



Revista Via Iuris

ISSN: 1909-5759

ISSN: 2500-803X

Fundación Universitaria Los Libertadores

Garzón Buenaventura, Edgar Fabián
Del principio de prohibición del exceso al principio de Proporcionalidad de Alexy
Revista Via Iuris, núm. 31, 2021, Julio-Diciembre, pp. 1-37
Fundación Universitaria Los Libertadores

DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n31a5>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273972249008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Fecha de recepción: 7 de abril de 2021
Fecha de evaluación: 12 de julio de 2021
Fecha de aprobación: 21 de julio de 2021

Del principio de prohibición del exceso al principio de proporcionalidad de Alexy*

*Edgar Fabián Garzón Buenaventura***

Para citar este artículo

Garzón, E. (2021). Del principio de prohibición del exceso al principio de Proporcionalidad de Alexy. *Vía Iuris*, (31), 89-108. <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n31a5>

RESUMEN

El presente artículo, a partir de bases jurídicas y doctrinales, precisa la obligación que recae sobre la administración de realizar una fundamentación argumentativa que justifique la restricción de un derecho, obligación que deviene del principio de proporcionalidad el cual es analizado a partir de su desenvolvimiento histórico y de las diversas posturas que frente a este existen en la filosofía del derecho. Se realizó un ejercicio frente al acto administrativo de llamamiento a calificar servicios en el cual se analizó la colisión de dos principios: el deber de motivación y la jerarquía funcional, aplicando la teoría de la comunicabilidad constitucional con el fin de establecer la relación dialéctica, en el plano constitucional-internacional de los derechos fundamentales, mediante el principio de proporcionalidad, cumpliendo un desarrollo argumentativo, con el fin de ofrecer o explicitar elementos estructurales en las decisiones jurisdiccionales.

DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n31a5>

Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)



* Artículo de investigación derivado del proyecto “Sentencias de unificación y extensión de fallos cap-103, código de proyecto 11010121” del Grupo de investigación Gustavo Vanegas Torres de la Universidad Libre, en Colaboración con el estudiante Andrés Mateo Sánchez Molina, estudiante de quinto año de derecho, Universidad Libre de Colombia (periodo 2020), Bogotá, Colombia.

** Candidato a doctor en derecho de la Universidad Libre de Colombia. Magíster en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Lomas de Zamora. Abogado y filósofo de la Universidad Libre. Profesor de la Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: edfagabu@gmail.com. orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5356-2010>

Palabras clave

Principio de proporcionalidad, motivación, llamamiento a calificar servicios, discrecionalidad, jerarquía funcional.

From the principle of prohibition of excess to the proportionality principle of Alexy

Edgar Fabián Garzón Buenaventura

ABSTRACT

This article, based on legal and doctrinal bases, specifies the obligation that falls on the administration to make an argumentative foundation that justifies the restriction of a right, an obligation that becomes the principle of proportionality which is analyzed based on its historical development and of the various positions that face him in the philosophy of law. An exercise is carried out against the call to qualify services in which the collision of the principles of two fundamental rights derived between the principle of the duty of motivation and the principle of functional hierarchy is analyzed, applying the theory of constitutional communicability in order to establish the Dialectical relationship, at the constitutional-international level of fundamental rights, through the principle of proportionality, fulfilling an argumentative development, in order to offer or explain structural elements in the jurisdictions decisions.

Keywords

Principle of proportionality, motivation, call to qualify services, discretion, functional hierarchy.

Do princípio da proibição do excesso ao princípio da proporcionalidade da Alexy

Edgar Fabián Garzón Buenaventura

RESUMO

Este artigo, baseado em fundamentos jurídicos e doutrinais, especifica a obrigação da administração de apresentar uma justificação argumentativa para a restrição de um direito, uma obrigação que deriva do princípio da proporcionalidade, que é analisada com base no seu desenvolvimento histórico e nas várias posições que existem na filosofia do direito. É realizado um exercício em relação ao acto administrativo de solicitação da qualificação dos serviços em que se analisa a colisão de dois princípios: o dever de motivar e a hierarquia funcional. Aplicando a teoria da comunicabilidade constitucional, a fim de estabelecer a relação dialéctica, a nível constitucional-internacional dos direitos fundamentais, através do princípio da proporcionalidade, cumprindo um desenvolvimento argumentativo, com o objectivo de oferecer ou explicar elementos estruturais nas decisões jurisdicionais.

Palavras-chave

Princípio da proporcionalidade, motivação, apelo à qualificação dos serviços, discrição, hierarquia funcional.

Du principe d'interdiction de l'excès au principe de proportionnalité d'Alexy

Edgar Fabián Garzón Buenaventura

RÉSUMÉ

Cet article, fondé sur des bases juridiques et doctrinales, précise l'obligation pour l'administration de justifier de manière argumentée la restriction d'un droit, obligation qui découle du principe de proportionnalité, lequel est analysé sur la base de son évolution historique et des différentes positions qui existent dans la philosophie du droit. Un exercice est réalisé à propos de l'acte administratif d'appel à la qualification des services dans lequel est analysée la collision de deux principes: le devoir de motivation et la hiérarchie fonctionnelle. Appliquer la théorie de la communicabilité constitutionnelle afin d'établir la relation dialectique, au niveau constitutionnel-international, des droits fondamentaux, au moyen du principe de proportionnalité, en réalisant un développement argumentatif, dans le but d'offrir ou d'expliquer des éléments structurels dans les décisions juridictionnelles.

Mots-clés

Principe de proportionnalité, motivation, appel à qualification des services, discrétion, hiérarchie fonctionnelle.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar la situación que presenta actualmente el acto administrativo *llamamiento a calificar servicios*, una vez se observa una falta de motivación con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que determina la inexistencia de obligación para fundamentar por parte de la administración. Se busca demostrar que la posición que ha tomado la jurisprudencia colombiana no es consecuente con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, pues al no motivar el acto se priva de la publicidad y la posibilidad de realizar una efectiva contradicción de la manifestación unilateral de la administración, afirmación que será demostrada en el desarrollo del presente escrito.

Aunque la argumentación por parte de las altas corporaciones en Colombia deviene de un postura que privilegia la jerarquía funcional con base en los artículos 125 y 217 de la Constitución Política de Colombia, hay una antinomia con el principio de proporcionalidad, ante cada caso concreto es necesario verificar cuál de aquellos tiene prelación sobre el otro.

Finalmente, el presente artículo pretende verificar si existe una antinomia entre la jurisprudencia colombiana con el marco convencional, respecto del deber de motivación de los actos administrativos, específicamente el de llamamiento a calificar servicios. Para el propósito anterior se utilizó una metodología de análisis jurisprudencial que contrasta la jurisprudencia nacional y su diálogo con la jurisprudencia convencional para determinar si procede un desconocimiento de la propia Constitución Política de Colombia y sobre todo, a proponer la aplicación del test de ponderación como fórmula de solución a los principios que se contraponen a través de un ejemplo práctico. Por tanto, la pregunta de investigación que pretende resolver el presente escrito es ¿existe una antinomia entre la jurisprudencia colombiana y convencional respecto el deber de motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios sin que se observe una fórmula de ponderación entre el principio de jerarquía funcional y el deber de motivación?

Para responder a la pregunta anterior se implementó una metodología de carácter descriptivo-analítico con un enfoque cualitativo, donde se asume la evaluación de la jurisprudencia nacional-internacional

junto con un seguimiento documental de la teoría del profesor Robert Alexy para pasar a un análisis que descompone los argumentos principales del objeto de estudio y desglosar las contradicciones entre la jurisprudencia colombiana y la jurisprudencia convencional.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Principio de proporcionalidad

Al entablar un diálogo con la filosofía analítica de los principios constitucionales desarrollada en la teoría de los *derechos fundamentales* de Robert Alexy es necesario indagar que el principio de proporcionalidad tiene un cauce histórico tomado en el derecho administrativo prusiano, denominado principio de prohibición del exceso, desarrollado en la jurisprudencia del tribunal superior contencioso administrativo de Prusia en donde la mencionada corporación decidió que la conducta de la policía era ilegal debido a que no era proporcional (Ibler, 2005, p.3), que fijó un límite de intervención de las medidas discretionales con que cuenta el Estado y que generan la afectación de un derecho de sus conciudadanos, una medida preventiva que se manifiesta en el principio de derecho de policía.

En el derecho administrativo prusiano toda intervención a los derechos subjetivos de los ciudadanos debe estar sustentada en los fines de la norma y ser proporcional respecto a los hechos que le sirven de causa, si no la medida administrativa sería un acto arbitrario que irrumpiría en la esfera de los derechos del individuo. El discurso de los derechos públicos subjetivos acrecentó la convicción de que el individuo era el fin último de todo ejercicio político y de que cualquier intervención estatal en la órbita debía ser proporcionada. A esta circunstancia se sumó la creación de una jurisdicción administrativa independiente, que se valió de manera asidua del principio de proporcionalidad para fundamentar la anulación de medidas coercitivas que limitaban en exceso los derechos individuales (Bernal, 2014, p. 44).

Ante toda intervención de la administración o del legislador que pretende una intrusión o afectación de los principios constitucionales debe mediar una fundamentación, por lo menos argumentativa, que justifique la restricción de un derecho; en el eje de la investigación es la negación de motivar el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios,

dado que la finalidad pretendida es el buen servicio, pero como en páginas posteriores se señala, se demostró que la administración en la mayoría de los casos esconde un vicio oculto, llevando a que la medida sea arbitraria y en contra de los derechos fundamentales, aunque proporcional.

El objeto del principio de proporcionalidad o de justicia del caso concreto implica que la administración pública en su actuar deberá considerar, como elemento rector, un conocimiento claro, sistematizado e individual de todos los administrados, de tal forma se privilegiará la relación administración-administrado y la verdad material se impondrá a la abstracción de la norma jurídica, donde los juicios girarían en torno a una revisión de la adecuación de una determinada medida, para que esta sea perseguida (Rivera, 2005, p.73).

Lo anterior se ejemplifica en el ordenamiento colombiano, en que las medidas discrecionales administrativas descritas en el artículo 44 de la Ley 1437 del 2011, deben estar sustentadas en los fines de la norma, y la proporcionalidad debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Sobre todo, las medidas discrecionales bajo el principio de proporcionalidad pasan de lo descriptivo a lo argumentativo racional a través de los principios constitucionales, con lo que se presenta una postura en sede interna en contra a nivel internacional, cobrando interés entre el principio de jerarquía funcional y el deber de motivar.

Aun así, la relación entre reglas y principios es confusa. Es necesario indicar que el problema es del lenguaje formal, dado que sufre de vaguedad o ambigüedad; trasladándose al campo jurídico, en un primer momento en las reglas, sea por los objetos en que recaen o por el transcurrir del tiempo que pierden su vigencia estructural:

En primer lugar las reglas jurídicas no están dirigidas a personas o cosas particulares, sino a clases de personas o cosas, las normas de tránsito no se refieren al carro de Pedro Pérez, sino a vehículos y conductores. En segundo lugar, permanecen vigentes durante períodos largos y, por tanto, se aplican a situaciones que no pueden ser previstas en el momento de su creación (Hart & Dworkin, 2005, p. 45).

En cuanto a su margen de aplicación, en los casos fáciles de interpretación esto no exige un mayor discernimiento del interprete solo la aplicación deductiva de la regla a la situación práctica, la complejidad se presenta en los casos difíciles, no es suficiente la aplicación de la norma jurídica, sino que se exige una labor argumentativa por la textura abierta de la regla, donde operan los principios a favor de encontrar una respuesta correcta a manos del juez, en este sentido es interesante analizar la afirmación de Marín Hernández (2013):

El considerado más importante filósofo del derecho americano actual, Ronald Dworkin, hace girar su concepción del derecho en torno a los principios, concediendo especial importancia en ella tanto a la defensa de la operatividad de la moral en el mundo del derecho, como a una sólida creencia en la idea de unidad de solución justa y, consecuentemente, en la plenitud del sistema jurídico.

Dworkin, quien en su intento de ejercer una refutación lógica al positivismo sociológico de Herbert Hart, acuñó una diferencia cualitativa entre las normas jurídicas y los principios. Los principios para el filósofo americano aluden a un estándar que debe ser observado debido a una exigencia de la justicia, la equidad u otras dimensiones de la moralidad y las directrices políticas, que vienen a depender de un objetivo económico, político o social de la comunidad (Dworkin, 2013) se dan en un nivel extra-jurídico imponiendo derechos y obligaciones, las cuales son divergentes a las reglas que son obligaciones de carácter prescriptivo. Así, el juez tiene la capacidad de hacer juicios y buscar en el ordenamiento para resolver los casos difíciles, cuando las normas no dan respuesta al caso concreto, lo que determina al recurrir a los principios para hallar respuesta al caso concreto, facultando la discrecionalidad del operador jurídico:

Por consiguiente, (de acuerdo Austin), el soberano concede a quienes hacen respetar la ley (los jueces) la discrecionalidad de dar nuevas órdenes, toda vez que se presenten casos nuevos o difíciles. Los jueces hacen entonces normas nuevas o adaptan las antiguas, y el soberano desconoce tales creaciones o bien, al no hacerlo así tácitamente las confirma (Dworkin, 2013, p.78).

Los principios en la teoría del profesor norteamericano, tienen varias características: i) sentido de lo

justo derivado de una consecuencia jurídica, ii) un peso y iii) la respuesta correcta en el derecho se encuentra en el vigente ordenamiento jurídico, es así que toma como ejemplo desde las sentencias de la Corte Suprema de justicia de Estados Unidos de *Hennigsen c. Blomfield Motors, Inc.*, un sustento a su teoría jurídica a favor de los principios:

Los casos que cita incluyen *Riggs c. Palmer*, donde el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo fue sostenido a pesar del claro lenguaje que las reglas legales que gobiernan las consecuencias de un testamento para excluir que un homicida herede de su víctima (Hart & Dworkin, 2005, p. 122).

Lo anterior establece un criterio moral que justifica la decisión de obligatoriedad jurídica, en la que están implícitos los principios en el universo jurídico, que el juez conoce y en los que se apoya con el fin de determinar la solución del caso concreto. Pero en este conjunto, es factible que los principios entren en colisión, esto no significa que un principio sea más importante que otro, sino que se establece una simetría que corresponde a un valor del peso: cuando entran en conflicto uno o más principios el juez escoge, esto no significa que se descarten los principios del ordenamiento jurídico, sino que se aplican, manteniéndose en el ordenamiento vigente, por tanto no existe una discrecionalidad creadora del derecho, sino más bien un conocimiento omnicomprendido de las normas, apelando a la figura del Hércules griego:

El Hércules de Dworkin, este juez racional que toma los derechos fundamentales en serio, que domina el imperio del derecho, que se consagra en toda ocasión, y particularmente en los casos difíciles, a encontrar la respuesta correcta que se impone. Su religión en efecto, en efecto, es la unidad del derecho, que él debe fortalecer en cada uno de sus juicios, unidad en doble sentido: de la coherencia narrativa que mejor se adapta al estado pasado y presente del derecho, y de la jerarquía más satisfactoria de los principios de moral política compartidos con la comunidad en cada momento de su historia (François, 2007, p. 114).

Los principios permiten encaminar al juez armonizando el derecho vigente con las situaciones fácticas por medio de puntos comunes y evolucionando las reglas a razón que el derecho no es estático, sea

por el paso del tiempo, por estándares políticos institucionales o por las normas jurídicas internacionales; en este deber de atención, los jueces pasan de ser creadores del derecho a ser los oráculos de la interpretación y la argumentación jurídica. Esto se sustenta en que para materializar un principio en particular ha de realizarse un esfuerzo significativo con un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan y que convienen en criterios generalizados, más en principios que reglas, referentes a la “responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes” (Dworkin, 2013, p. 40-41).

La teoría de Dworkin intuitivamente permite el desarrollo de la teoría de Alexy; la ley de colisión de principios en el juicio de la ponderación permite reconstruir desde la argumentación racional analítica, la explicación objetiva en el abordaje de los derechos fundamentales desde la diferencia entre reglas y principios permite evitar la arbitrariedad en el caso concreto cuando se toma una decisión.

[El postulado de Dworkin, n]o es idóneo para explicar la naturaleza de los principios. Para fundamentar la necesidad de incorporar a los principios en el concepto de la norma, Alexy desarrolla de su propia teoría, aquella que ha venido en la teoría estándar de los principios. Dicha teoría está conformada por tres elementos: el mandato de optimización, la ley de colisión y la ponderación (Portocorralero, 2016, p. 49).

El filósofo alemán toma la proporcionalidad como un principio, la realidad es que en el derecho alemán es una metodología de interpretación constitucional, Alexy para explicitarlo en el epílogo parte de dos características esenciales en su teoría desde los derechos fundamentales, señalando que son pretensiones, fundamentalidad, universalidad, abstracción y prioridad; igualmente, estos tienen un contenido formal en la norma fundamental que esta representada en la Constitución y material en un sentido moral, con un contenido semántico; es decir, la regla tiene que estar escrita en la Constitución o debe derivarse de normas adscritas, que aunque no estén explícitas en los ordenamientos, posibiliten a los tribunales su creación jurídica; por ejemplo, parte del texto constitucional, derivándose una norma adscrita $N + N = N_2$ = derecho a la

igualdad + derecho al trabajo = mínimo vital (CC, Sentencia SU-995/99). De esta forma, la noción de principio es

Los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas. Los ámbitos de las posibilidades jurídicas se determinan por los principios y reglas opuestos (Alexy, 2000, p. 86 -87).

El problema se presenta en la colisión de los principios cuando tienen igualdad de peso; igualmente en algunos momentos, dependiendo de la relación fáctica, un principio precede a otro generando la siguiente inquietud: ¿cuál es la estrategia metodológica para encontrar una respuesta estructural y racional en la colisión de principios? Una respuesta, se encuentra en la estructura de la ponderación aplicada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, caso *Lebach* y caso *Titanic* (Tomizawa, 2014) como precedentes del Tribunal Federal alemán, que establecen el conflicto, la colisión entre principios por las posibilidades fácticas o jurídicas, pero no implican la derogatoria de los principios cuando se ponderan.

Lo valioso del balanceo en la teoría de Alexy es que ha servido como teoría transnacional del derecho, mientras que el método del principio de proporcionalidad ha servido como reconstrucción argumentativa y ha sido utilizado mayoritariamente dentro de la consolidación de los tribunales constitucionales (Stone, 2013) e igualmente con los sistemas de derecho procesal transnacional del derecho internacional de los derechos humanos (Bernal, 2006). En la mayoría de textos constitucionales occidentales y en los tratados internacionales de derechos humanos esto se ha concretado en la ley fundamental de Bonn (Ley 1949, art.19-1, *Deu.*) y la Convención Europea de los Derechos Humanos (Art. 8-2, 11-2), en la Corte IDH se desprende de las normas adscritas de los casos *Fontevecchia y D'Amico c. Argentina* (Alexy, 2012), y en jurisdicciones nacionales en la sentencia argentina (Sentencia Kimel c. Argentina, 2011, párr. 51-53), y en la sentencia colombiana de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177 -párrafos 68-94 (CC, Sentencia, T-422/92).

Esto le permitió sustentar a Robert Alexy que para que una decisión sea justa, esta debe tener un sustento o argumento en una teoría analítica, respaldada en una justificación interna y externa de los supuestos hechos y las proposiciones normativas, en el impacto de las premisas empíricas, descansado en una carga dogmática jurídica, y en el uso del precedente. Como indica: "no se pretende que el enunciado jurídico normativo o afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, solo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente, pueda ser racionalmente fundamentado" (Alexy, 2000, p. 208).

En este campo, el papel del juez es determinar el rol de una decisión justa conforme al ordenamiento jurídico, expresando la racionalidad de la medida en la intervención del derecho y el nivel de grado de satisfacción del titular. Sobre la ponderación de principios, autores como Stone Sweet y Mathews (2013) indican:

Un conflicto entre principios impone a los jueces el deber de ponderar y optimizar; Alexy teoriza sobre la aguda necesidad del análisis de proporcionalidad de la prueba del medio menos intrusivo, en términos de optimalidad de Pareto, en consecuencia, no puede haber ninguna justificación defendible para permitir que una autoridad pública infrinja un derecho más de lo que es necesario para que cumpla un segundo derecho, dado que el derecho puede ser más optimizado (p. 29).

Para Alexy, la ley de ponderación se divide en tres etapas: "1) determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, 2) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y 3) determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio" (Gorra, 2012, p. 67). En estos términos, la ponderación no se puede estudiar simplemente como una colisión de derechos, implicando que el juez constitucional deba ponderar entre distintos niveles razonables de satisfacción de los derechos (CC, Sentencia, T-027/18).

El juez, con base al método interpretativo de Alexy, identifica, evalúa y compara los intereses que compiten entre sí (Garagari, 2012), mediante los subprincipios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; los dos



primeros se explican desde el campo fáctico y el último desde el campo jurídico.

Subprincipios

El campo de la idoneidad o adecuación

Este se refiere al medio legislativo escogido, teniendo un fin legítimo de orden constitucional (una relación medio = fin), esto es, que la medida sea adecuada, satisfaciendo otros medios de carácter constitucional siendo urgentes y mediatos para decidir la constitucionalidad o convencionalidad. En este aspecto, lo “primero, debemos examinar los tipos de fines que puede justificar las restricciones que se imponen a los derechos fundamentales; segundo, debemos analizar el grado de urgencia que se requiere en la realización de aquellos fines adecuados” (Barak, 2017).

Subprincipio de necesidad

Para que la intervención sea correcta, en el derecho fundamental esta debe ser la menos gravosa en la discusión jurídica, esto es una relación entre los principios y medios a las diferentes posibilidades hipotéticas. Así, el

test de necesidad incluye dos elementos: el primero es la existencia de un medio hipotético alternativo que pueda promover el fin de la medida restrictiva tanto como mejor medio usado por la medida restrictiva; el segundo es el medio hipotético alternativo que restrinja el derecho fundamental en una magnitud menor que el medio usado por la medida restrictiva (CC, Sentencia, T-027/18).

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Este subprincipio toma en cuenta la valoración del derecho fundamental y la medida legislativa en los diferentes pesos, buscando identificar si se justifica la intensidad de los principios vulnerados. Siguiendo a Barak (2017), este parte de

Justificar una restricción de un derecho, con el objeto de justificar una restricción a un derecho fundamental, debe existir una relación adecuada (proporcional en el sentido estricto del término)

entre los beneficios que se obtienen del cumplimiento del fin y la vulneración causada al derecho fundamental con la obtención de tal fin; este test requiere una ponderación de los beneficios obtenidos por el público y la vulneración causada al derecho fundamental, ocasión de los medios seleccionados por la ley para la obtención del fin adecuado (p. 375).

Es de anotar que los subprincipios son complementados con la ley de la ponderación, que en términos de Alexy (2000):

se puede dividir en tres pasos: en el primer paso es definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, luego en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; finalmente, en un tercer paso, debe definirse la importancia o la satisfacción del otro (p. 161).

La fórmula del peso está expuesta así:

$$GP_{ijC} = \frac{IPiC * GPiA * SPiC}{WPjC * GPjA * SPjC}$$

Con todo, los derechos fundamentales exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención sean mayores cuanto más intensa sea la intervención SP_{ijC} . Las expresiones “G” se refieren al peso concreto de $Pi \times Pj$ (principio Pi en relación al Principio Pj), es decir, al peso de Pi/Pj bajo las circunstancias del caso concreto (C). Al determinar el peso concreto como el cociente que se produce tras dividir la intensidad de la intervención en dicho principio entre la importancia de los principios contrarios, la fórmula del peso expresa que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Esta relatividad se expresa mediante “ Pi,j ”. El peso concreto de Pi es el peso concreto de Pi relativo a Pj .

En este sentido, se establece una escala tríadica que corresponde al peso de la afectación o intervención de los derechos fundamentales y se puede graduar en leve (l), moderado (m) y grave (g). Así, asignados los valores se puede representar matemáticamente: leve 2^0 , 2^1 , 2^2 que corresponde a: 1,2,4

Tabla 1. Modelo trádico (peso concreto y peso abstracto)

Clase	Categoría	Valor
Leve	L	1
Moderado	M	2
Grave	G	4

Fuente: Garzón Buenaventura (2020).

Por su parte, las premisas empíricas se pueden representar como

Tabla 2. Modelo Trádico (Seguridad de las premisas empíricas)

Clase	Categoría	Valor
Cierto	r	1
Plausible	p	1/2
No evidentemente falso	e	1/4

Fuente: Garzón Buenaventura (2020).

La fórmula del peso en la Teoría de Alexy contiene tres elementos:

1. Peso concreto: Este representa la intensidad de la intervención en el derecho fundamental (afectación/garantía), la cual puede ser representada de la siguiente manera:

$$G_{i,j} = \frac{I^1}{I^2}$$

2. Pesos abstracto: Los pesos abstractos son estándares de suprema importancia constitucional y convencional; por ejemplo, la prohibición de la discriminación sienta un precedente importante en cualquier sociedad y en este caso se le debe asignar un valor numérico alto que proteja los derechos fundamentales. El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. De forma similar, los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los

derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana Bernal (2006 p. 63) formula:

$$G_{i,j} = \frac{I^1 * G^1 * S^1}{I^2 * G^2 * S^2}$$

3. Premisas empíricas: Los grados de seguridad de las premisas empíricas son las certezas de los hechos conocidos, al grado que la medida desarrolla el mundo fáctico. La satisfacción del primer principio en contra de la satisfacción del segundo en el caso concreto, mediando (idoneidad, necesidad) el “grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto” (Bernal, 2006, p. 63).

$$G_{i,j} = \frac{I^1 * G^1 * S^1}{I^2 * G^2 * S^2}$$

La carga de la argumentación

Las reglas del derecho se basan en los principios de universalidad, en caso de empate los principios exigen una carga argumentativa donde se justifique a través de razón suficiente (Gamarra, 2004). En la palabra de Alexy (2000):

No se trata aquí de una apertura en el sentido de la arbitrariedad o de la mera decisión. La base presentada confiere a la argumentación *iustfundamental* una cierta firmeza y, por medio de las reglas y formas de la argumentación práctica en general y de la argumentación jurídica, la argumentación *iustfundamental* que se lleva a cabo sobre esta base es estructurada racionalmente (p. 24).

Hasta aquí la exposición de la teoría de Robert Alexy con el fin que lector comprenda de una manera sencilla el nivel de la investigación entre el plano jurisprudencial y el plano dogmático jurídico y argumentativo racional-analítico. Ahora, se tomará un caso concreto, evitando los nombres reales y cambiando algunos datos, de la figura del llamamiento a calificar servicios, tomando las posiciones



de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en contra de la posición tomada por la Corte IDH.

Seguidamente, se hará un ejercicio desde la posición del juez o magistrado administrativo aplicando la teoría de la comunicabilidad constitucional con el fin de establecer la relación dialéctica en el plano constitucional-internacional de los derechos fundamentales, mediante el principio de proporcionalidad, cumpliendo un desarrollo argumentativo, para ofrecer o explicitar los elementos estructurales en las decisiones jurisdiccionales.

Principio de proporcionalidad en el llamamiento de calificación de servicios (ley de la ponderación, y formula del peso): Caso concreto

Pedro Pérez, en el grado de Mayor del Ejército Nacional de Colombia, fue llamado a calificar servicios mediante Acta No. 07 de 11 de marzo de 2019, emitida por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, con lo que se le negó la posibilidad de ascender al grado de Teniente Coronel, a su vez se le comunicó el derecho prestacional mediante la asignación de retiro por el tiempo prestado.

El 18 de marzo de 2019, el afectado elevó derecho de petición ante el Ministerio Defensa Nacional de Colombia con el fin de conocer las razones de hecho y derecho que llevaron a la decisión de su retiro activo de las fuerzas militares, agregando que él ya había tenido ascensos al interior de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, luego de cumplir los requisitos previos siempre ha hecho parte de los primeros puestos en su promoción como uno de los oficiales más destacados, alcanzando los siguientes grados y ascensos:

- a. Diciembre 1 de 2001 ascendió al grado de Subteniente del Ejército.
- b. Diciembre 2 de 2005 ascendió al grado de Teniente del Ejército.
- c. Diciembre 3 de 2009 ascendió al grado de Capitán.
- d. Diciembre 3 de 2013 ascendió al grado de Mayor.

- e. Diciembre 3 de 2016 fue llamado a realizar el Curso de Estado Mayor (CEM), en el que fue alumno distinguido durante el curso en la Escuela Superior de Guerra y ocupó el primer puesto.

A través de su carrera militar siempre se destacó por ocupar los primeros puestos en los cursos de ascenso, teniendo una hoja de vida impecable y sin sanciones de ningún tipo, prueba de ello es que en el lapso de los últimos diez años fue evaluado en lista uno de clasificación, que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 52 del Decreto 1799 de 2000 dice: “a. *Lista número UNO indica nivel EXCELENTE*” (calificación más alta)

1. Actualmente tiene 44 Medallas en su hoja de vida.
2. Durante su desempeño laboral en el Ejército Nacional ha sido objeto de más de 365 felicitaciones, de las cuales 59 se otorgaron en el grado de Mayor, que se pueden apreciar en el extracto de su hoja de vida.
3. El oficial en mención fue seleccionado en seis oportunidades a comisiones en el exterior en reconocimiento a su hoja de vida y oficial destacado en su promoción, representando al Ejército Nacional.
4. El oficial tiene una robusta formación académica poco vista al interior del Ejército Nacional dentro de la que cuenta con los siguientes títulos de pregrado y postgrado en el país y en el exterior.
5. Fue el único Mayor de su promoción e inclusive en muchos años, que comandó tres Unidades de nivel Brigada en su grado.
6. Actualmente no tiene investigación penal o disciplinaria en curso o ejecutoriada en su contra que pudiese llegar a ser causal de no postulación para adelantar el citado curso.

El 29 de marzo del 2019 se resolvió el derecho de petición por parte del Ministerio de Defensa Nacional en interés del particular, expresándole que de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional (Sentencia SU-091/16; SU-217/16, Col.) y del Consejo de Estado (Sentencia, 4369-2014, Col.), el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios es un acto administrativo discrecional que no requiere motivación adicional

dado que el funcionario cuenta con la asignación de retiro para supervivencia por el tiempo prestado, concluyendo que la carrera militar es un sistema escalonado dentro del marco del principio de jerarquía funcional.

El 8 de abril de 2019 se interpuso solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación en contra del Acto Administrativo Acta No. 007 del 2019 expedido por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La diligencia se llevó a cabo el 22 de abril de 2019 con un resultado infructuoso entre la administración y el uniformado.

El 2 de mayo de 2019 fue interpuesta acción de nulidad y restablecimiento de derecho en contra del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios Acta 27 de fecha 2018, señalando que no se expusieron los fundamentos de hecho o situaciones fácticas concretas que le permitieran ascender al Mayor Pedro Pérez y conocer la valoración de sus condiciones, enunciadas en el acta No 007 de 24 de abril de 2018 como la antigüedad, los aspectos morales e intelectuales, que en comparación con otros oficiales, determinó la decisión de retirarlo pese a haber aprobado el curso de Estado Mayor (CEM), impidiendo arbitrariamente su acceso legítimo al derecho de escalar en la carrera militar bajo criterios profesionales y militares.

Sentencia (argumentativa-racional): Aplicación práctica

Al realizar la sentencia mediante un ejercicio hipotético de investigación se tomará en cuenta el papel del juez administrativo siguiendo los pasos de la teoría de Alexy, tomando como punto central el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios en el acta No 007 de 11 de marzo de 2019 del señor Pedro Pérez, Mayor, seleccionando la colisión de principios de dos derechos fundamentales derivados entre el principio del deber de motivación y el principio de jerarquía funcional.

Al observarse la situación concreta, el deber de motivación tiene relación simétrica con el debido proceso descrito como norma constitucional (CP, art. 29, Col.) y la CADH (art. 8), que es un deber legítimo amparado en cualquier actuación civil, laboral o administrativa en cumplimiento no solo un derecho

constitucional fundamental, sino también de un valor asignado en el Estado social de derecho y una obligación internacional interamericana.

Por otro lado, el principio la jerarquía funcional cumple el deber de un acometido constitucional descrito (art. 125) al ser un sistema escalonado y piramidal en las fuerzas militares (oficiales), el deber ser, solo los que tengan mejor hoja de vida pueden continuar dentro de la fuerza pública (Decreto 1799/00, Col.). Por tanto, al acto administrativo de llamamiento a calificar de servicios no es necesario, motivación tácita o expresa alguna del funcionario.

De las premisas anteriores, se desprende de la norma fundamental (CP, 1991, Col.), la existencia de un conflicto en el que es necesario un arbitrio de razonabilidad con la facultad de dictar un fallo a razón del principio de proporcionalidad. Los derechos fundamentales en colisión son

- 1) I¹ = Jerarquía funcional
- 2) I² = Debido proceso (deber de motivación)

I¹ = Jerarquía funcional: En el caso mencionado se decide determinar el principio de la jerarquía funcional por medio de los artículos 125 a 217 de la Constitución Política de Colombia, ya que estos hacen alusión a que la ley es la encargada de determinar el sistema de remplazos 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, por lo cual se debe entender que debe ser un cuerpo colegiado el que decida la suerte de los miembros de esta entidad y lo establecido en la ley.

Ahora bien, en el caso en concreto, se puede analizar la facultad de determinar si es necesario que Pedro Pérez sea llamado a calificar servicios, teniendo en cuenta que es el primero en la lista 1; en los 17 años que tiene de servicios cuenta con calificación excelente, 44 medallas, condecoraciones internacionales, 12 condecoraciones nacionales de autoridades gubernamentales y civiles y 35 medallas y 365 felicitaciones, de las cuales 59 se otorgaron en el grado de mayor por su buen desempeño y eficacia en el servicio, cuenta con formación académica en pregrado y posgrado (nacional e internacional) y ha sido un militar exitoso en las diferentes labores encomendadas.



En primer lugar, el principio de jerarquía funcional riñe con la no satisfacción del derecho fundamental al debido proceso en el caso de Pedro Pérez, que corresponde a un valor simétrico propio de la carrera militar, es decir, el carácter meritocrático de la función pública en donde la administración cumple una facultad discrecional que se deriva del servicio, a razón que desde el ingreso a la Escuela Militar José María Córdoba Ejercito Nacional (oficiales) hasta el último ascenso dentro del Ejercito Nacional que corresponde al grado de General, no es factible que todos los interesados lleguen a la última escala dentro del servicio, por tal razón se verifican y se estudian de acuerdo a la Directiva Permanente 0379 del 2016 del Ejercito Nacional y la disposición 06 del 2018 en sede del comité de las sección de ascensos como el Decreto 460 del 2018 de planta de oficiales y suboficiales.

El comité de estudio de ascensos analiza los requisitos legales y constitucionales de los uniformados con el fin de que se estudie y compare a los uniformados a ascender, a los que no cumplen se les garantizan sus derechos entre los que se resalta el mínimo vital según el artículo 220 de la Constitución Política de Colombia en el cual se determina que “Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley”.

I2 = Devido proceso: Se debe traer a mención la importancia del derecho fundamental al debido proceso indicado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que dice: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Por ende, se puede decir que en el caso de Pedro Pérez, Mayor, se está violando la correcta función administrativa, ya que esta debe ser pública, clara y transparente (art.209 de la Constitución Política de Colombia), donde se estipulan los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Determinando que la negación de motivar el acto administrativo discrecional sea factible que lleve intrínsecamente a vicios ocultos con el fin de proveer personal que no tenga la formación militar ni

académica del accionante, llevando a una irregularidad sustancial, se coadyuva desde el principio del deber de motivación vinculado al artículo 8. 1. de la CADH que dice: “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad” (OEA, 1969).

De esta manera, la colisión de los derechos fundamentales anteriormente descritos ayuda a determinar que los principios determinados por medio de **I¹** y **I²**; por ende, este conflicto debe ser solucionado mediante la ponderación de los intereses contrapuestos, ya que ambos principios pueden dar una solución concreta al caso, pero siempre existirá alguno con una mayor carga argumentativa donde se seleccionará el grado de la no satisfacción o afectación en contra de la importancia de la satisfacción del otro principio. Por esta razón, es necesario acudir a ley de la ponderación para determinar cuál de los dos principios, esto es, el de jerarquía funcional y el debido proceso (Deber de motivación), tiene la respuesta más acertada desde el punto de vista de la argumentación racional al grado de objetividad.

(P¹ P P²)

(P¹ = Jerarquía funcional P P² = Devido proceso)

C= Caso en concreto (Pedro Pérez fue llamado a calificar servicios). Al aplicarse al caso concreto los tres subprincipios se tiene:

i) Idoneidad o adecuación: En el caso en concreto, la medida legislativa acogida es el llamamiento a calificar servicios, que se enmarca en el principio de legalidad que faculta los actos administrativos discretionarios de llamamiento a calificar servicios, mediante el principio de jerarquía funcional, dado que es posible retirar al uniformado en cualquier momento, cuando se cumple el tiempo prestado (15) años, sin necesidad de una mayor explicación adicional y el concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional.

Se señalan la idea de optimización entre los principios que están en disputa, el principio de jerarquía funcional (P¹) y el principio al debido proceso en el deber de motivación (P²). Debido a la discrecionalidad administrativa, el medio adoptado (M) es llamarlo a calificar servicios y retirarlo del servicio

activo, la medida es idónea para satisfacer el principio de Jerarquía funcional (P^1) para que no se motive el acto administrativo (P^2), dado que este implicaría el ascenso y promoción automática de todos los servidores públicos, no estando en condiciones de favorecer al principio (P^2), sin embargo, implicado o favoreciendo la realización de (P^1).

ii) Necesidad: En referencia a la necesidad se busca que en la colisión de principios entre jerarquía funcional (P^1) en contraposición del P^2 , se apele a la medida del principio señalado (P^1) cuando la intervención de P^2 sea la más benigna frente al principio vulnerado.

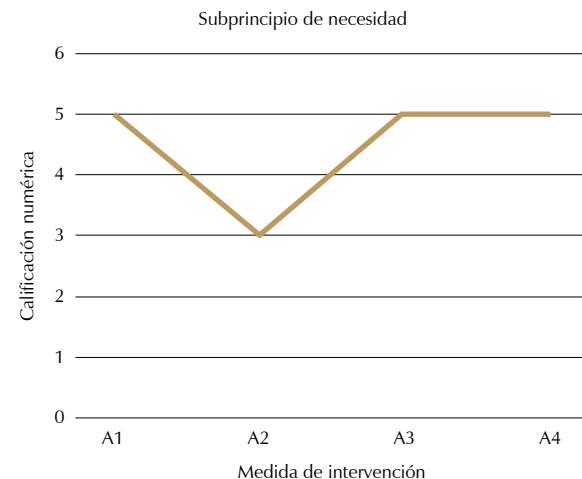
Ante esto se acogerán cuatro criterios con el fin de buscar en el test de necesidad, mediante el principio de jerarquía funcional, con una descripción de la medida con una asignación de valores (A^1, A^2, A^3, A^4) asignándoles una calificación numérica (valor de 0 a 5), una posición equilibrada entre la jerarquía funcional y el deber de motivación, entre la posición 0 -5, colocando a un valor de 5 como el más grave y 0 como el más benigno, lo que se busca es medida intermedia que tenga una escala entre 3 o 2.5 como medida de un valor correcto permitiendo traspasar como un fin necesario en el subprincipio.

Tabla 3. Test de necesidad al llamamiento a calificar servicios

Descripción medida intervención	Medida intervención	Calificación numérica
No motivarse el acto discrecional de llamamiento a calificar servicios.	A^1	5
No motivarse el acto discrecional de llamamiento a calificar servicios, concediendo la asignación de retiro y en cualquier momento de la necesidad del servicio, reintegrarse.	A^2	3
Motivarse el acto discrecional de llamamiento a calificar servicios, negando la asignación de retiro, negando la posibilidad de reintegrarse por necesidad de servicio.	A^3	5
Motivarse el acto discrecional de llamamiento a calificar servicios, aceptan la asignación de retiro, ascenso automático.	A^4	5

Fuente: Garzón Buenaventura (2020).

Gráfico 1. Subprincipio de necesidad



Fuente: Garzón Buenaventura (2020).

El resultado obtenido es la asignación A^2 , tesis intermedia que en el valor asignado (3), cabe la posibilidad (CC, Sentencia, SU-091/16) en dos sentidos: i) se le concede la asignación de retiro que es equiparable a la pensión de vejez por el tiempo de servicio prestado y ii) el servidor público en cualquier momento de necesidad de servicios puede ser reintegrado, esto permite deducir el principio de jerarquía funcional (P^1) que se realiza mediante la asignación de retiro (M^1) y la vinculación del servicio siempre que medien razones (M^2); presentándose en el ejercicio de caso concreto, la afectación a P^2 es igual si se adopta M^1 y M^2 , desde la perspectiva de las posibilidades fácticas (M^1 o M^2), P^1 puede realizarse en mayor medida por medio de la elección A^2 aunque se produce una afectación a P^2 con las medidas menos gravosas que implica la protección de la legalidad en el retiro del uniformado (CC, Sentencia, SU-217/16)

iii) Proporcionalidad en sentido estricto. No solo depende de las circunstancias de las posibilidades jurídicas, sino también de las posibilidades fácticas en el caso concreto para que el Principio de jerarquía funcional (P^1) conduzca a un acto caprichoso de la administración en sede del comité de la sesión de ascensos que violenta gravemente el principio del debido proceso (P^2).

La ponderación es una relación en tres pasos, el primer paso es definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En el segundo paso se define la importancia de la satisfacción del



principio que juega en sentido contrario. Finalmente, debe afinarse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Solución: En el eje de la proporcionalidad en sentido estricto es necesaria la escala tríadica en la afectación de los principios, dando una relación de precedencia condicionada denominada peso concreto, que debe ser analizada mediante los criterios leve, medio y fuerte.

Así, por ejemplo, la afectación de no motivarse el llamamiento a calificar servicios al Mayor Pedro Pérez aun siendo el mejor calificado en los últimos 17 años del curso, lista 1 con un desempeño excelente, preparación académica en un nivel profesional y posgradual e igualmente condecoraciones nacionales e internacionales marcan el acto administrativo mediante Acta No. 007 de 24 de abril de 2018 con el que fue llamado a calificar servicios, por parte de la Junta Asesora de Defensa del Ministerio Nacional, sin razones aparentes u objetivas y pese a la interposición del derecho de petición de fecha 7 de mayo de 2018 que fue resuelto en fecha 21 de mayo de 2018, en donde no se le expresa mayor argumentación que retomando los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Se hace necesario estudiar la reunión de carácter confidencial celebrada el 12 de marzo de 2018 en el comité de ascensos para resguardar a la Dirección de Personal del ejército mediante un *backup*. A luz fáctica del interprete se nota como la Sala verifica que en la Circular No. 3859 de 5 de febrero 2019 solamente aparece el nombre de 142 Mayores como personal convocado para ascenso a Teniente Coronel para marzo de 2019, mientras en el Acta No. 001 del Comité de Ascensos sin explicación alguna aparecen tres nombres adicionales de Mayores que no se encontraban inicialmente convocados para el ascenso, respecto de los cuales no da cuenta el expediente de que hubiese existido convocatoria adicional.

Con posterioridad, en la misma acta, se registra un listado de 149 de los aspirantes, de la que está excluido el actor, bajo el título "Orden de acuerdo al cual pueden ser considerados para ascenso de acuerdo a su estudio". No se menciona razón alguna por la cual el actor no se encuentra comprendido en dicho orden o clasificación para ascenso. Sin

embargo, se observa que los tres Mayores Primeros no convocados desde el inicio para el ascenso sí figuran en dicha clasificación.

A renglón seguido aparecen señalados cuatro nombres, sin estar dentro de ellos el nombre del actor, bajo el título: "Personal no apto por sanidad, pueden ascender con concepto favorable de idoneidad profesional". Dicho personal no apto por sanidad, esto es, que no reunía las condiciones "sicológicas" generales o comunes a todos los aspirantes acorde a lo señalado en la ley, se encuentra comprendido dentro de los 149 nombres recomendados para ascenso por el Comité.

En folio 60 del expediente aparece la relación del personal convocado y que aspira al ascenso, donde además se deja constancia respecto del Mayor Rodríguez, que "se considera sin perjuicio por justicia". Nombre que igualmente aparece relacionado dentro de los 149 nombres recomendados para ascenso por el Comité en el Acta No. 001.

Tenemos entonces que en total existían ocho aspirantes que tenían impedimento para ascender: cinco no aptos por sanidad, uno por justicia y tres adicionales que no podían excluir a los iniciales, a menos que hubiesen participado en el proceso en debida forma y por convocatoria adicional, previa al proceso.

Finalmente, se observa en dicha Acta, que aparece el nombre del actor bajo el título: "Personal que no debe ser considerado para ascenso". Esta decisión no contiene motivación ni fundamento alguno, deviniendo en arbitraria y caprichosa, toda vez que se encuentra ausente justificación, razonamiento o criterio objetivo alguno del cual pueda derivarse la conclusión sentada en la misma de que el actor no debía ser considerado para ascenso; cuando a diferencia de algunos de los ascendidos cumplía a cabalidad con todos los requisitos mínimos, generales y específicos establecidos por las normas y circulares ya mencionadas y aplicables en la carrera militar. Todos estos hechos hacen necesario que el despacho judicial se sitúe en el referente teórico de la fórmula del peso que propone Alexy.

Principio: Jerarquía funcional (P1)

En el caso en comento, el principio de jerarquía funcional, comenzando con el peso en concreto en P¹, dado que es necesario en la carrera militar en un



sistema escalonado, no significa que al motivarse desaparezca del ámbito constitucional o legal, más bien se debe aportar por dar credibilidad a la función pública y la moralidad administrativa que se presupone de la correcta administración del Estado. En este sentido, la vulneración es leve siendo un valor aritmético I a 1.

La segunda variable es el peso abstracto, cuando dos principios constitucionales fundamentales tienen igual jerarquía, a veces uno de ellos tiene mayor importancia abstracta, a razón de las fuentes formales del derecho, sea por la ley o la jurisprudencia; en este sentido, el principio **P¹**, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado es necesario para la carrera militar dentro de la fuerza pública (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional) con el fin de eficiencia administrativa en donde los mejores y más calificados lleguen a prestar las altas dignidades, por ello su calificación asignada es grave M a 2.

Finalmente, la tercera variable: la seguridad de las premisas empíricas, versa sobre la afectación de la certeza de las medidas frente al caso propuesto. Para entenderlo es necesario que el interlocutor considere si al no existir un sistema escalonado, con una facultad discrecional, es admisible la promoción automática de los funcionarios públicos de las fuerzas militares. La respuesta puede ser afirmativa, al no existir dentro de los comités de ascensos reglas claras se pueden presentar ascensos sin los requisitos legales lo que genera en S un valor de 1/2.

Principio del debido Proceso (P²)

En el caso concreto, el principio del debido proceso —deber de motivación (P²)— frente al peso concreto se ve afectado o intervenido gravemente a razón de la hoja de vida del servidor público Pedro Pérez, Mayor: está marcada en la trayectoria profesional, en la evaluación y la clasificación de la lista 1. Llaman la atención que debe presentarse a calificar servicios y pese la interposición del derecho de petición, se escuda el Ejército Nacional en que no se debe motivar el acto de retiro.

El despacho judicial en sede de la acción de nulidad administrativa y restablecimiento del derecho ordenó el levamiento de la reserva de la sesión ordinaria de comité de ascensos, en la que encontró personal

no apto para ascender al grado de Teniente Coronel. Este evento genera una irregularidad sustancial y arbitraria que desconoce los derechos fundamentales del accionante como la estabilidad del servicio público que se presupone de la función administrativa en cabeza del Ejército Nacional, por tanto es imperativo saber las razones y motivaciones con el fin de amparar la correcta administración pública, por ello le corresponde un valor numérico I a 4.

La segunda variable es el peso abstracto, en el ordenamiento jurídico colombiano al principio del debido proceso —deber de motivación (P²)— se aplican todas las actuaciones jurídicas bajo la premisa del Estado social de derecho con el fin de que se ampare en materia administrativa, y sea conocido cualquier acto con el fin de que el servidor público interponga las acciones judiciales para el amparo de los derechos fundamentales; por tanto, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, mucho menos en el campo de las fuerzas militares. Por el contrario, esta es un indicador de justicia material por lo menos las causas y motivos reales que llevan a la suspensión o retiro del servicio activo de los uniformados, por ello genera una vulneración grave con una asignación de un valor numérico G a 4.

Por último, en la seguridad de las premisas empíricas es la afectación frente al caso en concreto donde es necesario indicar que al no motivarse el acto administrativo de llamamiento a calificar servicios fue retirado de la carrera militar, impidiendo su ascenso y su continuidad en el desarrollo profesional y a su vez se puso en jaque la estabilidad de la correcta administración de la función pública, en este sentido la asignación es S con un valor numérico de 1.

A razón de la argumentación se realizará la fórmula matemática

1. I = PESO CONCRETO

2. G = PESO ABSTRACTO

3. S = SEGURIDAD EN LAS PREMISAS EMPIRICAS

Gráfico 2. *La fórmula de la escala tríadica*

$$Gi, j = \frac{I^1 * G^1 * S^1}{I^4 * G^2 * S^2}$$



DETERMINACIÓN DEL PESO CONCRETO	
L	1
M	2
G	4

DETERMINACIÓN DEL PESO ABSTRACTO	
L	1
M	2
G	4

DETERMINACIÓN DE LA SEGURIDAD DE LAS PREMISAS EMPÍRICAS	
Seguro	1
Plausible	1/2
No evidentemente falso	1/4

Fuente: Garzón Buenaventura (2020).

De forma correlativa, el peso principio del debido proceso (deber de motivación) y el principio de jerarquía funcional. Para un mejor entendimiento del lector y discernimiento de la investigación de los valores asignados y explicados anteriormente, se comienza con el principio de jerarquía funcional (P^1), en donde se le asignó un valor de leve 1 en el peso concreto variable (I^1); esto se multiplica por el peso abstracto en donde se le asignó un valor de moderado 2 variable G^2 y por último con la seguridad de las premisas empíricas se generó un valor numérico de plausible (1/2), variable $S^{1/2}$, con un resultado de 2.4, que se divide por el resultado del principio del debido proceso (P^2):

Jerarquía funcional

Debido proceso (Deber de motivación)

$$Gi, J = \frac{I^1 * G^2 * S^{1/2}}{I^4 * G^4 * S^2} = \frac{1}{16} = 0.0625$$

Por otro lado, se cuenta con el principio del debido proceso —deber de motivación (P^2)— asignándosele un valor de grave 4 en el peso concreto I^4 ; esto se multiplica por el peso abstracto —valor de moderado 4— y por último, con la seguridad de las premisas empíricas, con un valor numérico de plausible 1, se obtiene la siguiente fórmula:

Debido proceso (Deber de motivación)

Jerarquía funcional

$$Gi, J = \frac{I^4 * G^4 * S^1}{I^1 * G^2 * S^{1/2}} = \frac{16}{1} = 16$$

En relación con la fórmula matemática, se tendría que señalar que el principio de jerarquía funcional tiene un valor de acuerdo a los múltiplos de 1, mientras que el principio del debido proceso tiene un valor por los múltiplos de 16. En el primer rango, al dividir el valor de P^1/P^2 (1/16) nos da como resultado en su grado de intervención 0.0625, mientras que en el segundo rango del valor de (P^2 / P^1) 16/1 el grado de intervención es 16.

Al concluir estos valores desde una justificación de la argumentación racional, el principio de jerarquía funcional debe ceder ante al principio del debido proceso (deber de motivar); es decir, las normas adscritas planteadas en sede interna (CC-CE) no establecen de una manera próxima un test de verificación analítico de la ponderación, por lo que se puede afirmar que se trató de una regla administrativa y jurisprudencial arbitraria, que quebrantó los derechos de los funcionarios de las fuerzas militares, mientras las normas adscritas de la Corte IDH la dinamizan y la complementan.

CONCLUSIONES

En este artículo se definió a partir de bases doctrinarias y la reconstrucción de jurisprudencia internacional que la evolución y la forma en que se debe dar aplicación al principio de proporcionalidad en caso de disputa entre dos principios. Lo valioso del balanceo en la teoría de Alexy es que ha servido como teoría transnacional del derecho, mientras que el método del principio de proporcionalidad ha servido como reconstrucción argumentativa y ha sido utilizado mayoritariamente dentro de la consolidación de los tribunales constitucionales.

Se ha criticado la postura sostenida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto al llamamiento a calificar servicios, pues señala que es un acto que no requiere motivación, posición que va en contravía de lo preceptuado por la CADH (artículo 8. 1.), ya que la argumentación del fallo y de ciertos actos administrativos va enfocada a descartar cualquier indicio de arbitrariedad.



Como se ha demostrado, es preciso que en el proceso del llamamiento a calificar servicios exista motivación de los actos administrativos, toda vez que al estarse permeando la esfera de los derechos de la persona por una decisión de la administración, en salvaguarda de sus derechos, particularmente del debido proceso, se hace indispensable conocer la fundamentación argumentativa sobre la que reposa el actuar estatal.

Se responde a la pregunta de investigación en una antinomia entre el ordenamiento interno y el internacional (jurisprudencia colombiana, jurisprudencia convencional), toda vez no se sustenta una correcta argumentación en el acto administrativo

de llamamiento a calificar servicios, se hace necesario impulsar un test de ponderación, que aunque criticado por varios doctrinantes, se convierte en una herramienta de interpretación y análisis validad para el operador jurídico.

La actuación lícita y diáfana de la administración demanda que los actos administrativos que generen afectación en los derechos del ciudadano encuentren una fundamentación argumentativa sólida, toda vez que a partir de ella se garantizan los principios de publicidad y contradicción, los cuales se encuentran sujetos al derecho constitucional del debido proceso.



REFERENCIAS

- Alexy, R. (2000) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Barak, A. (2017) *Proporcionalidad y derechos fundamentales*. Lima: Palestra.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 51-75. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2233706.pdf>
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia, Consejo de Estado [CE], Sección Segunda, Subsección C. Sentencia 04369 (19 de febrero, 2014).
- Colombia, Constitución Política [CP], 7 de julio, 1991.
- Colombia, Corte Constitucional [CC]. Sentencia T-027/18 (12 de febrero, 2018).
- Colombia, Corte Constitucional [CC]. Sentencia T-422-92 (19 de junio, 1992).
- Colombia, Corte Constitucional [CC]. Sentencia SU-091/16 (25 de febrero, 2016).
- Colombia, Corte Constitucional [CC]. Sentencia SU-217/16 (28 de abril, 2016).
- Colombia, Corte Constitucional [CC]. Setencia SU-995/99 (9 de diciembre, 1999).
- Dworkin, R. (2013). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Gamarra Gómez, S. (2004) *Lógica jurídica. Principio de razón suficiente*. Lima: Universidad Nacional de San Marcos.
- Gargari Diez, R. (2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la suprema Corte. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (26), 65-106. <https://goo.gl/2H5s6G>
- Gorra, D. (2012). *Teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy sistema de ponderación de principios*. Lima: Universidad Nacional de San Marcos.
- Hart, H., & Dworkin R. (2005) *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Ibler, M. (2005). Pasado y presente de la relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, Valencia*, (50/51).
- Alemania, Consejo Parlamentario. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Ley de Bonn] (2 de mayo, 1949). <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Marín Hernández, H. (2013) *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*.
- Ost François. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. *Revista Enseñanza de Derecho*, 4(8), 101-130.
- Portocorero Quispe, J. (2016). *La ponderación y la autoridad del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Rivera Béjar, L. *Estado de derecho, cooperación, juridicidad y proporcionalidad en el derecho administrativo. Reflexiones sobre el pensamiento de Eberhard Schmidt- Assmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



Stone Sweet, A., & Mathews, J. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tomizawa, G. (2014). Conflicto de principios constitucionales a la luz de un caso concreto de transgenitalización en Brasil. *Jurídicas*, 11(1), 224-236. [http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas11\(1\)_12.pdf](http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas11(1)_12.pdf)

