

ACTO COMPLEJO - No lo configura la sola intervención de varias autoridades / ACTO DE POSTULACION - Acto de trámite o preparatorio no demandable / ACTO DE POSTULACION - No conforma acto complejo con acto de nombramiento

La existencia del acto complejo no se configura por la mera intervención de distintas autoridades, pues a ello debe agregarse la suma de voluntades encaminadas a proferir un acto administrativo, considerada cada una de ellas como independiente de la otra. (...) La improcedencia de demandar el acto de postulación de candidatos se reafirma en que el mismo, respecto del acto acusado, apenas sí constituye un acto de trámite o preparatorio, que como tal no puede ser objeto de acción alguna, como así lo dan a entender los artículos 49 y 50 del C.C.A., al precisar que solamente contra los actos definitivos procede la vía gubernativa y que por estos se toman “los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto”, lo que desde luego no puede predicarse del acto de postulación, ya que hasta ahí la administración no ha tomado decisión alguna, como sí ocurre con el acto de designación que expide el Presidente de la República para proveer los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

PROCESO ELECTORAL - Objeto: No se limita a elecciones populares o nombramientos precedidos de convocatoria pública / ACCION ELECTORAL - No se limita a elecciones populares o nombramientos precedidos de convocatoria pública / NOMBRAMIENTOS - La acción procedente es la electoral

El contencioso de nulidad electoral no sirve únicamente para juzgar la legalidad de elecciones populares o nombramientos precedidos de convocatoria pública, pues también puede emplearse para juzgar actos de nombramiento ajenos a tales procesos, como es precisamente el caso del acto de designación expedido por el Presidente de la República mediante el Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009, puesto el artículo 128.3 del C.C.A., acude a un criterio orgánico para establecer que sea el Consejo de Estado quien conozca de las demandas de nulidad electoral impetradas contra los nombramientos expedidos por el Jefe del Gobierno, sin importar el proceso que con antelación se haya surtido.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR - Magistrado: Naturaleza jurídica del cargo. Requisitos / TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR - Magistrado: Cargo de período exceptuado del régimen especial de carrera de la justicia penal militar / JUSTICIA PENAL MILITAR - Régimen especial de carrera / TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR - Magistrado: Nombramiento

corresponde al Presidente de la República de lista de candidatos elaborada por cúpula militar

El cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar, como ya se dijo, es de período fijo (8 años), no prorrogable, con lo cual queda sin fundamento la tesis de que los mismos deban proveerse agotando una convocatoria pública o un proceso de selección. Otra, que la designación de los Magistrados de ese Tribunal se encomendó al Presidente de la República, quien para hacerlo debe recibir previamente del Comandante General de las Fuerzas Militares, de los Comandantes de Fuerza y del Director General de la Policía Nacional, por conducto de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, una “lista de candidatos”, con base en la cual el primer mandatario hará el respectivo nombramiento. Y por último, que para la elaboración de esa “lista de candidatos” el legislador no previó procedimiento alguno, con lo que se dio a entender que el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, pueden obrar en su conformación con cierta libertad o discrecionalidad. Esta facultad es aún más evidente en el caso del Presidente de la República, para quien el legislador expresamente reconoció que la escogencia podría hacerla “discrecionalmente” entre los candidatos que integran la “lista de candidatos”, de modo tal que según su voluntad, que no puede tomarse como arbitrariedad, bien puede nombrar a alguna de las personas allí incluidas o simplemente pedir que le presenten nuevas listas.

DISCRECIONALIDAD - Elementos / FACULTAD DISCRECIONAL - Elementos

La discrecionalidad se define a través de dos elementos como son la adecuación y la proporcionalidad. Según lo primero, la medida debe tener correspondencia con el fin perseguido, o en palabras de la Doctrina Constitucional es preciso que exista “la armonía del medio con el fin”; y según lo segundo, la decisión que asuma la administración no debe ser desmedida frente a los hechos que le sirven de fundamento, ya que de superarse ese marco de referencia la decisión se convierte en arbitrariedad, que es la antítesis de la decisión discrecional.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR - Magistrado: Discrecionalidad en la conformación de lista de candidatos y nombramiento / MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR - Nombramiento. Requisitos / TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR - Magistrado: Lista de candidatos elaborada por la cúpula militar carece de fuerza vinculante frente al nombramiento que corresponde al presidente de la República

El grado de autonomía con que el legislador invistió a dichos Comandantes al elaborar la “lista de candidatos” a presentar al Presidente de la República, se mide bajo criterios de racionalidad y razonabilidad, pues si bien emergen de un concepto indeterminado como es la decisión discrecional, serán la adecuación y proporcionalidad las que decidan si su obrar, en este caso, estuvo o no ajustado a Derecho. (...) El proceso de designación de Magistrados del Tribunal Superior Militar viene acompañado de una alta dosis de discrecionalidad, tanto para la cúpula militar como para el Presidente de la República. Recuérdese que según lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 940 del 5 de enero de 2005 y en los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 091 del 17 de enero de 2007, el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, solamente están obligados a presentar la “lista de candidatos” al Presidente de la República, para cuya conformación, por la ausencia de regulación, quedan en libertad de acoger el procedimiento que mejor les parezca, siempre que ello no raye en la arbitrariedad, o sencillamente no acudir a procedimiento alguno, sino entrar a postular a los candidatos que cumplan con los requisitos para ejercer el cargo, en particular que sean miembros de la Fuerza Pública en grado de oficial superior en servicio activo o miembro de la Fuerza Pública en retiro, acreditando experiencia mínima de 8 años en el ejercicio de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar. En las mismas disposiciones se fundamenta la discrecionalidad con que el legislador dotó al Presidente de la República para hacer tales nombramientos, expresamente reconocida y llevada al punto que el Jefe del Estado, si así lo decide, bien puede devolver la “lista de candidatos” presentada por sus Comandantes de la Fuerza Pública, para que le envíen una nueva, con lo que el legislador dio a entender que para poder acceder a esos cargos no es suficiente cumplir con los requisitos para su ejercicio y contar con la respectiva postulación, sino que además se precisa del voto de confianza que el Presidente de la República deposita en ellos, ante lo cual no cabe reparo alguno porque entiende la Sala que se trata de una medida razonable, dada su condición de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Supremo Comandante de las Fuerzas Militares. La hipótesis contraria, esto es que la “lista de candidatos” presentada por dichos Comandantes tenga fuerza vinculante frente al Presidente de la República, no sería conforme al ordenamiento constitucional y de algún modo terminaría subvirtiéndolo. Nótese que el Presidente de la República, al ser el director de la Fuerza Pública y comandante supremo de las Fuerzas Armadas de la República (C.P. Art. 189 num. 3), tiene la máxima jerarquía dentro del Estado Colombiano sobre todos los integrantes de la Fuerza Pública, motivo por el cual tanto el Comandante General de las Fuerzas Militares, como los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional son sus subordinados; por ello, al tener una posición subordinada frente al Jefe de

Estado, sus actuaciones administrativas no pueden restringir el ejercicio de sus competencias discrecionales, ya que en punto del poder de nominación de los Magistrados del Tribunal Superior Militar puede acoger la lista presentada o pedir que la cambien.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los parámetros de la discrecionalidad para la conformación de la lista de candidatos y el nombramiento de magistrado de Tribunal Superior Militar, Corte Constitucional, sentencia C-737 de 2006.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 217 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 221 / LEY 940 DE 2005 - ARTICULO 3 / LEY 940 DE 2005 - ARTICULO 8 / DECRETO LEY 091 DE 2007 - ARTICULO 11 / DECRETO LEY 091 DE 2007 - ARTICULO 12

ACTO PROPIO - Concepto / TEORIA DEL ACTO PROPIO - Contenido y alcance

Esa teoría se configura a partir del carácter vinculante de los actos de la administración, que una vez expedidos y dados a conocer a los asociados, no pueden ser inobservados, no solo por su fuerza ejecutoria y ejecutiva, sino por la necesidad de salvaguardar la credibilidad y confianza que indispensablemente debe inspirar el obrar administrativo en los destinatarios de esas medidas. Además, en cierta forma esa teoría halla respaldo, a nivel interno, en lo dispuesto en el artículo 66 del C.C.A., en cuanto dispone que “los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos” por esta jurisdicción, salvo que pierdan su fuerza ejecutoria por cualquiera de las causales allí contempladas. (...) Así las cosas, la prohibición a la administración de venir contra sus propios actos es válida siempre que los actos correspondientes sean eficaces y jurídicamente vinculantes, lo que desde luego encuentra como referente normativo lo dicho en el artículo 58 Constitucional sobre los derechos adquiridos, pues si bien allí se amparan, ello sólo puede ocurrir a condición de que hayan sido “adquiridos con arreglo a las leyes civiles”, en atención que no se puede brindar protección jurídica a una situación que surge a espaldas del ordenamiento jurídico. Esto complementa, sin duda, la teoría de los Actos Propios, pues no basta con que la administración haya hecho alguna actuación con beneficios para terceras personas, ya que a ello debe sumarse la conformidad de esa actuación con las reglas jurídicas que la rigen.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la teoría del acto propio, Consejo de Estado, Sala Especial Transitoria de Decisión 4B, sentencia de 25 de abril de 2006, Rad. 11001031500020040078201(S) y Corte Constitucional, sentencia T-083 de 2003.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: *MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN*

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010)

Expediente: 11001032800020100002-00
Demandantes: Germán Contreras Meléndez
Demandado: Magistrado Tribunal Superior Militar
Asunto: Nulidad Acto Electoral

Agotados los trámites propios del proceso ordinario, dicta la Sala sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

I.- LA DEMANDA¹

1.- Pretensión

Con la demanda se pide:

“Que se declare la nulidad del Decreto No. 4547 de fecha 23 de noviembre de 2009, (acto administrativo fin) dictado por el señor Presidente de la República – Dr. ÁLVARO URIBE VÉLEZ, mediante el

¹ Esta síntesis de la demanda no corresponde al texto inicialmente presentado y que se observa de folios 2 al 53 del cuaderno 1A, sino al que se presentó acatando el auto inadmisorio de la demanda del 19 de enero de 2010 (fl. 218 C.1A), y que milita de folios 226 al 277 del mismo cuaderno.

cual se designaron a los siguientes señores Oficiales de la Fuerza Pública, como Magistrados del Tribunal Superior Militar para un periodo fijo de ocho (8) años, a saber:

a.- Coronel del ejército PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE

b.- Teniente Coronel del ejército PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA

c.- Mayor del ejército NORIS TOLOZA GONZÁLEZ

d.- Teniente Coronel de la Fuerza Aérea FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS

e.- Mayor retirado de la Policía Nacional JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.”

2.- Fundamentos Fácticos

A.- De Carácter General:

1.- El Congreso expidió la Ley 940 de 2005 “*Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar*”.

2.- La misma se expidió con base en el artículo 221 Constitucional y en su artículo 2 se fijan los requisitos de los cargos de la Jurisdicción Penal Militar.

3.- Copia el artículo 3 de esa ley.

4.- Según los artículos 8 de la Ley 940 de 2005 y 10 del Decreto Ley 091 de 2007, son el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, los facultados para postular los candidatos que integrarán la lista que se presentará al Presidente de la República para designar Magistrados del Tribunal Superior Militar.

5.- Desde finales de 2008 se presentaron 5 vacantes en ese Tribunal, motivo por el cual el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar fijó el 27 de octubre de 2008 como límite para que aquéllos postularan candidatos.

6.- El mismo Consejo determinó que el primer clasificado de cada lista sería propuesto al Presidente de la República para ser nombrado.

7.- Dicho Consejo, mediante Actas 35 de junio 15 de 2007 y 072 de agosto 12 de 2008 fijó las pautas del proceso de selección, precisando que a los concursantes se les evaluaría sobre 100 puntos, comprendiendo prueba escrita (50 puntos), experiencia en cargos de funcionario de la Justicia Penal Militar (10 puntos), Grado Militar y Antigüedad (10 puntos), Antigüedad (1.5 puntos), precedentes de calidad (20 puntos) y entrevista (10 puntos).

8.- Este proceso de selección o Construcción de Referentes de Calidad, lo adelantó la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, de acuerdo con la convocatoria No. 76824 MDNMDJPM-GAP del 3 de octubre de 2008, practicando la prueba escrita de conocimientos la Universidad Externado de Colombia.

B.- De Carácter Particular:

1.- El Coronel Germán Contreras Meléndez ingresó a la Fuerza Aérea Colombiana en 1988, donde se ha desempeñado siempre dentro de la Jurisdicción Penal Militar, demostrando buen desempeño, cumplimiento y eficiencia.

2.- La Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en cumplimiento de la Convocatoria Oficio 76824 MDNMDJPM-GAP de octubre 3 de 2008, solicitó a todas las Fuerzas Militares, a la Policía Nacional y al Comando General de las Fuerzas Militares la presentación de candidatos para el Concurso de Méritos o Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, para determinar la lista de aspirantes que

se presentaría al Presidente de la República, a fin de ocupar 5 vacantes de Magistrado en el Tribunal Superior Militar.

3.- En la Convocatoria se determinó que el primer clasificado sería propuesto ante el Presidente de la República y que cada una de ellas tendría una Magistratura.

4.- Según las directrices señaladas por el Consejo Asesor y el Ministro de Defensa, la Policía Nacional postuló 4 candidatos, el Ejército Nacional 5 candidatos, la Fuerza Aérea 4 candidatos, la Armada Nacional 1 candidato que fue retirado antes de iniciarse el proceso de selección, y el Comandante General de las Fuerzas Militares 1 candidato.

5.- Con oficio 1773-MD-CGFM-JEMC-AY del 29 de octubre de 2008 el Comandante General de las Fuerzas Militares postuló como candidato único al Coronel Germán Contreras Meléndez.

6.- Todos los aspirantes sabían que para ser postulados debían superar las distintas pruebas y obtener el primer puesto.

7.- En la prueba escrita de conocimientos, que se aprobaba con un puntaje mínimo de 60/100, el Coronel Germán Contreras Meléndez obtuvo una calificación de 61.5/100. Su no aprobación impedía continuar en el concurso.

8.- El actor obtuvo en la entrevista 55/100 puntos, llegando a un total de 74.19/100 puntos, ocupando como candidato único el primer lugar en la lista del Comando General de las Fuerzas Militares, y el tercer puesto frente a todos los concursantes, siendo superado por el Teniente Coronel de la Fuerza Aérea Fabio Enrique Araque Vargas (76.70/100) y por el Teniente Coronel del Ejército Pedro Gabriel Palacios Osma (74.24/100).

9.- El 21 de abril de 2009 el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, presidido por el entonces Ministro de la Defensa, Dr. Juan Manuel Santos Calderón, conoció el informe rendido por la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar sobre los resultados del proceso de selección.

10.- En la misma sesión del Consejo Asesor se hizo constar algunas contradicciones entre la prueba escrita y las entrevistas practicadas a algunos aspirantes, frente a lo cual se hicieron algunas recomendaciones. Si bien allí mismo la Directora Ejecutiva advirtió que cada fuerza debe tener un representante en la lista de aspirantes a presentar al Presidente de la República, los Comandantes decidieron que esa lista se integraría por el Coronel Pedro Palacios del Ejército, el Coronel Fabio Araque de la Fuerza Aérea, el Mayor en retiro José Morales Chinome, la Coronel Paulina Leguizamón y el Mayor Noris Toloza del Ejército. Es decir, serán 3 oficiales del Ejército, 1 de la Fuerza Aérea y 1 de la Policía Nacional.

11.- El demandante superó en puntaje a los siguientes postulados: Mayor (r) de la Policía Nacional José Liborio Morales Chinome (66.98 puntos), a la Coronel del Ejército Paulina Leguizamón Zárate (70.23 puntos) y a la Mayor del Ejército Noris Toloza González (66.49 puntos).

12.- De haberse respetado las reglas de la convocatoria el Coronel Germán Contreras Meléndez habría integrado la lista de aspirantes a ocupar el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar, que se presentó al Presidente de la República. No debió incluirse allí a la Mayor Noris Toloza González (66.49 puntos), quien obtuvo el 4º puesto en la lista del Ejército Nacional y el 7º puesto en la totalidad de concursantes.

13.- Tanto el Ministro de la Defensa como los Comandantes de Fuerza (Fuerza Aérea Colombiana, Armada Nacional y Ejército Nacional), el Comandante General de las Fuerzas Militares, el Director General de la Policía Nacional y la

Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en la sesión del Consejo Asesor del 21 de abril de 2009 modificaron indebidamente el orden de precedencia determinado por los resultados del concurso. Lo decidido no fue notificado a los demás participantes, afectándose la meritocracia y el debido proceso.

14.- En el Acta 092 del 28 de mayo de 2009 de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar – Grupo de Administración de Personal, se consignaron los pormenores del proceso de selección.

15.- Reitera la exclusión indebida de que fue objeto el demandante, no obstante el puntaje obtenido en el proceso de selección.

16.- Con el oficio 36305 MDMDEJPM-GAP del 7 de mayo de 2009 la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar le informó al Comandante de la Fuerza Aérea que el Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas superó el proceso de selección y que su nombramiento estaba en trámite, dando por hecho que en efecto sería designado en una de las Magistraturas.

17.- El 12 de mayo de 2009 la Dirección de Prestaciones Sociales de la FAC expide certificado de disponibilidad presupuestal en respaldo de ese nombramiento.

18.- También con oficio 0008731 MDN.CGFM.CE.JEDEH.DIPER.EP el Director de Personal del Ejército, ante requerimiento de la Dirección Ejecutiva con oficio 000621 del 6 de mayo de 2009 en tal sentido, certificó la disponibilidad presupuestal para proveer los 3 cargos de Magistrado del citado Tribunal.

19.- El 14 de mayo de 2009 la señora María Mercedes Salamanca Ortiz, esposa del Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas, quien trabaja como Asesora Legal del Departamento de Contratos del Comando Aéreo de Combate No. 1, inicia trámites de traslado porque su esposo va a ser nombrado en esa Magistratura.

20.- Otra prueba de que en mayo de 2009 ya era de público conocimiento la forma como se integraría el Tribunal Superior Militar, es el informe escrito presentado al actor por el Mayor Efraín Pachón Piragauta el 22 de junio de 2009, quien también participó en ese proceso de selección.

21.- Ante esas anomalías el actor formuló en junio de 2009 acción de tutela ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, como mecanismo transitorio, para que fuera incluido su nombre en la lista que se presentaría al Presidente de la República.

22.- La Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar contestó la tutela aduciendo que la Construcción de Referentes de Calidad busca la incorporación de personal altamente calificado, pero no constituye una lista de elegibles que deba agotarse en orden de mérito.

23.- También se negó en esa contestación que el proceso de selección hubiera culminado en la sesión del 21 de abril de 2009 del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, porque aún no se había enviado al Presidente de la República el listado de participantes, agregando que allí serían incluidos todos los participantes, entre ellos el actor.

24.- El 19 de junio de 2009 la misma Directora adicionó la contestación expresando que el oficio 76824 MDNMDJPMGAP del 3 de octubre de 2008, no limita la facultad discrecional que en esa materia tienen los Comandantes de Fuerza, el Comandante General y el Director de la Policía Nacional, según lo dispuesto en la Ley 940 de 2005 artículo 8 y en el Decreto Ley 091 de 2007 artículos 11 y 12.

25.- Retoma apartes de la contestación anterior donde se insistió en que se trata de una facultad discrecional, como así lo demuestra el hecho que el Almirante de la

Armada Nacional declinó de su candidato único el Capitán de Navío Luis Alfonso Soto Gil.

26.- Del mismo escrito destaca que fue el propio Comandante General de las Fuerzas Militares quien declinó la candidatura del Coronel Germán Contreras Meléndez, lo cual es refutado por el actor al señalar que no hay prueba de ello y que de haberse dado, ocurrió luego de finalizado el proceso de selección.

27.- De dicha contestación retoma la parte en que se niega que el envío de la lista de aspirantes deba hacerse como lo indica el oficio 76824 MDNMCJPMGAP del 3 de octubre de 2008, porque ningún aspirante puede alegar derechos adquiridos debido a la facultad discrecional que al respecto tiene el Presidente de la República.

28.- El 23 de junio de 2009 se falló la tutela en forma adversa a lo pretendido, aduciéndose que la violación era apenas hipotética porque en todo caso el actor sería incluido en la lista.

29.- La Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo anterior, aduciendo que el actor debió previamente acudir ante la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y el Consejo Asesor, y que para ello tiene otro mecanismo de defensa judicial.

30.- Ante la Corte Constitucional se pidió la revisión de la mencionada tutela, a fin de que se respete la meritocracia.

31.- La Corte Constitucional seleccionó para revisión la citada tutela.

32.- Con el oficio 59707 MDNMDEJP-GAP del 29 de julio de 2009 expedido por el Director (e) de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, Coronel Edgar Emilio Ávila Doria, se informó al actor que en el Consejo Asesor de la Justicia Penal

Militar no se seleccionan los candidatos a conformar la lista de legibles, siendo facultad del Presidente de la República aceptar o no el proceso de referentes de calidad.

33.- Esbozando las mismas razones aquí señaladas, el actor dirigió el 9 de noviembre de 2009 solicitud al Presidente de la República para que lo tuviera en cuenta como aspirante a esa Magistratura.

34.- No obstante el puntaje obtenido por el actor, el Presidente de la República expide el Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009, designando como Magistrados del Tribunal Superior Militar a las mismas personas postuladas por el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza (Fuerza Aérea Colombiana, Armada Nacional y Ejército Nacional) y el Director de la Policía Nacional.

35.- El actor venía desempeñándose como Fiscal ante Juez de Instancia de la Inspección General del Comando General de las Fuerzas Militares desde el 7 de diciembre de 2004 (Resolución 256/2004) hasta el 1 de junio de 2009, cuando sin justificación fue terminada su designación, asignándosele nuevo cargo el 21 de agosto de 2009, mediante Resolución Ministerial No. 3528 del 21 de agosto de 2009, para la Jefatura Jurídica del Comando Fuerza Aérea como Director de Investigaciones Disciplinarias y Administrativas de primera instancia.

36.- El 6 de noviembre de 2009 el General Segundo Comandante de la Fuerza Aérea, señor Fernando Soler, le comunicó verbalmente al actor que había sido llamado a calificar servicios, por disposición de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa de la misma fecha.

37.- El llamamiento a calificar servicios se dio con el Decreto Presidencial 5009 del 28 de diciembre de 2009, que se hará efectivo a partir del 15 de enero de 2010 porque el actor está disfrutando de vacaciones.

38.- Copia lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 940 del 5 de enero de 2005.

39.- El demandante solicitó al Presidente de la República el 9 de noviembre de 2009, con copia al Comandante de la Fuerza Aérea y al Ministro de la Defensa, se reconsiderara la decisión de llamarlo a calificar servicios, la cual fue denegada.

40.- La misma solicitud fue trasladada por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República a la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, quien con su oficio 114682 MD-DEJPM-DGAL-22 del 22 de diciembre de 2009 dio a entender que desconoce que el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar es el que selecciona los Magistrados del Tribunal Superior Militar y que en su sesión del 21 de abril de 2009 (Acta 103), fueron escogidos sus 5 Magistrados.

41.- El 10 de diciembre de 2009 el actor solicitó al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República copia auténtica del Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009, sin que hasta la fecha se le haya expedido.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

Primer Cargo: En la integración de la lista de postulados para ser nombrados Magistrados del Tribunal Superior Militar, no se respetó la primera directriz previamente determinada por el Ministro de la Defensa Nacional y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar (Violación al Debido Proceso).

Se fundamenta en que en los artículos 3 de la Ley 940 de 2005 y 10 del Decreto Ley 091 de 2007, se precisa que el Gobierno Nacional – Ministerio de Defensa realizan el proceso de selección, y que dicho Ministro y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar definen sus “*directrices*”, quedando a cargo de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar su realización.

Mediante oficio 76824 MDNMDJPM-GAP del 3 de octubre de 2008 aquéllos fijaron como directrices del proceso de selección que a cada una de las Fuerzas se le asignaba una de las Magistraturas en la lista que se presentaría al Presidente de la República y que la lista se integraría con el primer clasificado de cada una de las listas presentadas por los respectivos Comandantes, con lo cual se establecería un orden de precedencia; es decir, no se trata de una competencia discrecional sino reglada.

Según consta en Acta del Consejo Asesor No. 103 de sesión realizada el 21 de abril de 2009, una vez culminado el proceso de selección los Comandantes de Fuerza revisaron presuntas inconsistencias ocurridas en ese proceso, llegando a plantear que la entrevista debía ser eliminatoria. Luego, ante la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar la Policía Nacional postuló 4 candidatos, el Ejército Nacional postuló 5 candidatos, la Fuerza Aérea postuló 4 candidatos, la Armada postuló 1 candidato, pero fue retirado antes de iniciarse el proceso de construcción de referentes de calidad, y el Comandante General de las Fuerzas Militares postuló 1 candidato.

Que si bien el Coronel Germán Contreras Meléndez fue postulado como candidato único por parte del Comandante General de las Fuerzas Militares (oficio No. 1773-MD-CGFM-JEMC-AY del 29 de octubre de 2008), a raíz de la sesión del 21 de abril de 2009 el actor no fue postulado. Señala que no es cierta la afirmación hecha por la Directora Ejecutiva en el oficio del 19 de junio de 2009, en el sentido que el Comandante General de las Fuerzas Militares declinó su postulación, más porque

había superado todas las fases del proceso de selección, ubicándose como primero en la lista del Comando General de las Fuerzas Militares y tercero frente a todos los aspirantes.

Segundo Cargo: En la integración de la lista de postulados para ser nombrados Magistrados del Tribunal Superior Militar, no se respetó la segunda parte de la convocatoria previamente determinada por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar de fecha 12 de agosto de 2008 (Violación al Debido Proceso y al Derecho a la Igualdad).

Señala el apoderado que no se respetó la segunda directriz adoptada por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar el 12 de agosto de 2008 que fijó todos los factores de evaluación establecidos para el proceso de selección, los cuales fueron aludidos en las Actas 035 del 15 de junio de 2007 y 072 del 12 de agosto de 2008 por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar. Precisa que tal directriz hacía referencia a que en el proceso de selección la lista se integraría con el primer clasificado de cada una de las listas, con miras a establecer un orden de precedencia.

Luego de repetir las pruebas presentadas y los puntajes obtenidos por los participantes, vuelve sobre la forma como fue omitido el nombre del actor, siendo postulados finalmente personas que en puntaje no lo superaban; agrega sí, que esta situación generó la violación de su derecho al debido proceso, en conexidad con *“la buena fe, y el principio de la confianza legítima derivado de la Seguridad Jurídica”*, ciertamente porque se dejó de aplicar la Ley 940 de 2005 y las directrices dadas por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar en las Actas 035 de 2007 y 072 de 2008, para en su lugar aplicar las previstas en la sesión del 21 de abril de 2009.

Afirma que tanto en la jurisprudencia de esta Corporación como en la de la Corte Constitucional, se ha dicho que siempre ha de nombrarse al ganador del concurso y en orden descendente, para lo cual resulta imperativa la lista de elegibles; si no se hace, sobreviene la violación de los derechos al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al acceso a cargos públicos. No le parece acertado lo dicho por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar en su oficio 114682 MC-DEJPMDGAL-22 del 22 de diciembre de 2009, sobre que en este caso no se constituye una lista de elegibles porque no se trata de un proceso técnico de selección, porque fueron el Ministro de la Defensa y el Consejo Asesor los que decidieron adelantar un proceso de selección, renunciando a cualquier discrecionalidad; tampoco acepta que se diga que el resultado del proceso de construcción de referentes de calidad no genere derechos adquiridos para los participantes, pues así carecería de objetivo el proceso de selección y se permitiría que los postulantes desconocieran sus resultados.

Tercer Cargo: Violación al derecho a la igualdad.

Considera el actor que se le violó su derecho a la igualdad con lo ocurrido en el proceso de selección, que no viene al caso repetir, debido a que personas con menor puntaje al suyo fueron postuladas y designadas como Magistrados del Tribunal Superior Militar, no obstante haberse consolidado su situación jurídica de elegible, lo cual constituye un trato discriminatorio para él.

Cuarto Cargo: Los cargos de Magistrado de Tribunal Superior Militar son de período fijo y cuando se accede a ellos mediante concurso de méritos, este se debe respetar.

Con base en el artículo 125 Constitucional y que en materia electoral la jurisprudencia ha aceptado examinar la legalidad de los actos administrativos bajo las causales específicas y generales de nulidad, dice el apoderado que si bien esos cargos de Magistrado no son de carrera, por ser de período, no puede entenderse

que son de libre nombramiento y remoción. En el artículo 3 de la Ley 940 de 2005 están previstos los procesos de selección para el personal que cumpla funciones jurisdiccionales en la Justicia Penal Militar, quedando cobijados, según el actor, los Magistrados del Tribunal Superior Militar. Luego cita apartes de la sentencia C-368 de 1999.

Quinto Cargo: El acto administrativo demandado se expidió en forma irregular (Art. 84 C.C.A.).

Apoyándose en el artículo 84 del C.C.A., e identificando los elementos del acto administrativo, dice el apoderado que la violación no la produjo el Presidente de la República al firmar el acto acusado, sino el Ministro de Defensa, el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza, el Director General de la Policía Nacional y la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, al presentarle la lista de aspirantes a esa magistratura, en la forma señalada en el Acta 103 del 21 de abril de 2009, violando las reglas previstas en la convocatoria 76824 del 3 de octubre de 2008, así como el orden de precedencia arrojado por los puntajes de cada candidato.

Expresa que la nulidad también se configura porque en el acto demandado no se tuvo en cuenta ni se relacionó al actor como candidato único propuesto por el Comando General de las Fuerzas Militares en su oficio 1773MD-CGFM-JEMC-AY del 29 de octubre de 2008, pese al puesto que ocupó por el puntaje obtenido.

Sexto Cargo: El acto administrativo demandado se expidió con falsa motivación (Art. 84 C.C.A.).

Para el actor el cargo se configura con base en los mismos hechos que viene narrando, en concreto porque el acto acusado se expidió sin tener en cuenta *“los verdaderos antecedentes de hecho y de derecho que lo precedieron”*, porque (i) la

lista de candidatos no se elaboró teniendo en cuenta que cada Fuerza tendría un aspirante, (ii) la lista no contiene el estricto orden de precedencia según los puntajes obtenidos por los aspirantes, con lo cual se desconoció la convocatoria 76824 del 3 de octubre de 2008.

Séptimo Cargo: Violación al artículo 84 del C.C.A., por infracción de las normas en que debía fundarse el acto administrativo demandado.

Luego de las respectivas generalidades de la causal, dijo el apoderado que su configuración se dio porque el acto acusado inobservó lo dispuesto en los artículos 3 y 8 de la Ley 940 de 2005, así como las reglas fijadas por el Consejo Asesor de Justicia Penal Militar el 12 de agosto de 2008 y las previstas en la convocatoria 76824 del 3 de octubre de 2008 que estableció el concurso de méritos para proveer 5 vacantes del Tribunal Superior Militar. En lo restante se ocupa de reiterar los pormenores de ese proceso de selección, afirmando de nuevo que sus resultados no fueron respetados con la lista presentada al Presidente de la República; también se transgredió el Acta 072 del 12 de agosto de 2008, en cuanto dispuso que el Comando General de las Fuerzas Militares, así como cada una de las respectivas Fuerzas, y la Policía Nacional, tendrían derecho a una magistratura, para la cual sería postulado quien obtuviera el primer puesto.

II.- LA CONTESTACIÓN

1.- Por parte del Mayor (r) José Liborio Morales Chinome y el Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas

Contestaron la demanda por separado pero a través del mismo apoderado y con los mismos argumentos.

Frente a los hechos de carácter general dijo: El primero y el segundo, son ciertos. El tercero, también lo es, sólo que se presenta como haciendo ver que se trata de un proceso de selección a la manera de una carrera administrativa, cuando no es así, dado que el Presidente de la República ejerce una facultad discrecional cuando designa a esos Magistrados, la cual se declaró exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-737 del 30 de agosto de 2006. El cuarto, es cierto. El quinto, no le consta y aclara que el oficio 76824 MDMDEJP.GAP no corresponde a una convocatoria para ocupar el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar, sino que apenas pide candidatos para participar en el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad a fin de organizar las listas a presentar al Presidente de la República para proveer las 5 vacantes de forma discrecional. El sexto, no le consta y agrega que el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad permitía que los postulantes declinaran ese derecho, como así ocurrió con el Comando de la Armada Nacional en su oficio 2105-MD-CG-CARMA-SECAR-41.2 del 7 de noviembre de 2008, así como con el Comandante General de las Fuerzas Militares en las Actas 103 del 21 de abril de 2009, ratificado en Acta 122 del 15 de julio de 2009, de modo que lo surgido de tal Proceso no equivale a una decisión administrativa. El séptimo, no es cierto que lo considerado en la reunión del Comité Asesor, surtida el 15 de junio de 2007, se haya basado en el artículo 3 de la Ley 940 de 2005, ni que allí se haya implementado un proceso de selección por convocatoria. Al octavo, no es cierto.

En cuanto a los hechos de carácter particular dijo: El primero, no le consta. El segundo, no es cierto. El tercero, no es cierto que a cada Comando correspondiera una magistratura. El cuarto, no le consta. El quinto, no es cierto, según el oficio 1773 quien postuló fue el Almirante David René Moreno Moreno, Jefe del Estado Mayor Conjunto Fuerzas Militares, sin contar con delegación del Comandante General de las Fuerzas Militares. Al sexto, no es cierto. Al séptimo, no le consta. Al octavo, es cierto, con la precisión que los resultados no obligaban a los Comandantes de Fuerza, al Comandante General de las Fuerzas Militares ni al Director General de

la Policía Nacional. Al noveno, no le consta. Al décimo, no le consta. Al undécimo, no es cierto, aclarando que de admitirse la tesis del actor a lo sumo tendría derecho a integrar la lista presentada al Presidente de la República, porque frente a la designación el Presidente tiene una facultad discrecional. Al décimo segundo, no es cierto, agregando que el Mayor (r) José Liborio Morales Chinome obtuvo el primer lugar en la “*ilusoria lista d (sic) elegibles*”. Al décimo tercero, no es cierto, y si el actor no fue presentado al Presidente de la República, fue por la facultad discrecional que frente a ello tenían los señalados Comandantes según el artículo 8 de la Ley 940 de 2005 y el artículo 12 del Decreto Ley 091 de 2007. El décimo catorce, no es cierto. El décimo quinto, no es cierto. Del décimo sexto al trigésimo tercero, no le constan. El trigésimo cuarto, no es cierto. Del trigésimo quinto al trigésimo séptimo, no le constan. El trigésimo octavo, es una referencia legal. Del trigésimo noveno al tetragésimo primero, no le constan.

En cuanto al primer cargo, el apoderado lo desestima negando que el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad sea un requisito para la provisión del cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar. Precisa que según los artículos 4, 6 y 8 de la Ley 940 de 2005 y 12 del Decreto Ley 091 de 2007, la facultad de nominación del Presidente de la República frente a dichos funcionarios es discrecional reglada, ya que si bien existen unos requisitos mínimos a cumplir por los aspirantes, no son cargos de carrera. Según el artículo 12 último, dicho Proceso no es requisito para obtener el nombramiento, como así se aprecia en el propio oficio 76824 del 3 de octubre de 2008. Además, discrecionalmente podían los Comandantes presentarlo como postulante, pero como no ocurrió así, no fue nombrado por faltarle ese requisito.

Tampoco es cierto que el fundamento legal del Proceso de Construcción de Referentes de Calidad sean los artículos 3 de la Ley 940 de 2005 y 10 del Decreto Ley 091 de 2007, ya que su objetivo no era seleccionar personas para ser nombradas como Magistrados del Tribunal Superior Militar. Niega que el oficio

76824 del 3 de octubre de 2008 sea una convocatoria, puesto que el mismo no es más que una solicitud de envío de candidatos para participar en ese Proceso. Considera igualmente que de ese Proceso no resultaba una lista de elegibles, ni que el primer clasificado obtuviera el derecho a ser presentado al Presidente de la República para ser nombrado, ya que tal regla no se fijó en la reunión del Comité Asesor de la Justicia Penal Militar del 12 de agosto de 2008 (Acta 072), a lo cual agrega que de ser cierto el deber de presentar al actor al Presidente de la República, este tenía facultad discrecional para nombrarlo o no, como igual la tenían los Comandantes para postularlo o no.

No admite como cierto que los demás aspirantes en el Proceso estuvieran convencidos de que si superaban el concurso y obtenían el máximo puntaje, debían ser presentados al Presidente de la República para que los designara como Magistrados, ya que en el oficio 87509 se hizo claridad al respecto, indicando que se presentaban a un Proceso de Construcción de Referentes de Calidad y no a un concurso público para elegir cargos de carrera.

Respecto al segundo cargo se dice que el actor alega supuestos derechos adquiridos, lo cual no es propio del proceso electoral, en el que se ha debido demostrar que alguno de los designados estaba incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad. En lo demás reitera sus anteriores argumentos, en el sentido que el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad no es una convocatoria pública, no limita la discrecionalidad de los Comandantes para postular ni la del Presidente de la República para designar, y que no puede alegarse violación del derecho a la igualdad o del principio de confianza legítima porque el actor conoció estas condiciones de antemano.

El tercer cargo lo desestima con base en los mismos argumentos, precisando que ninguna medida dictada por el Ejecutivo, que no existió, puede suplantar la

voluntad del legislador, quien no ha dispuesto que los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar sean de carrera.

Para refutar el cuarto cargo se retoman los argumentos ya expuestos, agregando que le resulta extraño que en este caso pueda violarse el artículo 125 Constitucional, en el que expresamente se reconoce la libertad de configuración del legislador en materia de empleos, como es el caso de tales Magistrados, que son de período pero no de carrera administrativa, al así haberlo establecido la Ley 940 de 2005 artículo 8 y el Decreto Ley 091 de 2007 artículos 7, 9 y 12.

El quinto cargo lo desestima el apoderado alegando las mismas razones que para las anteriores, con la precisión que si el actor no compartía las decisiones adoptadas por los Comandantes de Fuerza, el Comandante General de las Fuerzas Militares y el Director General de la Policía Nacional, en el seno del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, plasmadas en las Actas 103 del 21 de abril de 2009 y 072 del 12 de agosto de 2008, ha debido demandarlas, no por acción de simple nulidad, sino mediante la de nulidad y restablecimiento del derecho. Por último, considera que en la demanda no se identificó el vicio o la irregularidad sustancial que supuestamente ocurrió en el camino a la designación demandada.

Frente a los cargos sexto y séptimo también se opuso el apoderado, reiterando los planteamientos ampliamente mencionados.

Como excepciones formuló las siguientes:

α.-) Inepta Demanda: El apoderado le endilga a la demanda, que en su momento fue corregida por el actor a pedido de la Consejera sustanciadora, falta de claridad en sus hechos y omisiones, porque no se precisa cual fue la falla en que incurrió el Presidente de la República al expedir el acto acusado, dedicándose por el contrario a señalar conductas de otras autoridades “*que nada tienen que ver con el acto acusado*”. Considera que también se configura la excepción porque no se demandó

el acto por medio del cual el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional postularon los aspirantes ante el Presidente de la República, pues en su opinión se trata de una especie de acto complejo. Entiende igualmente que la demanda no precisa las normas violadas y el concepto de violación, no obstante lo extenso de la demanda, y que tampoco individualiza las pretensiones, dado que el actor persigue un interés propio y no uno de carácter general, accionando incluso contra personas que reconoce sí tenían derecho a ser nombradas; además, no podían acumularse las pretensiones porque cada designado tenía un interés particular e independiente.

b.-) Proposición Jurídica Incompleta: Se fundamenta en que si el actor afirmaba que la designación de esos Magistrados estaba sujeta a los candidatos postulados por los indicados Comandantes, debió *“demandar el nombramiento como acto complejo”*, aunando a sus pretensiones la nulidad de esas postulaciones.

c.-) Indebida Acción: Luego de mencionar el alcance de la jurisprudencia de los móviles y las finalidades, dice el apoderado que los actos de nombramiento pueden demandarse mediante la acción de nulidad electoral o la de nulidad y restablecimiento del derecho, pero como en este caso el actor va detrás de un interés particular ha debido presentar la última, como en efecto lo hizo porque ya pidió la conciliación prejudicial.

d.-) Doble Acción: Alega el apoderado que el actor *“al parecer”* promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho por los mismos hechos, lo que no es posible en su opinión.

e.-) Inexistencia de Causal de Nulidad: Sostiene el apoderado que como el acto acusado se avino a la Ley, *“no se aprecia causal de nulidad alguna que pueda afectarlo y menos aún ésta es alegada o probada por el demandante”*.

f.-) Legalidad del Acto: Solamente se dice que el acto acusado “no tiene ningún vicio de ilegalidad y por tanto su presunción de legalidad se mantiene impoluta”.

g.-) Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva: El apoderado, además de calificarla de subsidiaria, la funda en que al no discutirse el acto respecto de sus representados, no existía ningún interés jurídico ni procesal para que fueran demandados.

2.- Por parte de la Mayor Noris Toloza González

Luego de hacer algunas reflexiones en torno a puntos que estaban incluidos en la demanda inicial, pero que fueron obviados con la demanda corregida, y de expresar su oposición a la prosperidad de las pretensiones, contestó los hechos de la siguiente forma:

El primero, es cierto. El segundo, es un criterio personal. El tercero, es un texto legal. El cuarto, es un texto legal. El quinto, que se pruebe. El sexto, que se pruebe y agrega que en el Acta 072 del 12 de agosto de 2008 se hizo constar por el Director General de la Policía Nacional que la postulación dependería de su conveniencia. El séptimo, que se pruebe y agrega que en el Acta 35 del 15 de junio de 2007 la Directora Ejecutiva habló de hacer una preclasificación. El octavo, se confunde un concurso de méritos con la Construcción de Referentes de Calidad.

Frente a los hechos de carácter particular se pronunció así: Del primero al quinto, que se pruebe. El sexto, es cierto, con la precisión que el actor sólo superó la prueba de conocimientos a través de un recurso y pretendía su designación como candidato único, postulado por autoridad incompetente. El séptimo, que se pruebe, agregando sin embargo que la forma como mejoró su calificación en la prueba de conocimientos fue discriminatoria respecto de otros aspirantes. El octavo,

no es cierto. El noveno, que se pruebe. El décimo, es cierto. El undécimo, que se pruebe, pero en todo caso la demandada superó las diferentes fases del proceso. El décimo segundo, son interpretaciones. El décimo tercero, no es cierto. El décimo cuarto, que se prueba. El décimo quinto, no es cierto. El décimo sexto, que se pruebe. El décimo séptimo, que se pruebe. El décimo octavo, es impertinente. El décimo noveno, es irrelevante. El vigésimo, es cierto. El vigésimo primero, que se pruebe. El vigésimo segundo, es impertinente. El vigésimo tercero, no le consta. El vigésimo cuarto, la realización del citado proceso no elimina la facultad discrecional en la designación. El vigésimo quinto, la autonomía de los Comandantes es tanto para candidatizar como para no hacerlo. El vigésimo sexto, no es cierto. El vigésimo séptimo, no se admite. El vigésimo octavo, el actor sabía que apenas era candidato a ser incluido en la lista. El vigésimo noveno, que se pruebe. El trigésimo, que se pruebe y agrega que es tal la confusión del actor en torno a su pretendido derecho que ha instaurado, además de esta demanda, una acción de tutela y una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. El trigésimo primero, que se pruebe. El trigésimo segundo, que se pruebe. El trigésimo tercero, no le consta. El trigésimo cuarto, no es cierto. El trigésimo quinto, no le consta. El trigésimo sexto, no le consta. El trigésimo séptimo, no le consta. El trigésimo octavo, es un texto legal. El trigésimo noveno, no le consta. El tetragésimo, es una advertencia, y el tetragésimo primero, no le consta.

El primer cargo es desestimado por el apoderado sosteniendo que no hubo violación de las normas allí citadas, sino acatamiento de las mismas. Informa que el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar fijó algunas directrices para la selección de los aspirantes, conformando luego la lista de 5 postulados que el Ministerio de Defensa presentó al Presidente de la República, autoridad que sin el menor reparo los admitió a todos. En las Actas 035 del 15 de junio de 2007 y 034 del 7 de noviembre de 2008 se hizo hincapié en que debían seleccionarse los más idóneos, sin que ello reflejara la existencia de un sistema de cupos.

El segundo y tercer cargo, que según el apoderado se refieren al mismo tema, son desestimados afirmando que la convocatoria 76824 MDNMDJPM-GAP no es un acto vinculante y que de llegarlo a ser, debe inaplicarse por contrariar las normas jurídicas, ya que no estaría proponiendo sino imponiendo al Presidente de la República una lista de aspirantes. Por último, que en este asunto se respetó el principio de consolidación mencionado en la sentencia T-1214 de 2001 de la Corte Constitucional, porque con el acto acusado efectivamente se culminó el proceso.

El cuarto cargo, lo encuentra confuso.

Los cargos quinto y sexto, los encuentra antitécnicos y agrega que el Presidente de la República no hizo más que atender las sugerencias de sus asesores y todos los candidatos cumplían los requisitos para el cargo. No admite que se haya presentado expedición irregular, dado que *“las contingencias que impidieron que el demandante llegara a formar parte de la misma lista o de otra, no afectan para nada la regularidad y legitimidad”* del nombramiento de la demandada. Insiste en la idea que no se trató de un concurso de méritos que obligara al Presidente a designar a determinado candidato.

El séptimo cargo debe desestimarse por impreciso. Y agrega que los Comandantes de Fuerza y el Ministro de la Defensa son los competentes para elaborar las listas, basados en directrices que ellos mismos expiden.

3.- Por parte del Teniente Coronel Pedro Gabriel Palacios Ojima

Su apoderada también se opuso a lo pretendido. En cuanto a los hechos de carácter general sostuvo: Del primero al tercero, son ciertos. El cuarto, es parcialmente cierto. El quinto y sexto, no le constan. El séptimo, es parcialmente cierto. Sobre los hechos de carácter particular dijo: El primero, no le consta. El segundo, no era una convocatoria o concurso de méritos. El tercero y cuarto, son

parcialmente ciertos. El quinto, no es cierto. El sexto, no le consta. El séptimo, es parcialmente cierto. Del octavo al décimo, no le consta. El undécimo, se equivoca al hablar de concurso de méritos. El décimo segundo, es una apreciación del actor. El décimo tercero, no es cierto. El décimo catorce, no le consta. El décimo quinto, no es cierto. Del décimo sexto al vigésimo quinto, no le constan. El vigésimo sexto, se acepta. El vigésimo séptimo, es cierto. De ahí en adelante no le consta ninguno, salvo el trigésimo segundo, que es parcialmente cierto, y el trigésimo octavo, que es cierto.

Más adelante, en el apartado llamado Excepciones, pero sin denominar alguna en particular, señala que el actor consideró erradamente haber adquirido el derecho de postulación por haber sido el único candidato del Comando General de las Fuerzas Militares y por haber obtenido el tercer puesto entre todos los aspirantes, pero olvidó que para ello requería mantener la postulación, que como él mismo lo admite no la mantuvo dicho Comandante.

Luego de citar algunas de las competencias del Presidente de la República, así como lo dispuesto en los artículos 4, 6, 7 y 8 de la Ley 940 de 2005, el apoderado sostiene que su cliente, así como la Coronel María Paulina Leguizamón Zárate, la Teniente Coronel Nubia Marlén Ardila Prieto y la Mayor Noris Toloza González, cumplían con todos los requisitos para ocupar el cargo, entre ellos el de la recomendación o postulación del respectivo Comandante, necesario en tratándose de cargos en los que se toma en cuenta la confianza, como no sucede en los cargos de carrera.

Tras citar algunas sentencias de la Corte Constitucional sobre los derechos que generan los concursos de mérito frente a la clasificación de los concursantes, dice el apoderado que el proceso de Construcción de Referentes de Calidad se diferencia de aquellos en que si bien busca seleccionar personal altamente calificado, ello no genera derecho alguno para los postulados. Es decir, continúa, se trata de una

facultad discrecional reglada, así reconocida por la Corte Constitucional en su sentencia C-737 de 2006.

a.-) Improcedibilidad de la Acción Electoral: Basándose en lo dispuesto en el artículo 227 del C.C.A., afirma el apoderado que esta acción no resulta procedente porque el acto acusado no fue expedido por una corporación pública, ni fue el resultado de escrutinios, como tampoco se trató de “*elecciones públicas o nombramientos con participación del público*”, sino que fue expedido por el Presidente de la República. Además, por el interés que se quiere tutelar ha debido formularse demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o de simple nulidad.

b.-) Inexistencia del Hecho Generador como Causal de Nulidad así como Falta de Legitimación en la Causa por Activa: Se sustenta en que lo alegado en la demanda no se ajusta a ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A., así como que el actor no fue debidamente postulado y no contó con aval para ello, motivo por el cual no debió participar en el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad.

4.- Por parte de la Coronel María Paulina Leguizamón Zárate

En cuanto a los hechos de carácter general los admitió como ciertos en su integridad, con la precisión que el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad se rige por las normas de carácter general que para ello expiden el Ministro de Defensa Nacional y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar; que el actor se apoya en normas impertinentes; que dicho Proceso se adelantaría con los candidatos propuestos por quienes tuvieran poder de postulación, finalmente eligiendo en forma discrecional el Presidente de la República, y que ello no corresponde a una convocatoria pública.

Frente a los hechos de carácter general dijo: El primero, no le consta. El segundo, es cierto. El tercero, es cierto, con la salvedad que ninguna disposición prevé el derecho al cupo alegado y que si bien se practicaron algunas pruebas a los aspirantes fue con el fin de determinar su idoneidad para el cargo, con lo cual se conformó la lista de candidatos presentados al Presidente de la República para que decidiera discrecionalmente sobre la nominación. El cuarto, es cierto. El quinto, es cierto, pero debe probarse que el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares fue autorizado por el Comandante General de las Fuerzas Militares para hacer la postulación. El sexto, no es cierto, aclarando que entre postular y nombrar existen diferencias sustanciales que debió conocer el actor. Del séptimo al undécimo, son ciertos, aclarando que en la prueba de conocimientos el actor se ubicó en el 9º lugar. El décimo segundo, no es cierto, señalando que la afirmación de que la Mayor Noris Toloza González no debió ser postulada, en nada interfiere con el nombramiento de la Coronela Leguizamón Zárate. El décimo tercero, no es cierto, aclarando que el Presidente de la República escogió como criterio el de los cinco primeros puestos en la prueba escrita. El décimo cuarto, es cierto. El décimo quinto, no es cierto y lo que se hace aquí es cuestionar la facultad discrecional del nominador. Del décimo sexto al décimo noveno, son ciertos. El vigésimo, no es cierto. El vigésimo primero, es cierto, con la precisión que los fallos de tutela le fueron adversos y el hecho de la selección por la Corte Constitucional no cambia esa circunstancia. El vigésimo segundo, es cierto. El vigésimo tercero, no es cierto. Del vigésimo cuarto al trigésimo tercero, son ciertos, con la precisión que no se trató de un concurso de méritos. El trigésimo cuarto, no es cierto. Del trigésimo quinto al trigésimo séptimo, no le constan. El trigésimo octavo, es cierto. Y del trigésimo noveno al tetragésimo primero, no le constan.

En cuanto al cargo por Violación del Debido Proceso, porque según el actor el 12 de agosto de 2008 el Ministro de Defensa y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar establecieron que cada Comando tendría derecho a una de las magistraturas y porque la lista creaba un orden de precedencia, no lo consideró

próspero porque en la reunión que se consignó en Acta 072 del 12 de agosto de 2008, si bien se trató el punto, nada se decidió en torno a lo afirmado en la demanda y menos se expidió regulación alguna al respecto. Alega, con base en lo normado en el artículo 221 Constitucional y en los artículos 3, 4, 6 y 8 de la Ley 940 de 2005, que allí se hizo saber que la selección se haría teniendo en cuenta la antigüedad, para respetar la jerarquía, la experiencia específica, los conocimientos, las aptitudes, habilidades y competencias, sin desconocer que el poder de nominación continuaba radicado en el Presidente de la República, ejercido en esta oportunidad sobre los aspirantes que integraban las listas presentadas por los mencionados Comandantes, sobre lo cual el actor apenas sí tenía una expectativa y no un derecho adquirido.

Sobre el cargo denominado Violación del Debido Proceso y del Derecho a la Igualdad, reitera lo dicho en precedencia, en particular la ausencia de norma que consagre el supuesto derecho del actor, que a lo sumo puede calificarse de expectativa. Señaló que no puede dársele ningún efecto jurídico a la invitación que hizo la Directora Ejecutiva a los Comandantes y al Director, mediante oficio 44182 de julio 3 de 2008, para que participaran en el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, porque dentro de sus facultades no estaba la de crear reglamento alguno.

El cargo llamado Violación del Derecho a la Igualdad, lo desestima afirmando que sin respaldo probatorio se le ha dado el carácter de comunicación del Consejo Asesor al Presidente de la República, lo dicho en Acta 103 del 21 de abril de 2009, cuando lo allí registrado es apenas la opinión de los Comandantes y del Director sobre los aspirantes más aptos, junto a lo cual se envió el listado completo de aspirantes con sus respectivos puntajes. Por último, no comparte el argumento según el cual debió nombrarse al actor, puesto que el primer puesto sólo le generaba una expectativa frente a la facultad discrecional del Presidente.

Frente al cargo llamado Violación de la Jerarquía Normativa, basado en que debió respetarse el resultado del “*concurso de méritos*” y la sentencia C-368 de 1999, sostuvo la apoderada que ello podría plantearse al interior del Congreso de la República para una eventual reforma, pero que por ahora debe observarse la Ley 940 de 2005, y que en el sub lite el Presidente debe respetar, como así lo hizo, que los aspirantes hayan sido postulados por los Comandantes de las Fuerzas Armadas, de cada una de las Fuerzas y de la Dirección General de la Policía Nacional. El quinto cargo, alusivo a la Irregularidad en la Expedición del Acto Administrativo, lo desestima remitiéndose a lo dicho para los anteriores.

En cuanto al sexto cargo, por Falsa Motivación, se remite a lo ya dicho por considerar que se trata de la misma censura. Y en cuanto a las calidades de la Coronel María Paulina Leguizamón Zárate se ocupa de detallar la trayectoria que ha tenido en la institución en el ejercicio de la jurisdicción, así como los distintos estudios que ha adelantado dentro y fuera y del país, para así sostener que cumplía los requisitos para el cargo y con las diferentes pruebas del Proceso de Construcción de Referentes de Calidad. De aceptarse la tesis del actor, sobre que debían nombrarse los 5 primeros, ella sin duda tendría la opción de ser designada como Magistrada, dado el puntaje alcanzado.

Y, sobre el cargo de Violación de las Normas en que debía Fundarse el Acto, dice que para las designaciones cuestionadas debe estarse a lo dispuesto en la Ley 940 de 2005 y a lo que sobre ello ha dicho insistentemente en su contestación.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Por parte del apoderado de los demandados Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas y Mayor (r) José Liborio Morales Chinome:

De entrada insiste, como así lo propuso en una de sus excepciones, en que el demandante, por tener interés directo en el resultado del proceso, no ha debido promover acción de nulidad electoral sino demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que su deseo no es el de restablecer la legalidad en sentido objetivo.

En cuanto a la legalidad presunta del acto atacado, cuestionada por no haberse nombrado a quien obtuvo el primer lugar en el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, reitera la naturaleza jurídica del cargo de Magistrado, que es de período fijo y frente al cual la potestad del nominador es discrecional, de modo que no puede decirse que sea de carrera, en atención a que ninguna norma prevé tal requisito, aunque sí mencionan el “*proceso de selección*”, que no tiene el mismo alcance. La discrecionalidad, continúa, igualmente se extiende a la lista que debían elaborar el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, quienes tenían la libertad de escoger los candidatos a presentar al Presidente de la República.

Agrega que todos los aspirantes tenían claro que no se trataba de un concurso de méritos sino de un Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, porque así se hizo saber mediante oficio 76824 del 3 de octubre de 2008 y en el caso particular del actor con el oficio 87508 MDMDEJPM-GAP del 10 de noviembre de 2008 que le remitió la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, además que su exclusión fue expresamente dispuesta por el Comandante General de las Fuerzas Militares en el Acta 122 del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar del 15 de julio de 2009.

Por último, señalan que frente a su designación no cabe ninguna objeción porque reúnen los requisitos para ocupar el cargo y porque obtuvieron los puntajes requeridos para ser designados, según la tesis sostenida por el actor.

2.- Por parte del apoderado del demandante Coronel (r) Germán Contreras Meléndez:

Comienza señalando que el concurso de méritos o convocatoria contenida en el oficio 76824 del 3 de octubre de 2008 expedido por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, tiene su génesis en lo discutido y aprobado en las sesiones del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar realizadas el 7 de noviembre de 2006 (Acta 034), el 15 de junio de 2007 (Acta 35), el 12 de agosto de 2008 (Acta 072) y el 27 de noviembre de 2008 (Acta 075), mediante las cuales se determinó que las postulaciones se harían a través de un concurso de méritos, para quienes ocuparan los primeros lugares, el cual se denominó Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, ubicándose allí el actor como candidato único por el Comando General de las Fuerzas Militares y como el tercer mejor puntaje de todos los aspirantes.

De novedoso señala que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar ha llamado a otras convocatorias Procesos de construcción de precedentes de calidad, afirmación que soporta en copia simple del Acta 066 del 3 de diciembre de 2007 de la misma Dirección, proceso en el que fue designado Magistrado el Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira, quien obtuvo el primer puesto; la misma situación se repitió en cuanto al proceso de que da cuenta el Acta 020 del 16 de junio de 2008.

No comparte la tesis de la parte demandada, consistente en la falta de competencia del Almirante David René Moreno Moreno para suscribir el oficio 1773-MD-CGFM-JEMC-AY del 29 de octubre de 2008, postulando al actor como candidato único del Comandante General de las Fuerzas Militares, General Freddy Padilla de León, puesto que éste dio la orden verbalmente y porque la Dirección Ejecutiva no alegó en su momento tal incompetencia, por el contrario felicitó al actor mediante oficio 87508 MDMDEJPM-GAP del 10 de noviembre de 2008, e igualmente porque dicho Comandante no dijo nada al respecto cuando el

demandante agradeció la postulación con oficios del 17 de febrero y 9 de marzo de 2009, ni en el Consejo Asesor del 21 de abril de 2009, en el que intervino. En fin, ninguna prueba escrita existe sobre la declinación de esa postulación, emanada del referido Comandante.

Aunque la Directora Ejecutiva manifestó en su oficio del 12 de junio de 2009, presentado dentro de la Tutela 2370616, que el actor igualmente sería postulado con todos los aspirantes, ello no ocurrió, pues nunca figuró en la lista presentada al Presidente de la República.

Califica de ilegal la exclusión del actor como candidato, dispuesta en la sesión del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar del 15 de julio de 2009 (Acta 122), por el Comandante General, porque ya habían transcurrido más de 3 meses de culminado el proceso, porque la lista de elegibles ya se había enviado a la Presidencia de la República sin incluirlo, lo cual es calificado por él mismo como *“una persecución laboral”*, que finalizó con su llamado a calificar servicios. Considera que para ese momento *“ya se había perdido la discrecionalidad para excluir concursantes por partes de los Comandantes de Fuerza y del Comandante General de las Fuerzas Militares”*.

Luego de justificar la forma como mejoró su puntaje en la prueba escrita, a través de su reclamación presentada ante la Universidad Externado de Colombia, niega que el Presidente de la República gozara de facultad discrecional para efectuar los nombramientos demandados, precisamente por la realización de la Convocatoria 76824, menos aun para designar a la Mayor Noris Toloza González, quien obtuvo el 4º puesto en la lista del Ejército Nacional y el 7º puesto en general.

Afirma el apoderado que según los resultados de esa convocatoria su cliente *“tiene el derecho adquirido y consolidado para ser nombrado Magistrado del Tribunal Superior Militar”*, que en ningún momento se previó que ello sería un punto de

referencia, dado los precisos términos de la misma, donde bien claro se dijo que el primer clasificado de cada lista sería propuesto al Presidente de la República.

Desmiente la existencia de doble acción, dado que ésta es la única demanda de nulidad electoral promovida por el actor, siendo diferente que haya solicitado audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, con el fin de reclamar su derecho a ser designado Magistrado del Tribunal Superior Militar. Con cita de las normas pertinentes igualmente señala la procedencia de esta acción, cuyo objeto es el acto de nombramiento expedido por el Presidente de la República. En cuanto a la ilegalidad del acto acusado, no hace más que repetir, de forma concreta, los cargos de la demanda. Sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva, no la comparte porque fueron demandados precisamente los beneficiarios del acto acusado. La legitimación por activa está dada, según el actor, porque fue él quien resultó afectado con la expedición del acto demandado. La proposición jurídica es completa, dice, porque se demandó el acto definitivo y no se necesitaba demandar las decisiones de los Comandantes. En cuanto a la demanda en forma dice que todos sus libelos así lo demuestran, Y la tutela mencionada resultó improcedente por la existencia de otro medio de defensa judicial.

3.- Por parte del apoderado de la demandada Mayor Noris Toloza González:

Se reiteran los argumentos esbozados en la contestación y concretamente se dice que tanto el Decreto 4547 acusado como el Acta 103 del 21 de abril de 2009 del Consejo Asesor de Justicia Penal Militar, se expidieron por las autoridades competentes, en ejercicio de sus funciones y atendiendo a las responsabilidades que legalmente se les han asignado.

4.- Por parte del apoderado del Teniente Coronel Pedro Gabriel Palacio Osma:

Señala que unos son los procesos de selección que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil con fundamento en la Ley 909 de 2004, y otros los relativos a las carreras especiales, como en este caso, en que si bien se hizo una invitación para que los Comandantes postularan candidatos, el Presidente de la República podía aceptar o repudiar esa postulación, por ser la autoridad a quien el constituyente le encomendó lo atinente a la integración de dicho Tribunal.

Agrega que el actor admite que el Comandante General de las Fuerzas Militares declinó su postulación, debido a que perdió su confianza, elemento fundamental para el buen desarrollo de las políticas que el Jefe de Estado dirige a la Justicia Penal Militar. Por último, insiste en que sus pretensiones las ha debido encausar el actor por la vía de la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho.

5.- Por parte de la apoderada de la Coronel María Paulina Leguizamón Zárate:

De entrada y con base en la sentencia dictada por esta Sección el 13 de febrero de 2009 (Exp. 110010328000200800021-00), dice la apoderada que puede examinarse aquí el mejor derecho reclamado por el actor para ser designado como Magistrado del Tribunal Superior Militar; que sólo se debe estudiar la legalidad presunta del Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009.

Sobre ese aspecto insiste en que se trató de un proceso de selección con base en la construcción de unos referentes de calidad, pero no de un concurso de méritos, ya que no está cobijado por la regla general establecida en el artículo 125

Constitucional, precisamente porque se trata de cargos de período cuya forma de designación se determinó en la Ley 940 de 2005, con un único requisito, como es que los designados hagan parte de la lista propuesta por los Comandantes General de las Fuerzas Militares, los de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, modelo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-737 de 2006.

Agrega que en este asunto no resulta posible la violación del artículo 10 del Decreto 091 de 2007, porque no aplica para empleos de período, cuya regulación figura en los artículos 11 y 12 siguientes. Y que según lo consignado en el Acta 035 del 15 de junio de 2007, el propósito de la construcción de referentes de calidad era el de “preclasificar” los postulados antes de remitir la lista al Presidente de la República, sin que ello constituyera concurso de méritos, pues tal posibilidad llevaría a modificar la propia Ley 940 de 2005, ignorando de paso que el artículo 12 del Decreto 091 de 2007 reconoce la facultad discrecional del nominador, la cual no puede restringirse por supuestas cuotas para cada una de las Fuerzas.

Niega que con el oficio 59707 MDM-DEJPM-GAL-22 del 29 de julio de 2009 el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar haya configurado la lista de elegibles, que ello se hizo cuando se postularon los 5 candidatos que finalmente fueron designados Magistrados, número que no merece reproche porque ninguna norma lo determina. Que para ello se requería la postulación, que sólo obtuvieron los demandados, sin que los postulantes estuvieran compelidos a enviar a todos los aspirantes, dado que ninguna disposición así lo ordena.

En lo demás el escrito reproduce los mismos argumentos presentados en la contestación y por ello la Sala se excusa de volverlos a sintetizar, salvo la referencia que allí se hace a la sentencia dictada por esta Sección el 31 de julio de 2009 (Exp. 2009-00005-02), en el caso de personeros municipales, que según dicha apoderada reafirma la improcedencia de lo pretendido por el actor.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado emitió concepto en el sentido de que ni las excepciones ni las pretensiones de la demanda, deben prosperar.

En primer lugar, se refirió a las excepciones formuladas por los demandados Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas y Mayor (r) José Liborio Morales Chinome. La de Inepta Demanda la consideró infundada porque los hechos sí se expusieron correctamente, porque en la corrección de la demanda sí se precisó el acto acusado y se acompañó copia hábil del mismo y porque la demanda sí expone las normas violadas y el concepto de su violación. La de Proposición Jurídica Incompleta no debe prosperar, dice el colaborador fiscal, porque la postulación a cargo de los Comandantes no es acto enjuiciable, sólo lo es el acto de designación. La de Indebida Acción tampoco debe prosperar porque sólo se pretende restablecer el ordenamiento jurídico en sentido objetivo, sin que se busque el restablecimiento de un derecho propio. Sobre la excepción de Doble Acción dijo que su supuesto de hecho no estaba probado y que nada impide formular acción de nulidad y acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Respecto a la de Inexistencia de Causal de Nulidad la halló infundada acudiendo a la sentencia dictada el 17 de junio de 1994 por la Sección Primera de esta Corporación (Exp. 2459). En relación con la denominada Legalidad del Acto señaló que no constituye una excepción. Y, la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva la consideró impróspera por incongruente y porque *“toda persona está habilitada para solicitar por sí o por medio de representante que se declare la nulidad de los actos administrativos”*.

En segundo lugar se pronunció sobre las excepciones planteadas por el Teniente Coronel Pedro Gabriel Palacios Osma, sosteniendo que la denominada

Improcedibilidad de la Acción Electoral no podía prosperar porque el proceso electoral sirve para juzgar tanto los actos de elección popular como los de nombramiento. Y frente a la denominada Inexistencia del Hecho Generador como Causal de Nulidad Electoral – Falta de Legitimación en la Causa por Activa, sostuvo que además de lo confuso de sus planteamientos, no debe prosperar porque la nulidad no se funda en las causales del artículo 223 del C.C.A., sino en las causales del artículo 84 ibídem, y porque la legitimidad parte del carácter público de la acción.

En tercer lugar, se refirió a cada uno de los cargos propuestos con la demanda. El primero de ellos, según el cual se violó el debido proceso por no haberse respetado la primera directriz trazada por el Ministro de la Defensa Nacional y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, consistente en que el primer clasificado de cada una de las listas sería postulado ante el Presidente de la República, lo abordó fundándose en los artículo 8 de la Ley 940 de 2005 y 10, 11 y 12 del Decreto Ley 091 de 2007, y señalando que si bien el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar hace parte de la ley que regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, no es de carrera, es de período y de designación discrecional del Presidente de la República, quien escoge de la lista que le es puesta a consideración.

Aunque lo anterior bastaría para desestimar el cargo, agregó a lo dicho que en el Acta del 12 de agosto de 2008 no se fijó la regla indicada por el actor y que si pudiera llegar a pensarse que la Dirección Ejecutiva se abrogó esa competencia al expedir el oficio 76824 el mismo sería ilegal, por falta de competencia, lo que conduciría a que no se aplique en este caso. También descalifica ese oficio por falta de publicidad, ya que no se dio a conocer por los medios oficiales, y porque a través del mismo no se puede afectar la discrecionalidad del Jefe del Ejecutivo.

El segundo cargo, sobre el presunto irrespeto a la segunda parte de la convocatoria prevista en el oficio 76824, según la cual se postularía al primer clasificado de cada

Fuerza, lo califica de infundado acudiendo a los mismos argumentos esgrimidos para el anterior, esto es que si bien el Consejo Asesor de Justicia Penal Militar debatió sobre cual sería la mejor metodología para la escogencia de los postulados, ninguna decisión adoptó al respecto, haciéndolo a título personal la Directora Ejecutiva.

Frente al tercer cargo, denominado Violación al Derecho a la Igualdad, cuyo soporte es la indebida exclusión del actor de la lista de postulados, pese al puntaje obtenido en el proceso de selección, lo califica el agente del Ministerio Público de impróspero reiterando que no se trató de un concurso de méritos, sino del establecimiento de un listado de candidatos para ser propuestos al Presidente de la República, quien discrecionalmente podía elegir de allí o pedir nueva lista de aspirantes. Por último sostuvo:

“No hay quebrantamiento del principio de igualdad cuando se excluye al actor porque ninguna disposición le imponía al Presidente la obligación de nombrarlo, el nombramiento es un acto discrecional que se efectúa considerando solo (sic) los nombres que le han sido propuestos, en ese sentido el acto es ajustado a ley como se señaló ya, por lo demás la facultad del Presidente no puede someterse a un procedimiento que en últimas ha debido ser establecido por él que es el titular de la facultad discrecional, renunciando a ella ha podido imponer la selección a través de un concurso de méritos, lo cual no acontece.”

Sobre el cuarto cargo, según el cual cuando se accede a un cargo por concurso de méritos éste se debe respetar, dijo que esa premisa es cierta pero que no opera para el sub lite, donde no se realizó ningún concurso de méritos.

El quinto cargo, sobre expedición irregular del acto acusado, basado en que no se observaron las reglas previamente fijadas por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar en la sesión del 21 de abril de 2009, lo considero impróspero insistiendo en que *“no resulta válido establecer procedimientos no señalados en la Ley al ejercicio*

de unas facultades previstas en el Decreto Ley 091, porque lo que en principio es facultad discrecional se convertiría en reglada por voluntad de quien no tiene la competencia para imponer reglamentos con carácter obligatorio”.

Sobre el sexto cargo, que acusa el acto demandado por falsa motivación, lo calificó de infundado porque el mismo, siendo fruto de la discrecionalidad, carece de antecedentes de hecho, sin que puedan tenerse como tales los indicados por el actor al no coincidir con la Ley.

Y frente al séptimo cargo, sustentado en la infracción de normas superiores, entiéndase por ellas las directrices que según el actor se trazaron para un concurso de méritos, dijo el colaborador fiscal que también era impróspero según las razones ya expuestas.

V.- TRÁMITE DE INSTANCIA

Con auto del 19 de enero de 2010 se inadmitió la demanda por acusar algunos defectos de índole formal. Una vez corregidos fue admitida con auto del 3 de febrero siguiente, en el que se dispusieron las notificaciones correspondientes y la fijación en lista del proceso. Cumplido lo anterior se profirió el auto del 15 de marzo decretando las pruebas solicitadas oportunamente por las partes y rechazando de plano la solicitud de suspensión provisional, formulada extemporáneamente. A través del auto signado el 24 de marzo se aceptó el desistimiento presentado por la parte demandada respecto de una de sus pruebas. Recaudadas las pruebas y vencido el término concedido para dicha fase, se dictó el auto del 12 de julio, corriendo traslado a las partes por el término común de 5 días y ordenando entregar el expediente al agente del Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo en 10 días. Realizado lo anterior ingresó el proceso al Despacho para fallo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción de nulidad contra actos de contenido electoral, en única instancia, está fijada por lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 art. 2 y por la Ley 446 de 1998 artículo 36; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la Prueba del Acto Acusado

Se acreditó mediante la copia auténtica del Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009², expedido por el Presidente de la República, con el cual fueron designados como Magistrados del Tribunal Superior Militar, por un período de ocho (8) años improrrogables, las siguientes personas:

Coronel del Ejército Nacional – María Paulina Leguizamón Zárate.

Teniente Coronel – Pedro Gabriel Palacios Osma.

Teniente Coronel de la Fuerza Aérea Colombiana – Fabio Enrique Araque Vargas.

Mayor del Ejército Nacional – Noris Toloza González.

Mayor (r) de la Policía Nacional – José Liborio Morales Chinome.

3.- De las Excepciones

² Cuaderno 1A folio 224.

3.1.- Por parte del Mayor (r) José Liborio Morales Chinome y el Teniente Coronel Fabio Enrique Araque Vargas

Se ocupa enseguida la Sala de estudiar, una a una, las excepciones propuestas por estos sujetos procesales.

a.-) Inepta Demanda: El fundamento de esta excepción estriba en la supuesta falta de claridad de los hechos y omisiones de la demanda, precisamente porque no se indicó cual fue la ilegalidad cometida por el Presidente de la República al expedir el acto acusado, aunque sí se lanzaron imputaciones contra actuaciones de otras autoridades “*que nada tienen que ver con [el mismo]*”. También alega que faltó demandar el acto de postulación proveniente de los Comandantes de Fuerza y del Director General de la Policía Nacional, porque junto al anterior conforman un acto complejo. Y por último, califica de impreciso el capítulo de normas violadas y concepto de violación, así como que se pretende un interés personal y no uno general, compatible con la naturaleza de esta acción.

Pues bien, para ser lo más concreto posible, advierte la Sala que ninguno de esos razonamientos lleva a configurar la excepción de inepta demanda, que por cierto se apoya en falencias de orden formal de la demanda.

En efecto, en cuanto a que no se precisó qué conducta, atribuible al Presidente de la República, da lugar a la ilegalidad del acto enjuiciado, responde la Sala que ello no es requisito *sine qua non* para poder valorar los cargos de la demanda, pues como ese escrito lo informa, en forma extensa, las supuestas irregularidades ocurrieron durante su proceso de formación, precisamente en la fase anterior, en que los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional se ocuparon de postular los candidatos ante el primer mandatario para que fuera él quien designara los integrantes del Tribunal Superior Militar. Es por ello que el

accionante denuncia la violación al debido proceso, no por cuenta del nominador, sino por parte de las autoridades encargadas de postular los candidatos a esa Magistratura en la jurisdicción penal militar, que de llegar a ser cierta bien puede conducir a la nulidad de la designación, gracias a que estas actuaciones previas se tornan inescindibles respecto del acto demandado.

Tampoco comparte la Sala la tesis del excepcionante, en cuanto que el acto de designación del Presidente de la República y el acto de postulación expedido por los Comandantes de Fuerza y por el Director General de la Policía Nacional, constituyan un acto complejo, y que por ello debiera demandarse igualmente el último. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el acto complejo *“es aquel que requiere para su formación la reunión de varias voluntades de la administración, ya sea de una misma entidad o de varias entidades, caracterizadas por la unidad de contenido y fin, de tal forma que los actos individualmente considerados no tienen vida jurídica propia”*³, de donde se desprende que la existencia del acto complejo no se configura por la mera intervención de distintas autoridades, pues a ello debe agregarse la suma de voluntades encaminadas a proferir un acto administrativo, considerada cada una de ellas como independiente de la otra.

En este asunto no es posible aceptar la existencia de un acto complejo porque en la expedición del acto demandado hayan participado anteladamente los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, suministrando al Presidente de la República la lista de candidatos para que de allí se hiciera la correspondiente designación, ya que los mismos no pueden calificarse frente al último como autoridades independientes, lo cual se demuestra con sólo recordar que a él están subordinados porque el Presidente de la República, además de ser Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa (C.P. Art.

³ Sección Segunda. Sentencia del 6 de agosto de 2009. Expediente: 250002325000200503749-01 (1267-07). Actor: Luis Alberto Ramírez Pabón. Demandado: Ministerio de Defensa.

115), es Comandante Suprema de las Fuerzas Armadas de la República (Art. 189.e lb), desvaneciéndose con ello cualquier posibilidad de que aquéllos puedan en verdad contar con una voluntad que pueda oponerse o conjugarse con la del primer mandatario de los Colombianos.

Además, la improcedencia de demandar el acto de postulación de candidatos se reafirma en que el mismo, respecto del acto acusado, apenas sí constituye un acto de trámite o preparatorio, que como tal no puede ser objeto de acción alguna, como así lo dan a entender los artículos 49 y 50 del C.C.A., al precisar que solamente contra los actos definitivos procede la vía gubernativa y que por estos se toman *“los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto”*, lo que desde luego no puede predicarse del acto de postulación, ya que hasta ahí la administración no ha tomado decisión alguna, como sí ocurre con el acto de designación que expide el Presidente de la República para proveer los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

Y, por último, como refuerzo de lo dicho bien puede acudirse a lo prescrito en el artículo 229 del C.C.A., aplicable analógicamente a este asunto, donde con toda exactitud se dice que *“Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a estos.”*. Precepto que no deja la menor duda en cuanto a que en situaciones como esta la demanda de nulidad debe dirigirse contra el acto de designación y no contra sus actos previos, los que en todo caso pueden invocarse para demostrar la ocurrencia de irregularidades sustanciales que anulen el acto respectivo. Por lo dicho la excepción no prospera.

b.-) Proposición Jurídica Incompleta: Como la misma se basa en que ha debido demandarse igualmente el acto de postulación, la Sala la niega con base en los argumentos expuestos en el apartado anterior.

c.-) Indebida Acción: Así se califica esta acción por considerar que el actor va detrás de un interés propio. La Sala tiene por infundada esta excepción porque si bien ese fue el sentido de la demanda inicial (fls. 2 a 53 C.1A), en la que se pretendía, además de la nulidad del Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009 expedido por el Presidente de la República, cierto restablecimiento para el demandante, Coronel Germán Contreras Meléndez, incluyéndolo en la lista de postulados ante el Presidente de la República, ello se suprimió por el actor, quien acatando el auto inadmisorio del 19 de enero de 2010 (fls. 218 a 220 C.1A), presentó de nuevo la demanda, integrándola en un solo escrito (fls. 226 a 277 C.1A), pretendiendo en esta ocasión únicamente la nulidad del mencionado decreto.

Además, como se solicita la nulidad de la designación de Magistrados del Tribunal Superior Militar, efectuada por el Presidente de la República, es claro que sí es el contencioso electoral la acción indicada para esos fines, como así lo establece el numeral 3 del artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998 artículo 36, al señalar que esta corporación debe conocer de los procesos *“de nulidad de las elecciones o nombramientos hechos por el Presidente de la República”*, lo cual se armoniza con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 136 *ibídem* al consagrar que *“La acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata”*. Por tanto, la excepción no prospera.

d.-) Doble Acción: Como se sustenta en que posiblemente el actor ya instauró o está en curso de formular una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con base en los mismos fundamentos fácticos y jurídicos, dirá la Sala que esta excepción es abiertamente improcedente porque parte de un supuesto no probado en el proceso, e igualmente porque de llegar a ser cierta la proposición de tal acción, en nada se afecta el derecho fundamental del actor de interponer esta

acción pública, en defensa de la Constitución y la Ley (Art. 40 C.P.), como quiera que la naturaleza jurídica de una y otra son disímiles.

e.- y f.-) Inexistencia de Causal de Nulidad y Legalidad del Acto: Como se dirigen a defender la legalidad presunta del acto acusado la Sala las apreciará junto con el fondo de la discusión jurídica.

g.-) Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva: Como se cimenta en que la legalidad del acto enjuiciado no se discute respecto de los excepcionantes, ellos no debieron ser vinculados a este proceso. Para la Sala esta excepción tampoco está llamada a prosperar, pues basta revisar la demanda en su integridad, para establecer que los reparos a la legalidad del Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009 no los focaliza el actor en alguno o algunos de los allí designados por el Presidente de la República para desempeñarse como Magistrados del Tribunal Superior Militar, sino que los identifica, para ser concretos, con actuaciones administrativas ocurridas durante la postulación, que en su sentir violan el debido proceso por haber faltado a decisiones administrativas vinculantes para los Comandantes de Fuerza y para el Director General de la Policía Nacional.

Así las cosas, al formularse imputaciones que atacan la fase previa del acto acusado y que en opinión del actor alteraron las propias reglas fijadas por la administración, considera la Sala que los excepcionantes sí están legitimados para concurrir al proceso.

3.2.- Por parte del Teniente Coronel Pedro Gabriel Palacio Osma

Se apresta la Sala a despachar las excepciones formuladas por esta parte.

a.-) Improcedibilidad de la Acción Electoral: Dos son las razones que se invocan en su respaldo: (i) Que como no se trata una elección popular para corporación

pública ni de un nombramiento con participación del público, no es procedente la acción a términos del artículo 227 del CC..A., y (ii) Que por el interés a tutelar se ha debido formular demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. Pues bien, el último de los planteamientos queda desestimado con los mismos planteamientos que la Sala esbozó para demostrar la improsperidad de la excepción de Indebida Acción en el apartado anterior.

Y aunque el primer argumento también resultaría infundado con lo dicho por la Sala en la misma excepción, a ello sólo se agregaría que el contencioso de nulidad electoral no sirve únicamente para juzgar la legalidad de elecciones populares o nombramientos precedidos de convocatoria pública, pues también puede emplearse para juzgar actos de nombramiento ajenos a tales procesos, como es precisamente el caso del acto de designación expedido por el Presidente de la República mediante el Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009, puesto el artículo 128.3 del C.C.A., acude a un criterio orgánico para establecer que sea el Consejo de Estado quien conozca de las demandas de nulidad electoral impetradas contra los nombramientos expedidos por el Jefe del Gobierno, sin importar el proceso que con antelación se haya surtido. Por tanto, la excepción no prospera.

b.-) Inexistencia del Hecho Generador como Causal de Nulidad así como Falta de Legitimación en la Causa por Activa: Es abiertamente infundada la excepción en tanto afirma que lo alegado en la demanda no se ajusta a ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A., ya que la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que en el contencioso electoral pueden invocarse esas causales de nulidad, así como las que genéricamente figuran estipuladas en el artículo 84 del C.C.A.⁴. Y frente a la afirmación de que el actor no debió participar en el

⁴ Por ejemplo, en la sentencia del 2 de octubre de 2009, expediente 110010328000200600122-00 (4063-4055), Actor: Clara Eugenia López Obregón, Demandados: Representantes a la Cámara por Bogotá D.C., se dijo: “Los actos de nombramiento o de elección pueden ser objeto de anulación, por vía contencioso administrativa, en ejercicio de la acción electoral, por las causales que consagra el artículo 84 del mismo código en relación con todos los actos administrativos y por las especiales de

Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, por no haber sido postulado, la Sala observa que ello no comporta propiamente una excepción, lo cual la dispensa de abordarla como tal, así ello deba tratarse junto el *thema decidendum* del proceso.

4.- Material Probatorio Relevante

1.- Copia auténtica del **Acta 035** de la reunión cumplida el **15 de junio de 2007** por el Consejo Asesor de Justicia Penal Militar, presidida por el Ministro de Defensa Nacional y con asistencia de los distintos Comandantes de Fuerza, en la que sobre el proceso de selección de Magistrados para el Tribunal Superior de Justicia Penal Militar, se sostuvo:

“La Dra. Luz Marina [DEJPM] menciona que este punto hace referencia al proceso de selección para cubrir una vacante en el Tribunal Superior, correspondiente al cargo que dejó el MY. Salomón Dueñas. Precisa que en el Consejo Asesor del 07 de noviembre de 2006, se analizó la forma como se estaban seleccionando a los magistrados, por una distribución de cupos entre las fuerzas y un pacto de caballeros entre los comandantes, de acuerdo a esto, cada fuerza tenía un número determinado de Magistrados.

.....

La Dra. Luz Marina afirma que en ese Consejo Asesor se determinó, que en adelante la selección se haría por calidad y no por cupos. El Señor Ministro considera que ese es el proceso más razonable y lógico. El Señor General Montoya explica que ese pacto se hizo teniendo en cuenta el número de procesos existentes en el Tribunal y enfatiza que se acordó, que al salir un Magistrado de una fuerza (sic), el Comando de la misma debe proveer un candidato que cumpla requisitos. El Señor Ministro señala que no le parece adecuado ese procedimiento por cupos, porque considera que perjudica la calidad del Tribunal Superior Militar.

los actos electorales señaladas en los artículos 223, 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo.”.

.....

*Con relación a la Fuerza Aérea, los candidatos son: el Cr. German (sic) Contreras, el My. Fabio Araque y la My. Luz Monica (sic) Osos, todos cumplen los requisitos y no hay ninguna observación. La Armada envió como candidato único al Cr. Carlos Alberto Dulce Pereira y no hay ninguna observación al respecto. **La Directora precisa que la Ley no exige ningún proceso de selección, pero considera importante, que exista una preclasificación antes de ser enviados a presidencia (sic). El señor Ministro expresa que esta (sic) de acuerdo y solicita que se realice un concurso de méritos.***

La Dra. Luz Marina señala que su propuesta, contempla: una prueba de conocimientos clasificatoria, apoyados en el Consejo Superior de la Judicatura, con un peso del 40%, un valor del 10% a su permanencia en la Justicia Penal Militar, por encima de los requisitos legales, otro 10% a la antigüedad y grado militar, con el propósito de que lleguen oficiales antiguos al Tribunal y evitar problemas de impedimentos, un porcentaje del 30% a los precedentes de calidad durante los últimos años y el último 10% corresponde a su capacitación por encima de requisitos.

.....

El Señor Ministro propone que se modifique los porcentajes y el Señor Vicepresidente del Tribunal plantea que se otorgue un peso del 50% al examen de conocimientos y 20% a los precedentes de calidad. El señor Ministro y la mesa esta (sic) de acuerdo.”⁵ (Negrillas de la Sala)

2.- Copia auténtica del **Acta 072⁶** de la reunión del Consejo Asesor de Justicia Penal Militar surtida el **12 de agosto de 2008**, en la que participaron el Ministro de Defensa Nacional y varios Comandantes de Fuerza, en la que se destacan las siguientes intervenciones:

“Doctora Luz Marina [DEJPM]... Propone que las tres últimas vacantes para la última sala se realice el proceso en Noviembre con todos los que

⁵ Cuaderno 1B folios 1039 a 1044..

⁶ Cuaderno 1B folios 1031 a 1036.

cumplan requisitos y para que exista garantía de cupos necesariamente de los que presenten el examen queden el primero de la Policía, el primero del Ejército, el primero de la Fuerza Aérea y el primero de la Armada Nacional, se llena y luego otra vez, así se garantiza que todos los representantes de las fuerzas (sic) lleguen al Tribunal, mezclando calidad con cupos.

Señor General Montoya expresa que lo anteriormente sería (sic) para ocupar las cinco (5) vacantes que quedan en el Tribunal, por lo tanto sería (sic) uno (1) del Ejército, uno (1) de la Armada, uno (1) de la Fuerza Aérea y uno de la Policía, cuestionándose de quien sería la última vacante, a lo que se responden que sería el que gane por calidad o meritocracia que puede ser de cualquiera de las fuerzas (sic), el segundo o tercero de todos.”

3.- Copia auténtica del Oficio 76824 MDMDEJPM-GAP del 3 de octubre de 2008 dirigido por la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar al Comandante General de las Fuerzas Militares, General Freddy Padilla de León, del cual se extracta:

“Dando cumplimiento a lo dispuesto por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar en reunión del 12 de agosto pasado y de conformidad con las políticas de mejora de la Justicia Penal Militar, respetuosamente me permito solicitar al señor General Comandante General de las Fuerzas Militares que de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 8º de la Ley 940 de 2005, presente a más tardar el 27 de octubre próximo la lista con los candidatos que usted considere convenientes, para participar en el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad que adelantará esta Dirección Ejecutiva, para organizar las listas que serán presentadas al señor Presidente de la República con los candidatos para ocupar cinco (05) vacantes que actualmente existen en cargos de Magistrados del Tribunal Superior Militar.

De acuerdo con lo dispuesto en la reunión antes citada, para garantizar la representación de todas las Fuerzas y la Policía Nacional en la Alta Corporación, el primer clasificado de cada una de las listas presentada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, el Comandante del Ejército Nacional, el Comandante de la Armada de la República de Colombia, el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana y el Director de la Policía Nacional será propuesto al señor Presidente de la República para nombramiento (1 cargo para la lista del Comando

General, 1 para el Ejército, 1 para la Armada, 1 para la Fuerza Aérea y 1 para la Policía) para un total de cinco cupos de Magistrado.

El Proceso de Construcción de Referentes de Calidad se evaluará sobre un total de 100 puntos teniendo en cuenta la sumatoria de los siguientes factores para establecer el orden de precedencia de los candidatos:...”⁷

4.- Copia auténtica del oficio 1773 MD-CGFM-JEMC-AY del 29 de octubre de 2008, suscrito por el Jefe Estado Mayor Conjunto Fuerzas Militares, Almirante David René Moreno Moreno, mediante el cual se informó a la Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar que:

“Referente su Oficio No. 76824-MDNMDEJPM-GAP del 03 de octubre de 2008, trata proposición candidato para participar en el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad para ocupar el cargo de Magistrados del Tribunal Superior Militar y siguiendo instrucciones del Señor General, Comandante General de las Fuerzas Militares, me permito proponer como candidato por parte del Comando General de las Fuerzas Militares al Señor Coronel FAC GERMAN CONTRERAS MELENDEZ, actualmente se desempeña como Fiscal Ante Juzgado de Instancia de la Inspección del Comando General de las FF.MM, oficial que reúne el perfil para desempeñar el cargo propuesto.”⁸

5.- Copia auténtica del Oficio 87508 fechado el 10 de noviembre de 2008, mediante el cual la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar le dice al Coronel Germán Contreras Meléndez:

“Me permito presentarle un cordial saludo de felicitación por haber sido considerado por el Comando General de las Fuerzas Militares, como candidato para participar en el proceso de construcción de referentes de calidad para la provisión de los cargos vacantes de Magistrado del Tribunal Superior Militar.

Como es de su conocimiento, la designación de los futuros Magistrados será hecha de listas de candidatos presentados por el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de las Fuerzas y el

⁷ Cuaderno 1B folios 801 a 804.

⁸ Cuaderno 1B folio 799.

Director de la Policía Nacional, para un periodo de ocho (8) años, por el señor Presidente de la República; los resultados de este proceso son solo un punto de referencia para tomar cualquier decisión.”⁹

6.- Copia auténtica del **Acta 103** sobre la reunión del Consejo Asesor de Justicia Penal Militar surtida el **21 de abril de 2009** en el Despacho del Ministro de Defensa Nacional, a la que asistieron, entre otras autoridades, el Comandante General de las fuerzas Militares, General Freddy Padilla de León, en la que se dijo:

“En relación con la selección de magistrados para suplir las vacantes existentes, la Dra. Luz Marina presenta un resumen del proceso llevado a cabo, donde se construyeron precedentes de calidad de acuerdo a los parámetros establecidos en los consejos asesores del 15 de junio de 2007 y 12 de agosto de 2008. Informa que para la construcción de precedentes el Comando General envió un candidato, el Ejército cinco, la Armada no envió candidato, la Fuerza Aérea cuatro y la Policía Nacional tres. Aprobaron el examen el candidato del Comando General, los cinco aspirantes del ejército, tres de los cuatro de la Fuerza Aérea y uno de los tres de la Policía Nacional.

Precisa que con base en la información existente es facultad del Comandante General, de los Comandantes Fuerza (sic) y el (sic) Director General de la Policía Nacional proponer la lista de candidatos para integrar el Tribunal Superior Militar. El Secretario General, Dr. Luis Neira, expresa que se fijaron unos parámetros en donde el mayor puntaje lo tenían la prueba escrita con 50%, la permanencia en justicia un 10%, la antigüedad en grado militar 10%, los presentes de calidad 20% y la entrevista 10%. El Gral. González señala que se deben seleccionar los candidatos que más convienen a la institución.

Analizados los resultados por parte de los integrantes del Consejo, visualizan contradicciones entre la prueba escrita y las entrevistas realizadas a algunos aspirantes, el Al. Barrera recomienda hacia futuro reevaluar el sistema de evaluación. El Sr. Ministro opina que esta es una discusión importante y debe ser una lección aprendida para mejorar el proceso. El Dr. Luis Neira propone que para próximos procesos la entrevista sea eliminatoria y el Sr. Ministro está de acuerdo con la propuesta.

⁹ Cuaderno 1B folios 1038.

La Dra. Luz Marina comenta que de acuerdo a lo establecido en Consejos Asesores anteriores debe haber una representación de cada fuerza en la lista que se enviará a la Presidencia de la República; en ese sentido los señores comandantes determinan que de acuerdo con los antecedentes de calidad analizados y lo dispuesto en la Ley, esa lista estará integrada por: el Cr. Pedro Palacios del Ejército, el Cr. Fabio Araque de la Fuerza Aérea, el My. en retiro José Morales Chinome, la Cr. Paulina Leguizamón y la My. Noris Toloza del Ejército. En resumen precisa la Dra. Luz Marina irán tres oficiales del Ejército, uno de la Fuerza Aérea y uno de la Policía (sic) Nacional.”¹⁰

7.- Copia auténtica del **Acta 092 del 28 de mayo de 2009**¹¹ del Grupo de Administración de Personal de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar – Ministerio de Defensa Nacional, integrado por la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y los Coordinadores del Grupo Logístico Administrativo, del Grupo Desarrollo y Gestión y del Grupo Administración de Personal, en la que se informó que el resultado del Proceso de Construcción de Referentes de Calidad fue el siguiente:

Araque Vargas Fabio	76.70%
Palacios Osma Pedro Gabriel	74.24%
Contreras Meléndez Germán	74.19%
Leguizamón Zárate María Paulina	70.23%
Ardila Prieto Nubia Marlén	68.03%
Morales Chinome José Liborio	66.98%
Toloza González Noris	66.49%
Guerrero Ovalle Kaarinza	64.99%
Ostos Rojas Luz Mónica	64.08%
Pachón Piragauta Efraín Custodio	60.73%

¹⁰ Cuaderno 1B folios 786 a 791.

¹¹ Cuaderno 1B folios 792 a 798.

8.- Copia auténtica del **Acta 122** sobre la reunión realizada el **15 de julio de 2009**, por el Consejo Asesor de Justicia Penal Militar, presidido por el Comandante General de las Fuerzas Militares y Ministro de Defensa Nacional (e), General Freddy Padilla de León, de la cual se extracta:

“El Cr. Edgar Ávila se refiere al caso del Cr. Germán Contreras Meléndez de la Fuerza Aérea quien interpuso acción de tutela porque no fue seleccionado en el listado de candidatos para magistrados, informa que la DEJPM gano (sic) la tutela en primera instancia, que se tiene conocimiento que el oficial la va a impugnar y que su abogado es José Gregorio Hernández. Así mismo solicita que los Señores Comandantes confirmen su decisión frente a los cinco candidatos seleccionados en el Consejo Asesor Anterior, siendo ratificada la decisión en unanimidad y el Señor Comandante General confirma la exclusión del TC. Germán Contreras.”¹²

5.- Los Cargos de la Demanda

El ciudadano Germán Contreras Meléndez demandó la nulidad del Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se designaron como Magistrados del Tribunal Superior Militar, para un período de 8 años, a las siguientes personas: Coronel del Ejército Paulina Leguizamón Zárate, Teniente Coronel del Ejército Pedro Gabriel Palacios Osma, Mayor del Ejército Noris Toloza González, Teniente Coronel de la Fuerza Aérea Fabio Enrique Araque Vargas y Mayor (r) de la Policía Nacional José Liborio Morales Chinome.

Para demostrar la ilegalidad de ese acto administrativo el actor propuso los siguientes cargos:

¹² Cuaderno 1B folios 827 a 833.

1.- Violación del debido proceso. En la integración de la lista de postulados para ser nombrados Magistrados del Tribunal Superior Militar, no se respetó la primera directriz previamente determinada por el Ministro de la Defensa Nacional y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar. Concretamente afirma que se inobservó lo dispuesto en el oficio 76824 del 3 de octubre de 2008 expedido por la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en tanto estableció que cada una de las Fuerzas y la Dirección General de la Policía Nacional tendría derecho a una de las cinco Magistraturas a proveer, debiendo cada uno de los Comandantes postular a quien obtuviera el puntaje más alto.

2.- Violación del debido proceso, el derecho a la igualdad, la buena fe y la confianza legítima. En la integración de la lista de postulados para ser nombrados Magistrados del Tribunal Superior Militar, no se respetó la segunda parte de la convocatoria previamente determinada por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar de fecha 12 de agosto de 2008. Se sustenta, brevemente, en que por haberse adelantado un concurso de méritos se entiende que la administración renunció a su discrecionalidad y que por ello los resultados del mismo debieron respetarse, nombrando al primero en puntaje.

3.- Violación al derecho a la igualdad. Porque no se designó al primero en puntaje.

4.- Los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar son de período fijo y cuando se accede a ellos mediante concurso de méritos, éste se debe respetar. Lo sustenta en que los procesos de selección previstos en el artículo 3 de la Ley 940 de 2005 aplican igualmente para esos cargos.

5.- Expedición irregular. Debido a que la lista de candidatos presentada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, violaron las reglas previstas en el oficio 76824 del 3 de octubre de 2008, al no haber postulado a quien obtuvo el primer

puesto dentro de los aspirantes por el Comandante General de las Fuerzas Militares.

6.- Falsa motivación. Sustentada en que la lista de candidatos presentada al Presidente de la República no tomó en cuenta que cada Fuerza tendría derecho a un cupo y que la misma no respetó el orden de precedencia fijado con el concurso de méritos.

7.- Infracción de norma superior. Precisa que se violaron los artículos 3 y 8 de la Ley 940 de 2005, así como las reglas establecidas por el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar en la sesión del 12 de agosto de 2008 y por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar en su oficio 76824 del 3 de octubre de 2008, básicamente por irrespeto a los cupos fijados y por no atender el orden de precedencia establecido con el concurso de méritos.

Para refutar tales imputaciones los demandados coinciden en afirmar que los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar son de período y que por ello cualquier reglamentación que se haya expedido para fijar un proceso de selección sería contraria a derecho, entre otras razones porque tanto en la postulación como en la designación las autoridades intervinientes, que son los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, así como el Presidente de la República, gozan de discrecionalidad para hacerlo. Por lo mismo, niegan que los aspirantes al cargo puedan alegar derechos adquiridos con relación al puntaje obtenido, pues consideran que la discrecionalidad de los Comandantes que postulan llega al punto de ejercer tal derecho sin sujeción a los resultados de las pruebas, que apenas sí constituyen un Proceso de Construcción de Referentes de Calidad.

Bajo este panorama la Sala debe abordar los siguientes temas para poder adoptar una decisión sobre el particular. En primer lugar, determinar si las directrices

invocadas por el actor en verdad se dieron y por cuenta de qué autoridad; en segundo lugar, precisar la naturaleza jurídica del cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar; en tercer lugar, determinar el grado de autonomía de que gozan las autoridades que postulan y nominan; en cuarto lugar, revisar la teoría del Acto Propio para allí fijar los alcances de los principios de buena fe y confianza legítima, y en quinto lugar, conjugar esos elementos para analizar el caso concreto.

i.) De las directrices alegadas por el actor

Con el Acta 035, contentiva de la sesión del 15 de junio de 2007 del Consejo Asesor de Justicia Penal Militar, se probó que si bien con antelación y por *“un pacto de caballeros”*, sus integrantes habían reservado cupos para cada una de las Fuerzas, allí mismo se dijo que esa posición había sido abandonada porque era mejor seleccionar a los Magistrados *“por calidad y no por cupos”*, lo cual condujo a que la propuesta de la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, sobre fijación de fases y puntajes del proceso de selección se aprobara al decirse que *“El señor Ministro [de Defensa] y la mesa est[án] de acuerdo”*.

Sin embargo, en la sesión del 12 de agosto de 2008 (Acta 072) del mismo Consejo Asesor, la Directora Ejecutiva propuso seleccionar los Magistrados *“mezclando calidad con cupos”*, ante lo cual el General Mario Montoya Uribe, en calidad de Comandante del Ejército, señaló que las 5 Magistraturas del Tribunal Superior Militar deben proveerse 1 para el Ejército, 1 para la Armada, 1 para la Fuerza Aérea y 1 para la Policía, y que el cargo restante se asignaría por méritos entre cualquiera de las Fuerzas o al segundo o tercero de todos.

Mediante oficio 76824 del 3 de octubre de 2008 la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar le solicitó al Comandante General de las Fuerzas Militares que a más tardar el 27 de octubre siguiente, le enviara la lista de candidatos a participar en el

Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, de donde surgiría la lista de candidatos a presentar al Presidente de la República. De igual forma señaló que atendiendo lo dispuesto en la sesión del 12 de agosto de 2008 esa lista de candidatos estaría integrada por *“el primer clasificado de cada una de las listas presentada”* por el Comandante de cada una de las Fuerzas y por el Director de la Policía Nacional.

En respuesta a ese oficio, el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares le dirigió a la Directora Ejecutiva el oficio 1773 del 29 de octubre de 2008 un oficio en el que le indicaba que, siguiendo las instrucciones del Comandante General de las Fuerzas Militares, el único candidato postulado por el mismo era el Coronel FAC Germán Contreras Meléndez, quien efectivamente participó de las distintas pruebas, alcanzando un puntaje de 74.19%, que lo ubicó como tercero entre los distintos aspirantes y por supuesto de primero en cuanto al Comando General de las Fuerzas Militares por ser el único postulado. Sin embargo, en el Consejo Asesor de Justicia Penal Militar realizado el 21 de abril de 2009 (Acta 103), se analizaron los resultados del proceso de selección y luego de ello se decidió que la lista de postulados ante el Presidente de la República estaría integrada por las mismas personas que luego fueron designadas y que ahora están aquí demandadas.

Pues bien, estos elementos de prueba evidencian que tanto el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar como la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, en algunas de sus actuaciones, que fueron debidamente documentadas en Actas y en oficios, dieron a entender que la lista de candidatos que se presentaría al Presidente de la República para que este ejerciera su facultad nominadora respecto de los Magistrados del Tribunal Superior Militar, surgiría de un Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, según el cual la selección se haría por méritos y reservando un cupo o Magistratura para el Comandante General de las Fuerzas Militares, para el Comandante del Ejército Nacional, para el Comandante

de la Armada de la República de Colombia, para el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana y para el Director de la Policía Nacional.

ii.) Naturaleza jurídica del cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar

En el artículo 125 Constitucional se fijan las grandes pautas en cuanto a la naturaleza jurídica de los empleos del Estado, consagrándose como regla general que los mismos son de carrera, esto es que su provisión se hará por un sistema de méritos, según el cual quedan desplazadas las viejas prácticas de la burocracia que permitían el acceso al ejercicio de la función pública sin constatar previamente la idoneidad, la capacidad y la experiencia que las funciones demandaban, sustituyéndose ahora por la necesidad de dar paso al desempeño de funciones públicas a quienes superen a los demás aspirantes en ítems como los mencionados. Sin embargo, allí quedaron exceptuados de ese régimen general de carrera los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales, “y los demás que determine la ley”.

Dentro de la última fórmula quedan comprendidos, desde luego, los diferentes empleos asignados a la Fuerza Pública en general, para la cual el constituyente prescribió en el artículo 217 Superior *in fine* que:

“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.” (Negrillas de la Sala)

Y en lo atinente a la conformación de la Justicia Penal Militar se dijo en el artículo 221 Constitucional, modificado por el Acto Legislativo 02 de 1995, que:

“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.”

Destaca la Sala de todo lo anterior, que el constituyente determinó que en las Fuerzas Militares imperaría igualmente, como regla general, la provisión de cargos por el sistema de carrera, con la particularidad que no sería a través del sistema fijado para la generalidad de servidores del Estado, sino mediante un régimen propio, frente al cual dispuso que tendría reserva legal, esto es que sería por medio de una disposición jurídica con rango de ley que ello se regularía.

Ello se desarrolló por el legislador con la expedición de la Ley 940 del 5 de enero de 2005 *“Por la cual se expiden normas sobre requisitos para el desempeño de cargos en la Jurisdicción Penal Militar”*. En su artículo 3 se fijó, como regla general, que el Gobierno Nacional - Ministerio de Defensa, junto con el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar, fijarían las directrices necesarias para llevar a cabo *“el proceso de selección del personal que desempeñe funciones jurisdiccionales en la Justicia Penal Militar”*, con lo que bien claro queda que el mérito sería el factor determinante para incorporarse al ejercicio de esas funciones, de suerte que los resultados del respectivo proceso tienen fuerza vinculante para todos los intervinientes, en especial para la administración.

Como excepción a esa regla estableció la Ley 940 de 2005 en su artículo 8 que existen otros cargos, no provistos por medio de proceso de selección, como son los de Magistrados del Tribunal Superior Militar, que son de período y frente a los cuales se dijo en ese precepto:

“Artículo 8.- Cargos de período. Los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Fiscal Penal Militar ante el mismo, serán proveídos por el Presidente de la República para períodos individuales de ocho (8) años

no prorrogables, de listas de candidatos presentadas por el Comandante General de las Fuerzas Militares, Comandantes de Fuerza y Director General de la Policía Nacional.”

La anterior disposición fue desarrollada mediante el Decreto Ley 091 del 17 de enero de 2007 “Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal”, con las siguientes disposiciones:

“Artículo 11. De la provisión de los empleos de período fijo. Los empleos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Fiscal Penal Militar ante Tribunal Superior Militar, serán provistos por el Presidente de la República.

Artículo 12. Listas de candidatos. El Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional de Colombia, presentarán una lista de candidatos a través de la Dirección de la Justicia Penal Militar o de la dependencia que haga sus veces, para la provisión de los empleos de Magistrado del Tribunal Superior Militar y Fiscal Penal Militar ante Tribunal Superior Militar.

El nominador discrecionalmente podrá escoger al candidato de la lista que le sea presentada a través de la Dirección de la Justicia Penal Militar, o de la dependencia que haga sus veces, o solicitar la presentación de nuevas listas de candidatos.”

Las normas anteriores dejan en claro varias cosas. Una de ellas corresponde a que el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar, como ya se dijo, es de período fijo (8 años), no prorrogable, con lo cual queda sin fundamento la tesis de que los mismos deban proveerse agotando una convocatoria pública o un proceso de selección.

Otra, que la designación de los Magistrados de ese Tribunal se encomendó al Presidente de la República, quien para hacerlo debe recibir previamente del Comandante General de las Fuerzas Militares, de los Comandantes de Fuerza y del Director General de la Policía Nacional, por conducto de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, una “*lista de candidatos*”, con base en la cual el primer mandatario hará el respectivo nombramiento.

Y por último, que para la elaboración de esa “*lista de candidatos*” el legislador no previó procedimiento alguno, con lo que se dio a entender que el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, pueden obrar en su conformación con cierta libertad o discrecionalidad. Esta facultad es aún más evidente en el caso del Presidente de la República, para quien el legislador expresamente reconoció que la escogencia podría hacerla “*discrecionalmente*” entre los candidatos que integran la “*lista de candidatos*”, de modo tal que según su voluntad, que no puede tomarse como arbitrariedad, bien puede nombrar a alguna de las personas allí incluidas o simplemente pedir que le presenten nuevas listas.

iii.) Grado de autonomía de que gozan tanto quienes elaboran la lista de candidatos como quien designa los Magistrados del Tribunal Superior Militar

Aunque el legislador no haya dicho expresamente que la “*lista de candidatos*” sería elaborada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, de forma discrecional, ello se infiere por la Sala del hecho que esa atribución no haya sido sometida a una regulación en particular o a un proceso de selección peculiar.

Por lo mismo, el grado de autonomía con que cuentan dichos Comandantes, al no estar restringido por regulación alguna, se delimita por el concepto mismo de la decisión discrecional, que según lo previsto en el artículo 36 del C.C.A., indica:

“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

Como se podrá notar, la discrecionalidad se define a través de dos elementos como son la adecuación y la proporcionalidad. Según lo primero, la medida debe tener correspondencia con el fin perseguido, o en palabras de la Doctrina Constitucional es preciso que exista “*la armonía del medio con el fin*”¹³; y según lo segundo, la decisión que asuma la administración no debe ser desmedida frente a los hechos que le sirven de fundamento, ya que de superarse ese marco de referencia la decisión se convierte en arbitrariedad, que es la antítesis de la decisión discrecional.

Bajo estas orientaciones no duda la Sala en afirmar que el grado de autonomía con que el legislador invistió a dichos Comandantes al elaborar la “*lista de candidatos*” a presentar al Presidente de la República, se mide bajo criterios de racionalidad y razonabilidad, pues si bien emergen de un concepto indeterminado como es la decisión discrecional, serán la adecuación y proporcionalidad las que decidan si su obrar, en este caso, estuvo o no ajustado a Derecho.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1995.

Ahora, en lo que respecta al grado de autonomía del Presidente de la República al momento de hacer la designación de los Magistrados del Tribunal Superior Militar, también le son aplicables los anteriores parámetros, sólo que en su caso podría hablarse de una discrecionalidad reforzada o ampliada, derivada del hecho que por decisión del legislador extraordinario el primer mandatario de los colombianos tiene la facultad de solicitar que le envíen nueva “*lista de candidatos*”, lo que de algún modo permite anticipar que su potestad nominadora no queda atada a la postulación que hagan sus Comandantes de la Fuerza Pública.

Es preciso acotar, y para finalizar, que la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del artículo 8 de la Ley 940 del 5 de enero de 2005, que halló conforme al ordenamiento superior, identificó como parámetros para el ejercicio de la facultad discrecional en mención, los siguientes:

“Ahora bien, la sola competencia reconocida al supremo comandante y jefe de la Fuerza Pública para designar a los Magistrados del Tribunal Superior Militar, no tiene por qué afectar los principios de imparcialidad e independencia judicial, entendidos éstos como la garantía ciudadana a un juicio libre, desprovisto de presiones e influencias que pongan en entredicho la objetividad del juzgador y el debido proceso de quienes son parte en el juicio.

Al respecto, habrá de señalarse inicialmente que la designación de tales magistrados no responde a un acto de poder o de mera liberalidad subjetiva del Presidente de la República, que de alguna manera pueda comprometer la autonomía e independencia de aquellos. Coincidiendo con el Ministerio Público y algunos de los intervinientes, aun cuando se trata de una facultad discrecional, la misma no es caprichosa o arbitraria sino reglada, en el sentido de que los nombramientos debe efectuarlos el Presidente con base en parámetros normativos de carácter objetivo, previamente definidos por la Constitución y la ley, con los que se busca

que dichos cargos sean provistos con personal idóneo, especializado y altamente calificado.

El primer parámetro normativo surge del texto del artículo 209 de la Carta Política, en cuanto que, de acuerdo con el mismo, la facultad nominadora debe ser ejercida por el Presidente con estricta sujeción a los principios que gobiernan la función pública, en especial, conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad. Siguiendo el tenor literal del artículo 8° de la Ley 940 de 2005, encuentra la Corte que existe una segunda restricción a dicha facultad nominadora, pues los cargos de Magistrado del Tribunal Superior Militar sólo pueden ser provistos por el Ejecutivo de las listas de candidatos que previamente hayan presentado el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía. Finalmente, la competencia del Presidente para designar a los magistrados del Tribunal Superior Militar debe ser ejercida por éste con estricta sujeción a los requisitos generales y especiales que de acuerdo con los artículos 4° y 6° de la misma Ley 940 de 2005 deben cumplir los potenciales aspirantes.”¹⁴

iv.) Teoría del Acto Propio

Ha considerado la Sala necesario que se expongan en esta providencia algunas reflexiones sobre el contenido y alcance de la doctrina del Acto Propio, ya que según el actor con la “*lista de candidatos*” enviada por el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, al Presidente de la República para la designación de Magistrados del Tribunal Superior Militar, se afectaron principios como la buena fe, la confianza legítima y la igualdad, al no haberse acatado las directrices que ellos mismos fijaron, alusivas a que esos candidatos saldrían de un concurso de méritos y que cada Fuerza tenía reservado un cupo en dicho Tribunal.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-737 del 30 de agosto de 2006.

Pues bien, esa teoría se configura a partir del carácter vinculante de los actos de la administración, que una vez expedidos y dados a conocer a los asociados, no pueden ser inobservados, no solo por su fuerza ejecutoria y ejecutiva, sino por la necesidad de salvaguardar la credibilidad y confianza que indispensablemente debe inspirar el obrar administrativo en los destinatarios de esas medidas. Además, en cierta forma esa teoría halla respaldo, a nivel interno, en lo dispuesto en el artículo 66 del C.C.A., en cuanto dispone que *“los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos”* por esta jurisdicción, salvo que pierdan su fuerza ejecutoria por cualquiera de las causales allí contempladas. En la jurisprudencia del Consejo de Estado la preponderancia de esa institución no ha sido ignorada, por el contrario ha sido exaltada al decir:

“La actuación en estos términos se revela contraria al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, que irradia todas las relaciones jurídicas, principio que ha encontrado desarrollo doctrinario en derecho procesal en la teoría de los “propios actos”, cimentada en el aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibile y no puede en juicio prosperar.”¹⁵ “¹⁶

¹⁵ DIEZ PICAZO, Luis, *“La Doctrina de los Propios Actos”*, Casa Editorial Bosch, *“Nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos”* *“(…) la regla que prohíbe venir contra los propios actos, puede (…) ser descrita bajo la rúbrica de “inadmisibilidad de la pretensión contradictoria”*. Esto significa que una pretensión es inadmisibile y no puede prosperar cuando se ejercita en contradicción con el sentido, que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica”. Ver: Págs. 123, 125, 188, 189 y 246 a 251.

¹⁶ Sala Especial Transitoria de Decisión 4B. Sentencia del 25 de abril de 2006. Expediente: 110010315000200400782-01 (S). Actor: Ana Lucía Sabogal Mojica y otros. Demandado: Instituto de Valorización del Meta.

También en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se hallan pronunciamientos sobre el particular, con una precisión bien importante:

*“Según la jurisprudencia, el principio de respeto del acto propio, “(...) resulta aplicable cuando (i) se ha proferido un acto que contenga una situación subjetiva concreta y verificable que conceda confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica determinada, esto es, **que la disposición sea eficaz y jurídicamente vinculante**; (ii) la decisión sea revocada unilateralmente por su emisor sin que esté autorizado por el ordenamiento para ello y con base en parámetros irrazonables o desproporcionados y (iii) exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la disposición inicial como en la posterior que la modifica, a la vez que ambos actos regulen la misma situación jurídica subjetiva.”¹⁷*

Así las cosas, la prohibición a la administración de venir contra sus propios actos es válida siempre que los actos correspondientes sean eficaces y jurídicamente vinculantes, lo que desde luego encuentra como referente normativo lo dicho en el artículo 58 Constitucional sobre los derechos adquiridos, pues si bien allí se amparan, ello sólo puede ocurrir a condición de que hayan sido *“adquiridos con arreglo a las leyes civiles”*, en atención que no se puede brindar protección jurídica a una situación que surge a espaldas del ordenamiento jurídico.

Esto complementa, sin duda, la teoría de los Actos Propios, pues no basta con que la administración haya hecho alguna actuación con beneficios para terceras personas, ya que a ello debe sumarse la conformidad de esa actuación con las reglas jurídicas que la rigen.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-083 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño). Esta sentencia ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas, la sentencia T-546 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

v.) El Caso concreto

Con las pruebas se acreditó que efectivamente en algunas actuaciones del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar y de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, se dio a entender que la “*lista de candidatos*” que el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional debían presentar al Presidente de la República para que designara los Magistrados del Tribunal Superior Militar surgiría de un proceso de selección denominado Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, y que los 5 cupos de ese Tribunal se asignarían de a uno para cada una de esas Comandancias.

De igual forma se probó que el Coronel FAC Germán Contreras Meléndez fue el único postulado por el Comandante General de las Fuerzas Militares, que presentó las diferentes pruebas y que su puntaje final le permitió ocupar el tercer lugar entre todos los aspirantes, pese a lo cual no fue incluido en la “*lista de candidatos*” que esas autoridades hicieron llegar al Presidente de la República. En fin, que la postulación terminó haciéndose en forma distinta a como se dio a entender por parte de esos Comandantes y de la Dirección Ejecutiva.

Ahora bien, examinada esa situación fáctica a la luz de las precisiones jurídicas efectuadas en los capítulos anteriores, encuentra la Sala que ninguno de los vicios de ilegalidad alegadas se configura, por lo siguiente:

Para la Sala las denominadas “*directrices*” no tienen la fuerza vinculante que el actor indica. En efecto, como ya se dijo, el proceso de designación de Magistrados del Tribunal Superior Militar viene acompañado de una alta dosis de discrecionalidad, tanto para la cúpula militar como para el Presidente de la República. Recuérdese que según lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 940 del 5 de enero de 2005 y en los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 091 del 17 de enero de

2007, el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional, solamente están obligados a presentar la “*lista de candidatos*” al Presidente de la República, para cuya conformación, por la ausencia de regulación, quedan en libertad de acoger el procedimiento que mejor les parezca, siempre que ello no raye en la arbitrariedad, o sencillamente no acudir a procedimiento alguno, sino entrar a postular a los candidatos que cumplan con los requisitos para ejercer el cargo, en particular que sean miembros de la Fuerza Pública en grado de oficial superior en servicio activo o miembro de la Fuerza Pública en retiro, acreditando experiencia mínima de 8 años en el ejercicio de cargos como funcionario de la Justicia Penal Militar.

En las mismas disposiciones se fundamenta la discrecionalidad con que el legislador dotó al Presidente de la República para hacer tales nombramientos, expresamente reconocida y llevada al punto que el Jefe del Estado, si así lo decide, bien puede devolver la “*lista de candidatos*” presentada por sus Comandantes de la Fuerza Pública, para que le envíen una nueva, con lo que el legislador dio a entender que para poder acceder a esos cargos no es suficiente cumplir con los requisitos para su ejercicio y contar con la respectiva postulación, sino que además se precisa del voto de confianza que el Presidente de la República deposita en ellos, ante lo cual no cabe reparo alguno porque entiende la Sala que se trata de una medida razonable, dada su condición de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Supremo Comandante de las Fuerzas Militares.

La hipótesis contraria, esto es que la “*lista de candidatos*” presentada por dichos Comandantes tenga fuerza vinculante frente al Presidente de la República, no sería conforme al ordenamiento constitucional y de algún modo terminaría subvirtiéndolo. Nótese que el Presidente de la República, al ser el director de la Fuerza Pública y comandante supremo de las Fuerzas Armadas de la República (C.P. Art. 189 num. 3), tiene la máxima jerarquía dentro del Estado Colombiano sobre todos los integrantes de la Fuerza Pública, motivo por el cual tanto el

Comandante General de las Fuerzas Militares, como los Comandantes de Fuerza y el Director General de la Policía Nacional son sus subordinados; por ello, al tener una posición subordinada frente al Jefe de Estado, sus actuaciones administrativas no pueden restringir el ejercicio de sus competencias discrecionales, ya que en punto del poder de nominación de los Magistrados del Tribunal Superior Militar puede acoger la lista presentada o pedir que la cambien.

De otro lado, lo que el actor llama “*directrices*” para el Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, no tienen fuerza vinculante según el ordenamiento jurídico. Según se precisó líneas arriba, el régimen de la Fuerza Pública tiene una naturaleza especial, pues decidió el constituyente que para esa parte del Estado fuera el legislador quien dictara unas normas propias (Art. 217 C.P.), lo cual no es cosa distinta a una materia con Reserva Legal. Por lo mismo, las denominadas “*directrices*” que implementó el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar y la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar no tienen esa categoría, y pretender su reconocimiento jurídico, por encima de la reserva legal, es auspiciar una violación de la Ley.

Por otra parte, bajo la teoría del Acto Propio tampoco tendría abrigo la demanda formulada por el señor Germán Contreras Meléndez con base en la inexistente violación de principios como la buena fe, la confianza legítima y la igualdad, puesto que para la prohibición de venir contra los actos propios, que en este caso serían las denominadas “*directrices*”, se requiere que lo allí dispuesto “*sea eficaz y jurídicamente vinculante*”, propiedad que no se puede predicar de esas “*directrices*”, pues como se vio contrarían la Reserva Legal y las disposiciones que le reconocen al Presidente de la República facultad discrecional para designar los Magistrados del Tribunal Superior Militar e incluso devolver la “*lista de candidatos*” en caso de que así lo decida.

Tampoco acoge la Sala la tesis del actor, para quien de allí surgieron derechos adquiridos, tanto para ser incorporado en la *“lista de candidatos”* como para ser designado Magistrado por ser el único postulado por el Comandante General de las Fuerzas Militares y haber alcanzado un puntaje satisfactorio, pues para que ello acontezca es preciso acceder al derecho conforme a la Ley. Ahora como esa expresión se toma en sentido formal, por tener Reserva Legal, y dado que ninguna disposición estableció la existencia de un proceso de selección para proveer esos cargos, y sí por el contrario reconoció la discrecionalidad de esas autoridades, es claro que el actor no podía derivar de allí ningún derecho adquirido, pues seguía prevaleciendo la voluntad del legislador sobre cualquiera otra manifestación del Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar o de la Directora Ejecutiva de la misma.

Además, debe tomarse en cuenta que tanto la Ley 940 del 5 de enero de 2005 como el Decreto Ley 091 del 17 de enero de 2007 se refieren a *“lista de candidatos”* y no a *“lista de elegibles”*. Esa distinción es bastante dicente, en atención a que la última expresión se emplea para designar aquellas personas que han superado un proceso de selección o un concurso de méritos y por ello han ganado el derecho a ser designadas en los respectivos cargos; empero, con la primera expresión no ocurre lo mismo, ciertamente porque con el debido tecnicismo el legislador estableció que el aspirante a Magistrado del Tribunal Superior Militar es eso, un candidato, de suerte que, como lo dice el Diccionario de la Real Academia Española, es la *“Persona propuesta o indicada para una dignidad o un cargo, aunque no lo solicite”*, al punto que tal condición es heterónoma o sujeta a voluntades externas, contrario a lo que sucede con el elegible, quien llega a esa condición en forma autónoma, dependiendo de su propia voluntad y de la superación de unas pruebas que lo ubiquen en mejor posición respecto de los otros concursantes.

Esas circunstancias permiten asegurar a la Sala que en este caso no han sido afectados ni la confianza legítima, ni la buena fe, ni el principio de igualdad, en virtud a que dependiendo la inclusión en la *“lista de candidatos”* de una voluntad

externa a la del actor, proveniente de los mencionados Comandantes, el demandante no puede considerarse defraudado en la confianza depositada en las “*directrices*” provenientes de la administración, ni que se le haya dado un trato desigual o discriminatorio frente a los otros postulados, puesto que él, como abogado que es y con una larga trayectoria en la Justicia Penal Militar, debió saber de la discrecionalidad que ostentaban tanto los Comandantes como el Presidente de la República, e igualmente que para poder siquiera aspirar a esa dignidad se debía contar con la postulación por parte de alguno de los Comandantes, discrecionalidad que no cesaba o se restringía por el hecho de haber diseñado e implementado un sistema de pruebas para medir el grado de idoneidad que pudieran tener los postulados.

La decisión de los Comandantes de apartarse de las mencionadas “*directrices*” se ajusta a las características de las decisiones discrecionales, puesto que se trató de una medida adecuada y proporcional. Lo primero, porque con ella se refrendó el poder discrecional de esas autoridades militares, y en segundo lugar, tampoco es desproporcionada la medida puesto que su referente fue el ordenamiento jurídico, es decir aquéllas disposiciones que permiten al Presidente de la República designar de la lista propuesta e incluso pedir su cambio; desmedido hubiera sido pensar que tanto el primer mandatario como la cúpula militar quedaban sujetos al Proceso de Construcción de Referentes de Calidad, de modo tal que sólo podían obrar de una manera, designando Magistrado al actor.

Y por último, no se puede afirmar, como lo hace el actor, que por las denominadas “*directrices*” la cúpula militar haya renunciado a su facultad discrecional, pues no se trata de un derecho sino de una competencia legal, que como tal no puede tratarse como un derecho disponible por parte de la entidad encargada de ejercerla; es una atribución legal que perdura por encima de esas subreglas, ya que en el sistema normativo colombiano su preponderancia jurídica es desplazada por

la jerarquía de la Ley, que además de superarla le debe servir de referente normativo.

6.- Conclusiones

De lo discurrido en precedencia colige la Sala que ni las excepciones ni las pretensiones están llamadas a prosperar. Aquellas por las razones ya dichas, y éstas porque los supuestos en que se cimentaron los diferentes cargos de la demanda, no resultaron conformes a Derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones formuladas por la parte demandada.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de Nulidad Electoral propuesta por GERMÁN CONTRERAS MELÉNDEZ contra la designación de Magistrados del Tribunal Superior Militar, contenida en el Decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009, expedido por el Presidente de la República.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA