial cuando no se encuentra claramente definido, lo llevo a la corte a expresarse de una manera sustentada en cuando a la fundamentación de un artículo constitucional, es decir que el precedente al no existir lo remplazara la definición de un artículo constitucional, esto basado en que la definición del mismo lleva a un interpretación similar a la de un precedente, esto en cuanto que los artículos constitucionales se les tienen diferentes interpretaciones, para este caso se sustenta en la aplicación fáctica al caso en concreto. Si no existe una línea jurisprudencial a la cual seguir, entonces se creara una línea constitucional construida a partir de las definiciones e interpretaciones que le hayan dado las cortes anteriormente.

La definición general de una línea jurisprudencial en esencia está marcada por los conceptos de las cortes, cosa muy distinta es que las decisiones de la administración fundamente por analogía la defensa o la solución a un problema, es decir que a la hora de que un abogado fundamente un argumento sentado en conceptos abstractos que da la corte debe contemplar la transformación de estos a través del tiempo. En esencia el escenario de los jueces, administración y de las cortes en cuanto a un precedente es el mismo; quizás se puede afirmar que los cambios jurisprudenciales obedecen a cuestiones sociológicas que se inmiscuyen en las decisiones de los jueces o de las cortes.

La construcción de conceptos que sirven de guía para las decisiones van en una constante dinámica con relación a que se suscita en la sociedad, es por ello que a través de la historia no se tiene un mismo concepto sobre un tema determinado. Estas sentencias se pueden identificar desde el punto de donde nace, es decir que una sentencia fundadora de línea que dirime un tema nuevo para la sociedad es casi siempre resuelta definitivamente por una corte, pero no hay que desconocer que estas sentencias tienen sustento también en cuestiones constitucionales y culturales. Las sentencias hito son las que cambien el rumbo jurisprudencial que se llevaba, en estos cambios generalmente ya se presentan los fundamentos de derecho que un principio se pudieron ver desconocidos por el juez, la administración o las cortes. Las sentencias de confirmación son la expresión pura de los

argumentos de los precedentes jurídicos. En el caso de las sentencias hito se puede evidencia del cambio de un argumento opuesto al que se tomó como válido en la sentencia hito.

En conclusión, el interpretación exegética de las normas constitucionales o regulares han llevado los rumbos de interpretación judicial en Colombia, el planteamiento de una análisis lógico y razonable dentro de la interpretación como tarea de las cortes y del mismo juez lleva a tener en cuenta el precedente judicial que tomar parte en el derecho moderno como un elemento importante dentro de la toma de decisión. Dentro de esta la argumentación y la construcción de una teoría sentada en los presupuestos ya mencionados parte una estructuración de una línea jurisprudencial en donde se evidencia la evolución en tanto los conceptos con los cuales se toma una decisión en una sentencia, es por ello que es importante afirmar finalmente que el derechos en su construcción social debe analizar de manera integral en su proceder en cuanto a su pasado y futuro.

10. MARCOS REFERENCIALES

10.1 Sentencia: “Según el Diccionario de la Real Academia Española, Sentencia es “Declaración del juicio y resolución del Juez. Alsina (citado en Ossorio, 2006), la define como el “Modo normal de extinción de la relación procesal”. Para Couture. Sentencia es el “Acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento” Por su parte, Ramírez Gronda, considera que la sentencia es la Decisión judicial que en la instancia pone fin al pleito civil o causa criminal, resolviendo respectivamente los derechos de cada litigante y la condena o absolución del procesado. Finalmente, Cabanellas, señala que sentencia es la “Resolución judicial en una causa y fallo en la cuestión principal de un proceso”. Puede concluirse, diciendo que la sentencia es un acto procesal del Juez, a través del cual pone fin al proceso o a una etapa del mismo.”³

10.2 Jurisprudencia: “Jurisprudencia es un vocablo de origen latino proveniente de “iuris” (Derecho) y “prudencia” (conocimiento o sabiduría). El jurista romano Ulpiano definía la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas tanto divinas como humanas, y también

³ <http://temasdederecho.wordpress.com/tag/concepto-de-sentencia/>

como la ciencia de lo justo y lo injusto. En este sentido jurisprudencia significaba lo que hoy llamamos doctrina o sea el conocimiento de la ciencia del Derecho. Quien ejercía este rol de conocedor del Derecho recibía la denominación de jurisconsulto, que era aquel capaz, al conocer profundamente las cosas divinas y humanas, de discernir lo justo de lo injusto. Actualmente se entiende por jurisprudencia a los fallos que se reiteran sobre un asunto determinado, y que se convierten en fuente del derecho al poder ser invocados por las partes para defender sus derechos, y tenidos en cuenta por el Juez al dictar sus sentencias”⁴

10.3 Sentencias De Unificación Jurisprudencial son aquellas dictadas por el Consejo de Estado por su trascendencia jurídica, económica y social (Artículo 270 nuevo CCA)”⁵

10.4 Retiro discrecional: facultad que tiene el Ministerio de Defensa Nacional para retirar de manera nominal al personal uniformado de la Fuerza Pública

10.5 Acto administrativo: cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, cumplida por un sujeto de la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa.

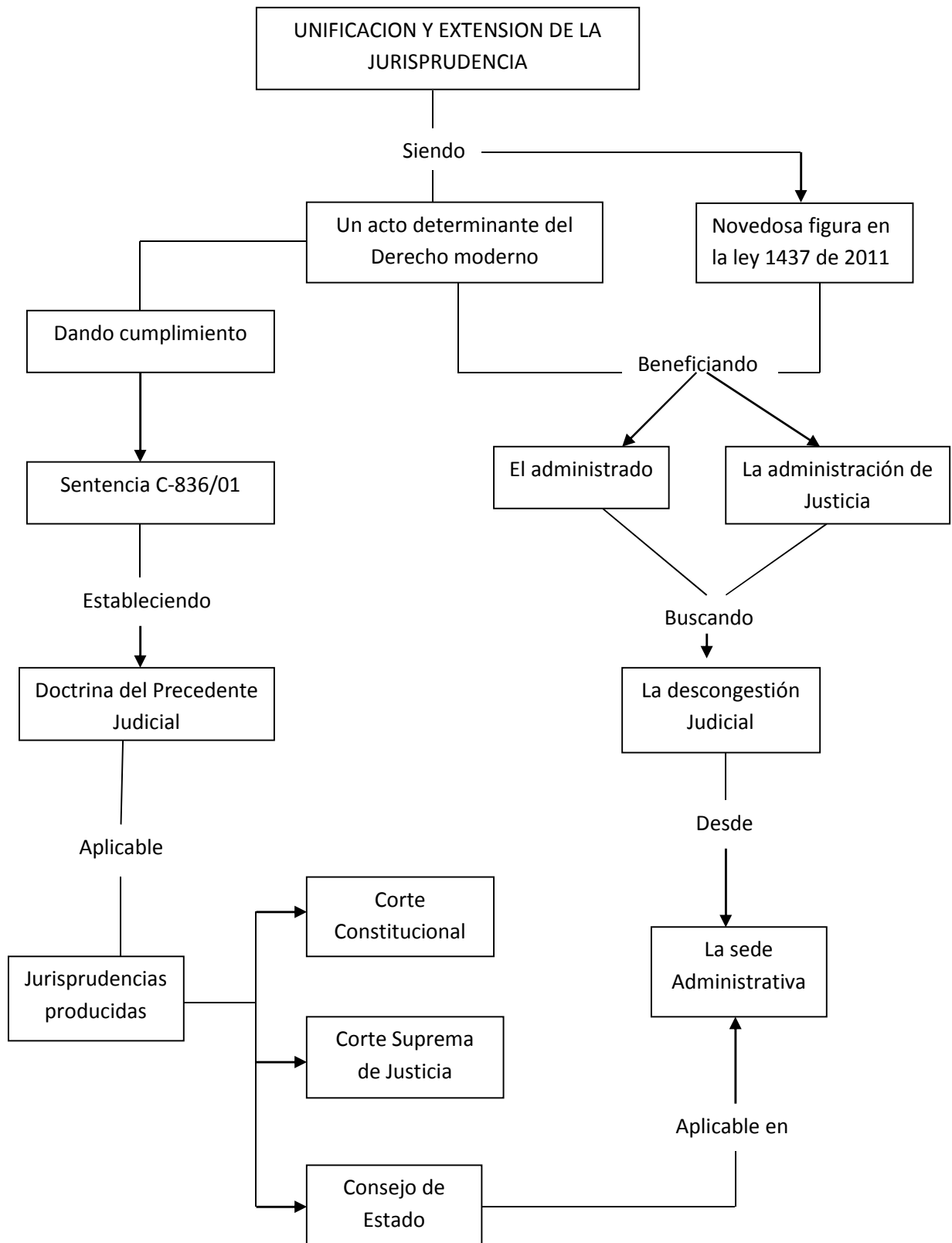
10.6 Para SANTOFIMIO GAMBOA,” acto administrativo es la principal manifestación de las autoridades administrativas y es toda manifestación unilateral de voluntad por parte de quienes ejercen funciones administrativas, sean órganos públicos del Estado o simples particulares, tendientes a la producción de efectos jurídicos. Se caracteriza este concepto, por ser, no solo de naturaleza voluntaria sino también decisoria. Es decir, con la capacidad suficiente de alterar el mundo jurídico. Si la manifestación de la voluntad no decide, no es un acto administrativo”⁶.

⁴ <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/jurisprudencia>

⁵ http://www.usergioarboleda.edu.co/clinica_interes_publico/unificacion-jurisprudencial.pdf

⁶ Ayala caldas, Jorge enrique. Elementos de derecho administrativo general Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., primera edición, 1999 pág. 167

MAPA CONCEPTUAL



11. MARCO JURIDICO

11.1 CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

ARTICULO 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

De conformidad con lo señalado por el Artículo 217 de la Constitución Política, El Ejército Nacional está instituido para mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar la convivencia en paz de todos los habitantes del territorio. Así, para hacer efectiva su misión de garante, de la materialización de un orden justo, requiere la existencia de ciertas facultades en cabeza de sus máximas autoridades, entre ellas y las principales del Presidente de la República y de los Comandantes de las fuerzas, tendientes a obtener un mejor servicio. Dentro de dichos mecanismos, la posibilidad del retiro del servicio por voluntad del Gobierno o del Comando del Ejército, se constituye en una herramienta que permite la renovación del personal con el objeto de obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la institución.

Así pues, el ejercicio de la facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan, que para el caso del Ejército Nacional, se adecue a su misión y la visión, cuyo objetivo principal es velar por las instituciones del Estado y sus intereses junto con sus ciudadanos. Cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad del Comando del Ejército es la razonabilidad; en otras palabras la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

11.2 LEY 1437 DE 2011 CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ARTÍCULO 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia: Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

ARTÍCULO 102. Extensión de la jurisprudencia del consejo de estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia

de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo

de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Artículo 269. Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del consejo de estado a terceros. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

<Inciso modificado por del artículo 616 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:>
Del escrito se dará traslado a la administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término común de treinta (30) días para que aporten las pruebas que consideren. La administración y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán oponerse por las mismas razones a las que se refiere el artículo 102 de este código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes;

en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado.

Sin embargo, si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario, que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanuda el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda.

11.3 Sentencia C-836/01 en donde el afectado miembro de la fuerza pública Ejército Nacional busca el resarcimiento de su condición laboral y prestacional.

“SENTENCIA DEL JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Demandante CARLOS FERNANDO ANGARITA SANTOS

Demandado LA NACION

Controversia RETIRO DEL SERVICIO FACULTAD DISCRECIONAL

- 1. En la anterior se solicita mediante la Nulidad parcial del Decreto 0881 de fecha 5 de septiembre de 2003 hecha por la Ministra de la Defensa Nacional en cuanto se ordena el retiro del servicio activo del Ejército Nacional al señor Capitán FERNANDO ANGARITA SANTOS identificado con Cedula de Ciudadanía número 79778963 de Bogotá.*
- 2. Que a título de restablecimiento del Derecho se ordene a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL a reintegrar al señor Capitán FERNANDO ANGARITA SANTOS considerándolo en actividad para todos los efectos legales, al cargo del grado que venía desempeñando en la carrera militar.*
- 3. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL , reconocer y pagar al señor Capitán FERNANDO ANGARITA SANTOS a título de perjuicios materiales todos los sueldo dejados de recibir, primas, bonificaciones y demás q que tiene derecho conforme a la ley, desde que fue retirado del servicio activo hasta el día de su reintegro, debidamente actualizados.*
- 4. Así mismo el pago de perjuicios morales la suma de 1000 gramos de oro fino sic...*

El Juez en esta caso demuestra con los consolidados de pruebas del operador judicial que tanto los funcionarios a cargo de activar el control del mencionado oficial junto con el Director o Ministro de la Fuerza obedecieron a una conducta tendenciosa, sin adecuar contextos claros y desbordando su facultad que les otorga el Decreto Ley 1790 de 2000 en sus artículo 103 – 104; tomaron la determinación de retirar arbitrariamente al Capitán FERNANDO ANGARITA SANTOS, sin

adelantar un debido proceso y un derecho real de la defensa lo que llevo al juez a tomar la siguiente Sentencia:

Sin más consideraciones y en mérito de lo expuesto, EL JUZGADO VENTICINCO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA DC, SECCION SEGUNDA, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. Declarar la nulidad de la Resolución 0881 del 5 de septiembre de 2003, expedida por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL en donde se ordena retirar del servicio activo y de forma DISCRECIONAL al Señor CAPITAN FERNANDO ANGARITA SANTOS, de conformidad con las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho EL MINISTERIO DE LA DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, deberá reintegrar al Señor FERNANDO ANGARITA SANTOS identificado con Cedula de ciudadanía No.79778963 de Bogotá, al mismo cargo que desempeñaba como CAPITAN del Ejercito Nacional al momento de ser retirado o a otro superior de acuerdo al grado que le corresponda.

TERCERO. Condenar a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, A reconocer, liquidar, y pagar al demandante todos los salarios, prestaciones

sociales, y demás emonumentos dejados de percibir entre la fecha de su retiro y la del efectivo reintegro con los ajustes posteriores de rigor, sic...

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

ALVARO TORRES ALVEAR”⁷

Juez

11.4 DECRETO 1790 DE 2000

ARTÍCULO 99. Retiro. Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.

ARTÍCULO 100. Causales del retiro. El retiro del servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

⁷ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm>

a. Retiro temporal con pase a la reserva

8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este Decreto.

A su vez el artículo 104 del mismo decreto estableció la posibilidad de retirar a los oficiales y suboficiales por razones del servicio y en forma discrecional, sin importar el tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, en los términos siguientes:

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

12. BIBLIOGRAFIA

EL DERECHO DE LOS JUECES, López Medina Diego, Segunda Edición, Edit, Legis
Constitución Política de Colombia

Decreto 1790 de 2000 artículos 103, 104

Sentencias C-525 de 1995

http://www.usergioarboleda.edu.co/clinica_interes_publico/unificacion-jurisprudencial.pdf¹

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html¹

<http://temasdederecho.wordpress.com/tag/concepto-de-sentencia/>

<http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/jurisprudencia>

http://www.usergioarboleda.edu.co/clinica_interes_publico/unificacion-jurisprudencial.

Ayala caldas, Jorge enrique. Elementos de derecho administrativo general Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, primera edición, 1999 pag 167pdf

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm>