

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA EL EJERCICIO DE LA
FACULTAD DISCRECIONAL EN EL RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

IVAN CAMILO PEÑA CORREA
BRAYAN ALBERTO RINCÓN BARBOSA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2014

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA EL EJERCICIO DE LA
FACULTAD DISCRECIONAL EN EL RETIRO DE MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Autores

IVAN CAMILO PEÑA CORREA

BRAYAN ALBERTO RINCÓN BARBOSA

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO

ADMINISTRATIVO

Asesorado por Dr. LUIS CARLOS PÉREZ FERRO

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSTGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

2014

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I. GENERALIDADES SOBRE LA DISCRECIONALIDAD.....	8
CAPÍTULO II. ¿QUÉ ES LA DISCRECIONALIDAD ?.....	15
¿DISCRECIONALIDAD O ARBITRARIEDAD?.....	19
CAPÍTULO III. ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y FACULTAD DISCRECIONAL....	24
DISCRECIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO..	23
CAPÍTULO IV. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.....	31
MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	37
CONCLUSIONES.....	42
REFERENCIAS.....	45

Resumen

La facultad especial que posee la administración pública para retirar de forma discrecional al personal uniformado miembro de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, con el fin de prestar un mejor servicio y mejorar la institución, no puede ser entendido como un acto arbitrario que vulnere derechos fundamentales; toda vez que si bien no existe una norma positiva que regule y establezca un procedimiento para dicha actuación, si existen pronunciamientos jurisprudenciales que han delimitado el poder discrecional del administrador y han sentado las bases para garantizar que estos actos no vayan en contraposición de la constitución y la ley. Todo acto administrativo de retiro bajo la causal de discrecionalidad, debe nacer a la vida jurídica cumpliendo al menos tres requisitos: no debe ser arbitrario, debe ser acorde a los fines del Estado y deben existir unos motivos que propicien tal decisión; los cuales garantizan la legalidad del acto todo ello para evitar que el acto discrecional vaya en contraposición a lo preceptuado por la Corte Constitucional y Consejo de Estado.

Palabras claves.

Administración Pública, acto administrativo, retiro Fuerza Pública, facultad discrecional, motivación de los actos administrativos.

Abstract

The special faculty that public administration to withdraw its discretion uniformed staff member of the Armed Forces and National Police in order to provide better service and improve the institution, cannot be understood as an arbitrary act that violates fundamental rights ; given that while there is a positive rule to regulate and establish a procedure for such action , if any judicial rulings that have defined the discretion of the administrator and have laid the groundwork to ensure that these events do not go as opposed to the constitution and law. Any administrative act of removal under the causal discretion, must be born as a legal entity fulfilling at least three requirements: it must not be arbitrary, must be concordant for the purposes of the state and there must be some reasons that favor such a decision; which guarantee the legality of the act to avoid all discretionary act go as opposed to the precepts of the Constitutional Court and Council of State.

Key words.

Public Administration, administrative act, Armed Forces Retirement, discretionary faculty, motivation of the administrative acts.

INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, la administración pública se pronuncia mediante actos administrativos, los cuales deben ceñirse a lo establecido en la constitución y la ley, para con ello garantizar el no infringir derechos y garantías constitucionales; y que incluyen para su correcta aplicación el que sean debidamente motivados, comunicados y puedan ser objeto de recursos; existen casos de excepción a la norma como lo son las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, toda vez que con el fin de prestar un mejor servicio y mejorar la institución, éstas hacen uso de la facultad de retiro discrecional para desvincular de sus filas, sin necesidad de motivación, a personal que por ciertas condiciones personales o laborales afectan el buen desempeño de la misma.

Esta actuación administrativa, que desde el punto de vista del afectado no es más que una tajante violación al debido proceso, y otros tantos derechos fundamentales, puede llegar a generar en él una perturbación tanto laboral como personal, pasando por la familiar y profesional, toda vez que una desvinculación de la fuerza pública y la concerniente ruptura de la estabilidad laboral predicada en este tipo de entidades, obliga a éste a reiniciar una nueva vida fuera de la institución a la cual sirvió en ciertos casos por varios años, y frente a la cual proyectó una vida no solo para sí, sino para su familia.

Podrá verse con esto un problema social; primero al sumarse con la destitución del militar o policial otra cifra a los ya amplios índices de desempleo del país, y por ello al verse el servidor público destituido, generar la necesidad de conseguir una nueva oportunidad laboral, cargando a costas un retiro de una institución pública, y el peso de no saber si se debió a una acción, omisión

o extralimitación en su actuar laboral y el temor a ser rechazado en cualquier otra entidad pública o privada como consecuencia de ello.

Por ello, es importante entender cuáles son los fundamentos que dan vía libre a la administración pública, en este caso en cabeza de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, para retirar por vía discrecional a personal de sus filas sin quebrantar con ello sus derechos y mucho menos truncar sus posibilidades laborales y profesionales en la sociedad.

Este trabajo investigativo permite precisar cómo se delimita la facultad de retiro discrecional dentro del actual ordenamiento jurídico, determinando la normatividad que regula la expedición y contenido de este tipo de actos, delimitando las diferencias existentes entre arbitrariedad y discrecionalidad de acuerdo con los fundamentos constitucionales y legales amparados en la jurisprudencia y la ley para que la expedición de este tipo de actos sea acorde a la misma.

CAPITULO I

GENERALIDADES SOBRE LA DISCRECIONALIDAD

Toda vez que en Colombia no existe Ley, Decreto o norma que reglamente la actuación del funcionario encargado de generar y llevar a la luz pública un acto administrativo de retiro por vía discrecional, se hace necesario recurrir a la jurisprudencia de las altas cortes, en especial a la de la Honorable Corte Constitucional y Consejo de Estado, toda vez que en ellas se han plasmado ampliamente los requisitos y fundamentos para que un acto administrativo de retiro discrecional de un uniformado de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional se adecue a lo establecido en la Constitución Política.

Si bien los decretos reglamentarios de carrera de los miembros de las FFMM y la Policía Nacional, decreto ley 1790 de 2000 y 1791 de 2000 respectivamente, establecen la posibilidad para que la administración por razones del servicio y en forma discrecional puedan disponer del retiro de militares o policialessin importar su antigüedad en la fuerza, previa autorización de una junta asesora; no establecen como debe ser el procedimiento ni la forma en que debe ser expedido dicho acto administrativo, para garantizar los derechos fundamentales y procesales del administrado, y a la postre no se vea incurso de una nulidad dicha actuación por la vulneración de los mismos.

Con ello, y toda vez que son actuaciones netamente administrativas, a fin de aclarar dicho vacío, el administrador bien podría recurrir a los preceptos establecidos en el código administrativo y de lo contencioso administrativo, Ley 1437 de 2011, pues por ser esta la norma que rige toda

actuación de la administración pública debería contemplar la forma de proceder frente a la discrecionalidad. Al remitirse al artículo 44 de esta ley, señala frente a la actuación discrecional lo siguiente: “DECISIONES DISCRECIONALES. 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”. Por lo anterior, el código administrativo, lo que hace es remitir a la norma especial según el caso para que se adecue a lo que en ella se establezca; pero si la norma especial tampoco lo establece, ¿qué se hace?, ¿Cómo procede el administrador? Al acudir a la ley que precedió al actual código administrativo, Decreto Ley 01 de 1984, para verificar si en esa norma se contemplaba la actuación de la administración frente a retiro discrecional, el artículo 36 referente a las decisiones discrecionales, mantenía el mismo texto de la norma actual.

Así las cosas, el administrador no tiene otra alternativa que la de recurrir a la jurisprudencia para solventar los vacíos que la norma deja frente al retiro discrecional, toda vez que a la fecha no existe ley alguna que regule dichas actuaciones para la fuerza pública.

Al recurrir en primera medida al Consejo de Estado, para determinar que reglas, parámetros o directrices ha establecido esa corporación frente al retiro discrecional de miembros de la fuerza pública, en sentencia radicada N° 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04) de fecha 23 de marzo de 2006 encontramos que “**el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo**, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. **La**

facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales”; también “la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados... **el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente**, no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, **la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad** (Negrilla fuera del texto original) y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad”.

Queda claro que para ese alto tribunal no hay cabida para la arbitrariedad dentro de la facultad discrecional, toda vez que por emanar de una entidad pública, debe ceñirse a los fines establecidos por el Estado, y en respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así mismo, frente a la necesidad de motivación del acto, el Consejo de Estado dijo: “No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto... **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad

demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida”. Ya son cuando menos tres los principios que se deben tener en cuenta respecto a lo dicho por el Consejo de Estado frente a la expedición del acto administrativo discrecional: - no debe ser arbitrario, - debe ser conforme a los fines del Estado y – deben existir unos motivos que propicien tal decisión.

A fin de ampliar los conceptos jurisprudenciales emitidos por las altas cortes y conocer lo que ha dicho cada una de ellas al respecto, toda vez no es sano para una investigación quedarse con el concepto dado solo por una de ellas; se hace necesario recurrir a la Corte Suprema de Justicia, para conocer dentro de sus pronunciamientos que posición ha tomado frente al tema y si por medio de su jurisprudencia se puede extraer un nuevo lineamiento o requisito para aplicarlo al acto discrecional. Se recurre a este alto tribunal, toda vez que por medio de acción de tutela interpuesta por los uniformados afectados por el retiro discrecional han logrado que dicha Corte conozca y se pronuncie de fondo frente al tema de investigación.

A pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha conocido de gran cantidad de acciones judiciales frente a los actos de retiro discrecional de miembros de la fuerza pública; estos han llegado a conocimiento de la Corte por vía de tutela, tras la impugnación de fallos expedidos por Tribunales, a fin de que por medio de esta acción constitucional les sean protegidos los derechos fundamentales vulnerados con la expedición del acto discrecional.

Frente al tema la Corte en reiteradas ocasiones y por la forma en que llega a conocimiento el litigio, se ha pronunciado indicando:

El mecanismo preferente y sumario de la tutela, fue concebido por el Constituyente de 1991 con un carácter netamente subsidiario o residual, lo cual implica que la solicitud de amparo no se abra paso cuando la persona presuntamente agraviada o amenazada en sus derechos constitucionales fundamentales, dispone o tuvo a su disposición en su momento otros medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (MUNAR, 2008).

Refiriéndose como medio de defensa judicial, a los actos que por vía gubernativa le corresponde interponer al administrado frente al acto discrecional.

Así mismo, en sentencia de Tutela No. 58.582 de fecha 09 de febrero de 2012, la misma Corte reitera su postura en atención a que “... el presupuesto de la inmediatez también constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica”.

Atendiendo estos postulados, la Corte no ha tenido oportunidad de pronunciarse de fondo sobre cuán legal es el acto expedido por la administración pública, en cabeza de la Policía Nacional o las Fuerzas Militares para retirar del servicio a un miembro de estas instituciones de forma discrecional. Por lo tanto y toda vez que sentencias como la T-11001-22-15-000-2009-00337-01 de fecha 31 de julio de 2009, sentencia N° 11001-22-03-000-2010-01025-01 de fecha 26 de octubre de 2010 y sentencia de radicación No. 16115 de fecha 15 de agosto de 2006, entre otras, la Corte ha actuado en similar forma, se puede establecer que la misma no ha generado una solución ni ha

aportado parámetros que legitimen en cuanto a su forma los actos administrativos de retiro discrecional.

Finalmente, y a pesar que como se dijo anteriormente, existe jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado frente al tema, siendo este Órgano Judicial el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, no se pueden desconocer los pronunciamientos hechos por la Honorable Corte Constitucional, toda vez que por mandato expreso de la Constitución, al efectuar la Corte un pronunciamiento de constitucionalidad, éste adquiere efectos erga omnes (VARGAS,2011), mientras que los pronunciamientos surgidos del seno del H. Consejo de Estado, adquieren efectos inter partes, tomando mayor relevancia jurídica para la administración en general lo dicho por la Corte Constitucional, toda vez que en palabras de la propia Corte: “los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución”.

Así pues, al revisar la jurisprudencia existente, expedida por la Corte Constitucional frente al acto administrativo de retiro discrecional de miembros de la fuerza pública, se encuentran más de 26 sentencias inclusive de tutela que hacen referencia al tema planteado. Por ello, se profundizará en los pronunciamientos de ésta para encontrar cuales son los lineamientos que la propia Corte da para que exista legalidad en dichos actos.

CAPÍTULO II

¿QUÉ ES LA DISCRECIONALIDAD?

El retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública se encuentra consagrado en el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 para miembros de las Fuerzas Militares y en el artículo 4 de la Ley 857 de 2003 para miembros de la Policía Nacional. Pero estas disposiciones si bien consagran frente a quienes opera la discrecionalidad, se quedan cortas al regular el procedimiento y aplicación de la misma. Así mismo, y como la generalidad de las leyes, no definen en que consiste esta facultad especial que tiene la administración para desvincular al personal uniformado, pues se limitan a dar un esbozo muy somero de lo que puede llegar a ser dicho acto administrativo.

Para definir que es el acto administrativo de retiro discrecional aplicable a miembros de la fuerza pública, en principio se debe hacer remisión al Diccionario de la Real Academia Española (2013), para buscar el significado de la palabra *discrecional*, la cual es base de esta investigación; definiéndose entre otras así: “Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas”. Pero cuando el significado de la palabra se lleva a un acto administrativo, la connotación de la misma cambia; por lo que, en cierto modo, su definición obliga a remitirse no solo al significado literal de la palabra en sí, sino a enmarcarla dentro del contexto.

Podría decirse que el concepto de acto discrecional es en cierta forma un concepto jurídico indeterminado, y por el contrario no da paso a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma con un mayor margen de apreciación. La figura de la facultad discrecional se encuentra mencionada en la ley 1437 de 2011.

El artículo 44 de la ante citada Ley, en relación con las decisiones discrecionales señala que 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.

Las autoridades encargadas de calificar los conceptos jurídicos indeterminados deben tener prudencia y mesura al momento de realizar el examen de proporcionalidad, toda vez que cuando se encuentran frente a uno de esos conceptos, están obligadas a adoptar la solución más acorde con la ley, con el fin de evitar una arbitrariedad.

Se debe hacer una distinción entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, en tanto que lo discrecional, para que sea legítimo, conlleva o debe conllevar motivaciones suficientes, discutibles o no, toda vez que las decisiones sin motivación respetable pueden ser el fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores. (Hoyos, 2003)

La doctrina ha definido el acto discrecional en oposición al acto administrativo reglado de la siguiente forma:

Mientras que el acto reglado se refiere a la simple ejecución de la ley, la cual señala cómo debe la administración pública comprender el deber de actuar en el ejercicio de su autoridad, el acto administrativo propiamente discrecional alude a aquellos casos en los que existe cierto margen de libertad necesario para el aseguramiento de una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respecto al principio de legalidad. (Navarro, 2012).

Juan Carlos Cassagne, en su publicación *La discrecionalidad administrativa* (2008) afirma:

No puede olvidarse que en el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad que le permite a la Administración elegir “entre actuar y no actuar”, (discrecionalidad de actuación) mientras que, en otros supuestos, se configura una libertad de opción que le permite elegir la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). En este último sentido no puede suponerse que la facultad de elección se otorga siempre al órgano administrativo dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento a la elección (es decir a la discreción) del mismo, toda vez que hay numerosos ejemplos en los que la facultad de elegir se encuentra limitada a escoger una solución entre dos o más que se encuentran regladas. Es decir que puede haber libertad de elección (discrecionalidad) sin que haya margen de apreciación, porque el legislador ya lo acotó con una decisión predeterminedada. (pág. 19).

Para Cassagne, “el núcleo de la discrecionalidad está en el modo o manera de elegir y siempre será jurídico, en el sentido de que no puede ser irrazonable o arbitrario”.

El acto administrativo discrecional se diferencia del acto reglado, porque mientras este último se refiere a la simple ejecución de la ley aquel alude a los casos en los que existe cierto margen de libertad para realizar una comprensión y posterior aplicación de la norma (NAVARRO, 2013). La discrecionalidad es necesaria, y no por ello debe ser confundida con la arbitrariedad o ilegalidad. El fundamento de dicha facultad radica en la misma legislación y el rasgo diferenciador de un acto discrecional es la justificación de los motivos de la decisión.

La cualidad discrecional de un acto administrativo puede ser definida inicialmente, en oposición al acto administrativo reglado. Mientras que el primero hace referencia a aquellos casos en los que la administración tiene cierto margen de libertad para el aseguramiento de una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respeto al principio de legalidad; el acto reglado se refiere a la simple ejecución de la ley, la cual señala cómo debe la administración pública comprender el deber de actuar en el ejercicio de su autoridad.

Frente a esta facultad discrecional que tiene la administración han existido diversas posiciones tendientes a determinar si se funge con la figura de la desviación de poder (causal de nulidad en el derecho administrativo colombiano), o se aplican los principios de eficacia, eficiencia, debido proceso, buena fe, imparcialidad, transparencia y demás principios que rigen el ordenamiento nacional, así como el postulado de verdad sabida, buena fe guardada.

Aterrizando la definición al ámbito legal colombiano, y acudiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, este ha definido en sentencia de fecha 23 de marzo de 2006, radicada bajo el número 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04), Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado, al acto discrecional de la siguiente forma:

*Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa **en presencia de circunstancias de hecho determinadas**, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para*

apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

Así mismo, la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos se ha referido respecto a lo que se debe entender como acto administrativo discrecional y los requisitos aplicables específicamente frente a miembros de la fuerza pública.

Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. Contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas. (Herrera, 1995).

¿Discrecionalidad O Arbitrariedad?

Con la expedición de la Constitución de 1991, el Ordenamiento Jurídico Colombiano dio un giro al optar por la institución de un régimen político, económico y social, acentuado en los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política propias de un estado social de derecho (Cifuentes, 1992), dentro del cual se le entregan al gobierno facultades de

decisión que permiten resolver aspectos no reglados. La facultad discrecional de la administración de separar, sin necesidad de fundamentar su decisión, a miembros de la Fuerza Pública, con el fin de obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la institución renovando el personal miembro de la misma en aras de preservar el bien común.

El concepto de *arbitrariedad* (tal como lo define el Diccionario de la Real Academia, 2013) corresponde al de “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho”. En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad, comprendiendo ésta lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los primordiales límites de la discrecionalidad.

Sin embargo, debe señalarse que la discrecionalidad no se ejerce de manera absoluta, pues existen ciertos límites en la Constitución y la Ley sobre los cuales debe basarse la Administración en el momento de expedir sus actos. Habrá facultad o competencia discrecional cuando en circunstancias de hecho determinadas, la autoridad administrativa, es libre, dentro de los límites que fije la Ley o la Constitución, de adoptar una u otra decisión. Esta consideración ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional al distinguir entre discrecionalidad absoluta, ajena a los postulados de un Estado de derecho, y relativa, propia de aquél. (PALACIO, 2013).

Igualmente se señala que la discrecionalidad absoluta debe entenderse como aquella posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que para ello exista una razón justificada, lo cual tiende a confundirse con la arbitrariedad. La discrecionalidad relativa, por su parte, es ajena a la noción del capricho del funcionario, pues le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, “concediéndole

la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional” (NARANJO, 2000)*¹

La figura de la discrecionalidad en el retiro de miembros de la Fuerza Pública en el derecho administrativo colombiano tiene un control delimitado, en el entendido que la administración debe tener motivos para realizar el mencionado retiro, teniendo en cuenta unos fundamentos, unas bases, unos cimientos de donde partir, y que dan pie para realizar el retiro.

En el derecho administrativo se pueden encontrar dos clases de actos administrativos en cuanto a su motivación: El acto administrativo discrecional y el acto administrativo reglado. El primero se diferencia del segundo, porque mientras este último se refiere a la simple ejecución de la ley aquel alude a los casos en los que existe cierto margen de libertad para realizar una comprensión y posterior aplicación de la norma (NAVARRO, 2013). La discrecionalidad es necesaria, y no por ello debe ser confundida con la arbitrariedad o ilegalidad. El fundamento de dicha facultad radica en la misma legislación y el rasgo diferenciador de un acto discrecional es la justificación de los motivos de la decisión.

(*) Esta posición ha sido igualmente defendida por el Consejo de Estado en los siguientes términos: “No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales. (...) La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad”. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274-02).

El carácter discrecional de un acto administrativo se puede definir en principio, en oposición al acto administrativo reglado de la siguiente manera: mientras que el primero se refiere a aquellos casos en los que existe un margen de libertad preciso, de modo tal que se asegure una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respeto al principio de legalidad, el acto reglado se refiere a la simple ejecución de la ley, la cual señala cómo debe la administración pública comprender el deber de actuar en el ejercicio de su autoridad, el acto administrativo propiamente discrecional.

CAPÍTULO III

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y FACULTAD DISCRECIONAL

El Estado Social de Derecho tiene como fines primordiales el respeto de la dignidad humana, la prevalencia del interés general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución entre otros; por lo tanto no tiene cabida y se elimina del ordenamiento jurídico cualquier asomo de ARBITRARIEDAD por parte de quienes cumplen

funciones administrativas, judiciales o ejercen el poder dentro del Estado. Entendida está cuando un servidor público o entidad obra por fuera del derecho y de acuerdo a intereses subjetivos que no buscan ni el bien común ni la buena prestación de un servicio.

Los actos administrativos discrecionales, entendidos como una actividad administrativa *no reglada*, en la que la Ley tan solo traza una ruta general enunciando lo que es, pero sin establecer el procedimiento, o las pautas y lineamientos a seguir para poder hacer uso de esa facultad extraordinaria; conlleva a la generación de un vacío jurídico para actuar a la entidad o al funcionario que toma tal decisión, por ejemplo la de retirar del servicio activo a un miembro de la fuerza pública. Con el fin de evitar arbitrariedades o desviaciones de poder las altas cortes han sentado precedentes jurisprudenciales que adquieren fuerza vinculante para los jueces y funcionarios administrativos en quienes recae la facultad de hacer uso del poder discrecional. Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C 319 de 2007, ha dicho:

En un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas.

Es de especial interés determinar si en nuestro régimen jurídico esta clase de actos se enmarcan dentro de la legalidad o tienen un sustento jurisprudencial, ya que la pretensión inicial del administrado es la de conocer las razones y/o motivos por los cuales es retirado discrecionalmente de la institución militar o policial, por considerar que el mismo ocurre por un arbitrio. Si bien es cierto que es la administración quien expide el acto administrativo, se debe

señalar que el mismo no recae en cabeza de una sola persona, y que no se hace de acuerdo al capricho institucional, sino enmarcado en unas leyes o reglas generales establecidas por una autoridad legislativa o judicial; razón por la cual el servidor destituido no puede alegar la desviación de poder como causal de nulidad del acto administrativo, con el fin de recuperar su cargo y ser reintegrado.

Discrecionalidad En El Ordenamiento Jurídico Colombiano

Frente a lo que la norma dice respecto al retiro discrecional, para el caso en concreto, de personal uniformado de la Fuerza Pública, la ley 857 de 2003, frente a la Policía Nacional en su artículo 4 señala: “RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.

El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en

cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior...”; respecto al personal de nivel ejecutivo, el Decreto-ley 1791 de 2000, tras las tachas de inconstitucionalidad, en su artículo 62, señala: “Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva”. Con lo anterior, la ley que rige para los integrantes de la Policía Nacional, al estudiar taxativamente la norma, no es precisa al indicar como debe ser el proceder del administrador frente a la necesidad de retirar vía discrecional a un uniformado.

Ahora bien, ese vacío no solo aplica frente al policía. El decreto ley 1790 del 2000, por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 104 señala: “RETIRO DISCRECIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto”.

Si bien este articulado ya aclara cuando menos quienes conforman la junta de evaluación; aún, para el administrado siguen existiendo vacíos frente a qué acción tomar cuando es retirado, o como amparar sus derechos o saber las razones que motivaron la destitución, y lo más importante, si el procedimiento empleado fue acorde a derecho o no. Por ello acuden ante la jurisdicción contenciosa por considerar que las entidades de la Fuerza Pública, les han violado sus derechos fundamentales de contradicción y defensa, trabajo, buen nombre, mínimo vital, salud, debido proceso; y no solo la institución militar o policial, sino también la administración de justicia por cuanto al tutelar, en la primera instancia se presentan ocasiones de contradicción en el fundamento o motivación de la decisión frente un despacho y otro, en decisiones que podrían llegar a ser similares, en tanto unos amparan los derechos del administrado por falta de motivación del acto y su conducente arbitrariedad; y otros lo niegan aduciendo que dicho acto administrativo es concordante a la ley al no requerir motivación. Por esto llegan en última instancia a conocimiento de la H Corte Constitucional y del H Consejo de Estado, quienes por ser los órganos de cierre determinan los fundamentos de derecho que legitiman la acción de la administración para proceder al retiro del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública por la causal “retiro por voluntad del gobierno por razones del servicio y en forma discrecional”.

Toda vez que no hay a la fecha una norma que determine el procedimiento ante un acto de destitución discrecional para la fuerza pública; entonces frente a ello ¿bajo qué parámetros opera la administración pública, para retirar discrecionalmente al personal integrante de las filas de la fuerza pública que por una u otra circunstancia impide el mejoramiento del servicio? O dado el caso, ¿cómo sabe la administración que no está incurriendo en una arbitrariedad o ilegalidad al retirar de forma discrecional a un uniformado?

Así las cosas, y no logrando encontrar un fundamento constitucional y legal que sirva de cimiento al retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública, y teniendo en cuenta la pirámide Kelseniana, la siguiente fuente del derecho a la cual recurrimos fue a la Jurisprudencia de las Altas Cortes (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional), para lograr identificar la existencia de ciertos parámetros que permitan delinear o señalar los principios o reglas para el retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública.

Si bien es cierto, es de resaltar que las ya citadas disposiciones que rigen la carrera militar y policial, son taxativas en indicar que la facultad de retirar a un miembro de la Fuerza Pública no está en cabeza de una sola persona; sino que debe hacerlo con un aval, con una recomendación de un Comité de Evaluación, quien ayudará a determinar si es o no procedente el retiro del oficial o suboficial, teniendo en cuenta las características que cada uno cumpla y el caso particular y concreto, esto solo indica que el administrador no puede actuar con arbitrariedad frente a la decisión de retirar a un miembro de una institución castrense.

Jurisprudencia del Consejo de Estado da luces en el entendido del respeto al debido proceso que se surte previo a la expedición de un acto administrativo discrecional, al referirse al acta que debe surgir previo al acto que destituye a un uniformado de forma discrecional. “El Acta del Comité de Evaluación no constituye un acto administrativo enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque es un acto preparatorio del acto principal que es el que modifica la situación jurídica laboral del administrado frente a la Institución administradora; no implica que no pueda ser examinado por la jurisdicción, porque con ocasión del estudio de

legalidad del acto principal, bien puede el juez analizarlo si el motivo de acusación de este último tiene fundamento en su producción irregular”. (VARGAS, 2010)

Al analizar los fundamentos constitucionales de la facultad discrecional de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, solamente encontramos en el artículo 125 de la Constitución Política que: “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...) El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.” Tal y como se ve, no existe propiamente dicho un fundamento constitucional que dé pauta para realizar el mencionado retiro, en tanto que hace una remisión a una ley que regule esa situación. De igual manera no hace mención alguna respecto a las decisiones discrecionales de la Administración, siendo éste un tema objeto de una norma especial, en este caso del Código Contencioso Administrativo.

Como ya se mencionó en otro acápite de esta investigación, la ley ha sido reacia a establecer en una norma legal el procedimiento frente a la discrecionalidad, pues al considerarse que dicho tipo de actuaciones afecta la órbita de lo contencioso administrativo, sin importar que el personal militar y policial manejan un régimen de carrera propio, lo más sensato sería encontrar en el código de procedimiento administrativo, el qué y el cómo, para llevar a la vida jurídica un acto discrecional. Esto, se ha visto reflejado desde la existencia del código contencioso administrativo, Decreto 01 de 1984, el cual solamente indicaba en su artículo 36 en relación con las decisiones discrecionales que: “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”, sin ahondar en el tema. Viéndose con ello la inexistencia de profundización en el tema, dejándolo a cargo de otra norma específica para que lo regule. Teniendo en cuenta que la misma disposición fue derogada por la Ley 1437 de 2011, al revisarla, se encuentra en su artículo 44 una transcripción exacta del antes mencionado artículo 36 del Decreto 01/84, por lo cual es descartable esta norma si se quiere tener como sustento para el eventual nacimiento de un acto discrecional.

CAPÍTULO IV

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

Respecto al tema objeto de la presente investigación, las altas cortes han efectuado gran cantidad de pronunciamientos. Sin embargo, a pesar de los estudios realizados, en ninguno se ha delimitado, propiamente dicho, los fundamentos tanto constitucionales como legales del retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública, razón por la cual es pertinente relacionar las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que dan lugar al estudio de la relevancia del tema en mención.

Como bien es sabido, la Administración Pública fija ciertos parámetros mediante los cuales desarrolla el ejercicio de la función pública, se basa para ello en reglas y principios que buscan especialmente otorgar garantías a los asociados, pero también imprimir un grado importante de eficacia a las actuaciones públicas y de este modo, con la aplicación y la puesta en marcha de los procedimientos administrativos, vigilar que no se presente ningún tipo de arbitrariedad en el quehacer de la administración.

En tratándose del tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano ha señalado que el Estado de Derecho tiene un límite como garantía suprema de la libertad con la que cuentan los ciudadanos frente al poder estatal, en el entendido que aquellos pueden hacer todo lo que la Constitución y la ley no le prohíban, mientras que el Estado únicamente puede hacer lo que el ordenamiento jurídico clara y expresamente le permite. (Consejo de Estado 2009).

Por su parte la Corte Constitucional, parte de la base de que quien gobierna en el Estado de Derecho es la ley y no los hombres, y que todos los órganos del Estado, inclusive el gobernante, deben estar sometidos al derecho. Así bien, “es la Constitución Política la que establece y determina la aptitud de un órgano estatal para ejercer unas específicas, determinadas y concretas competencias y atribuciones, que por sí deben ser preexistentes” (GÓMEZ, 2012).

En sentencia C-319 de 2007 indicó la Corte que: “En un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites

de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y las libertades públicas”.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, debe entenderse que la facultad discrecional de retiro se encuentra supeditada a la Constitución y la ley, que aunque no indican expresamente cuáles serán los parámetros para realizar el retiro de un miembro de la Fuerza Pública, quienes se encuentran sometidos a las decisiones del Gobierno Nacional, da un esbozo que permite fijar los principios para el retiro. Como se vio anteriormente, las posiciones adoptadas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, no difieren la una de la otra sino que van enfocadas hacia un mismo punto, en el entendido del sometimiento a la Constitución y la ley del servidor público al momento de expedir un acto administrativo discrecional de retiro de un miembro de la Fuerza Pública.

Para entrar a estudiar cuales son los límites y controles realizados, debe entenderse que dentro de un Estado Social de Derecho se entregan al gobierno facultades de decisión que le permiten resolver aspectos que no se encuentran reglados. En el caso colombiano, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, tienen la facultad discrecional de retirar a sus miembros por voluntad del Gobierno Nacional, que al tratarse de una facultad de discrecionalidad administrativa, debe someterse al control judicial en la mayoría de los casos.(RAMIREZ, 2012).

Para dar un orden al tema en referencia, es menester señalar que la discrecionalidad de la Administración surge cuando el ordenamiento jurídico otorga a algún órgano administrativo una competencia para apreciar todas aquellas actuaciones que sean de interés público o de interés

general. Por lo tanto, se entiende que existe discrecionalidad siempre que el legislador haya otorgado a la Administración un margen de decisión que no esté determinado por la norma, es decir, se permite al funcionario escoger la solución del asunto dentro de distintas opciones, pero ello no quiere decir que la administración pueda actuar al margen de la ley, pues la selección de esas alternativas posibles las consagra el mismo ordenamiento, debe someter su decisión a las normas vigentes existentes. (GAVIRIA, 1996).

La doctrina, por su parte, ha señalado que:

Mientras más precisas sean las normas que regulan la acción de la administración, mayor es la garantía de respeto a los derechos de los particulares. Sin embargo, la regulación de la acción administrativa, en sus más mínimos detalles aun cuando significa un resguardo mayor de los intereses particulares, entraña el grave riesgo de paralizar la administración, cuya actuación está guiada por el interés de toda comunidad. (PIERRY, 1984).

Según la doctrina, la mencionada potestad discrecionalidad tiene su límite inicial en el interés general de la sociedad, de toda la comunidad, en cuyo interés se encuentra igualmente contenido el particular, de donde entre una pluralidad de soluciones justas, el ejercicio de la potestad discrecional permite optar por una de ellas conforme a Derecho. En definitiva, lo fundamental de las potestades discrecionales es que atiendan al interés general. Su objetivo es satisfacer el interés general, que es el bien jurídico por cuya tutela se concede la potestad discrecional a la Administración.

Según Juan Carlos Cassagne, la potestad discrecional fue concebida desde el derecho administrativo clásico como aquella contraria a la potestad reglada, es decir, aquella potestad de

la administración para actuar libremente, sin que la conducta a adoptar estuviera predeterminada por una norma. (CASSAGNE, 2009).

La Corte Constitucional ha dicho que, partiendo de esta definición primaria, se puede entender que la discrecionalidad se configura "...cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas" (HERRERA, 1995).

Santiago González, en el libro *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, manifiesta que en el derecho administrativo colombiano la potestad discrecional no nace cuando no existe ley o el derecho, sino que por el contrario, para que la administración se atribuya cualquier potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista una norma atributiva. La discrecionalidad está sujeta ciertamente al llamado principio de legalidad, principio fundante del derecho administrativo.

Continuando con el análisis de la facultad discrecional y en atención a lo expuesto anteriormente, entendiendo por ella la facultad que tienen los órganos de la administración pública de ejercer o adoptar una decisión que aunque no se encuentra reglada o señalada de manera expresa, debe ajustarse a las normas del ordenamiento jurídico que la rige, se puede realizar un análisis detallado de la figura de la potestad discrecional y su diferencia con la arbitrariedad.

Francia y Alemania fueron los países donde por primera vez se empezó a hablar de la citada figura de la facultad discrecional, y bien tratándose de una figura relevante para el derecho público, en especial en el administrativo, dio pauta para que fuera acogido por los demás ordenamientos jurídicos en el mundo. Consecutivamente, la discrecionalidad fue regulándose, en tanto que ya no se deja al arbitrio de la Administración, sino que se limita con el conjunto de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico.

Originariamente en el derecho público, la facultad discrecional fue concebida en Francia como una actividad de la administración que no estaba sujeta al control judicial; limitando a éste, a la revisión de la legalidad sobre la forma, competencia y fin del acto administrativo. Esta facultad o potestad discrecional de la administración se fundó principalmente en fallos de 1914 y 1916, con los cuales lo que se introdujo fue un control a la administración desde la aplicación de la teoría del error manifiesto y del principio de proporcionalidad entre medios y fines. (MUSSETI, 1999).

Posteriormente en Alemania se desarrolló la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, basada en que al aceptarse que existe una “única solución justa, dichos conceptos constituyen un supuesto de remisión legal, cuyo control en nada difiere del que se efectúa sobre una actividad reglada”(CASSAGNE, 2008); es decir que, lo que se busca es incluir en un presupuesto legal determinadas circunstancias reales, situación en la que no interviene la voluntad de quien lo aplica, característica esencial de la potestad discrecional. En nuestros días se considera que en los actos de la administración concurren elementos reglados y discrecionales.

El acto administrativo discrecional tiene su fundamento en los principios constitucionales, es emanado de la ley conforme a una facultad de orden jurídico, por lo tanto está limitado a cumplir con reglas jurídicas fijadas y unos principios básicos, además debe ceñirse a los límites impuestos por el legislador y la jurisprudencia ya que la discrecionalidad se ejerce dentro del marco de la legalidad y no fuera de ésta.

En alusión al tema en comento, la Corte Constitucional mediante sentencia T-979/00, aclaro que la discrecionalidad no implica arbitrariedad toda vez que “los actos administrativos discrecionales en modo alguno implican arbitrariedad, ya que requieren necesariamente de una expedita motivación a fin de determinar las razones por las cuales la Administración apoya uno u otro resultado. Esa expresión de la Administración, además, está sujeta a controles administrativos y jurisdiccionales, y permite en consecuencia el ejercicio del derecho de defensa de las personas involucradas en la decisión”.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-1173 de 2008, refiriéndose al tema, precisó “la discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto” (CORDOBA, 2008).

La palabra discrecional es definida por la Real Academia de la Lengua Española como la: “potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas”, no quiere decir esto que sea un poder ilimitado, al referirse la Corte Constitucional que “en un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin” (BELTRAN, 2006)

El acto arbitrario se puede definir como el acto contrario a la razón, contradictorio o absurdo, en el plano lógico, producto de la elemental voluntad o capricho del funcionario, generando una actuación injusta que es el sentido de mayor empleo convencional en el mundo jurídico. El concepto de “arbitrariedad” (tal como lo define el Diccionario de la Real Academia) corresponde al “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho”.

En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad, pues esta última no tiene límite alguno, es ilegal y está en contravía del debido proceso, y por consiguiente del estado social de derecho donde gobernantes y gobernados están sometidos al ordenamiento jurídico, gozando de unos derechos y garantías preferentes frente a las decisiones de la administración.

En sentencia de tutela T- 928 de 2004, la Corte reafirmo sus lineamientos frente al tema así: “Esta diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario tiene claro fundamento constitucional en Colombia, pues la Carta admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública. Así la potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria e indispensable, en ciertos casos, para una buena administración pública, pues se le brinda al gestor público la posibilidad de decidir, bajo un buen juicio, sin la camisa de fuerza de una reglamentación detallada que no corresponda a la situación que se quiera superar o enfrentar. En cambio, la arbitrariedad está excluida del ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, si bien la Constitución colombiana no consagra expresamente "la interdicción de la arbitrariedad de los

poderes públicos", como lo hace el artículo 9°-3° de la Constitución Española, este principio deriva de normas específicas de nuestra Carta. Así, el artículo 1° define a Colombia como un Estado social de derecho fundado en la prevalencia del interés general, lo cual excluye que los funcionarios puedan ejercer sus atribuciones de manera caprichosa. Por su parte, el artículo 2° delimita los fines del Estado y los objetivos de las autoridades públicas, lo cual muestra que las atribuciones ejercidas por las autoridades deben estar destinadas a realizar esos valores constitucionales y no a satisfacer el arbitrio del funcionario. Esto se ve complementado por el artículo 123 superior que establece expresamente que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. Finalmente, el artículo 209 define los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera igualitaria e imparcial... Conforme a lo anterior, la potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder **indefinido o ilimitado**. En efecto, en primer término, la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a los lineamientos constitucionales, pues **"en el Estado Social de Derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución"**¹. En segundo lugar, la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, determinándose los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad

administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede”.

Motivación de los Actos Administrativos

Desde el año 1994 la Corte Constitucional empezó a sentar las bases para que el acto administrativo discrecional si bien no fuera expresamente motivado, si tuviese una fundamentación, la cual lo alejara de la arbitrariedad. En sentencia T 303 up supra la Corte ha indicado “La discrecionalidad como facultad funcional pública excepcional, puede ser más o menos reglada. De donde se desprende que será mucho más definido el debido proceso en los casos en que el legislador haya dispuesto una regulación del uso de la facultad discrecional. El poder discrecional resulta un límite de los derechos fundamentales, que como es bien sabido, no puede atentar contra el núcleo esencial de los mismos. Esta doble afirmación permitirá ponderar en cada caso la conveniencia o inconveniencia de favorecer la eficacia del poder discrecional o del derecho fundamental”. (MORON, 1994)

La motivación de los actos administrativos constituye un medio de control del acto que debe ser suficiente, “esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión” (MARTINEZ, 1998), el cual no basta con el señalamiento de un concepto jurídico indeterminado, sino que debe obedecer a un razonamiento concreto que conduzca a la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de un determinado caso.

La motivación permite esclarecer el límite entre lo discrecional y lo arbitrario; si no fuera así, el único apoyo de la decisión sería la voluntad de quien la adopta, aspecto que va en contravía de los postulados esenciales de un Estado de Derecho en donde lo que prevalece no es el poder puramente personal, sino la manifestación de la autoridad acorde con los principios constitucionales y con la ley.

Respecto de la estructura de los actos discrecionales, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo dispone:

Artículo 36: 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.

Sin embargo, en atención a que en repetidos fallos proferidos tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional se han establecido ciertos requisitos de la motivación de los actos, nos permitimos señalarlos así: i) la claridad y consistencia conceptual: claridad en cuanto el significado de los argumentos pueda ser comprendido por los interesados, y consistencia referida a la no contradicción entre los argumentos utilizados; ii) la consistencia normativa: el fundamento de la decisión adoptada será tanto racional en cuanto se funde en argumentos que puedan justificar los mismos resultados ante casos semejantes, iii) la saturación: entendido como la necesidad de que todo argumento utilizado debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan, iv) el respeto de la lógica deductiva, y v) la consistencia argumentativa y coherencia: la primera, entendida como la ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen

los argumentos, y la segunda referente al sustento en reglas, valores comunes o principios generales de las proposiciones utilizadas.

En repetidas oportunidades, la Corte Constitucional se ha referido a la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Al respecto, ha considerado que dicha discrecionalidad tiene un pleno respaldo constitucional, pues dada las características especiales de estos cuerpos y la necesidad de “garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública,” (BELTRAN, 2006) la discrecionalidad en los actos de retiro constituye “un instrumento normal, y por lo demás necesario, para el correcto funcionamiento de tales instituciones”. (NARANJO, 1995).

Sin embargo, la jurisprudencia que desarrolla la materia ha estimado que la discrecionalidad de los actos de retiro no es absoluta. Al respecto, ha precisado que sus límites se encuentran en la efectividad y prevalencia de los derechos fundamentales y que, de ninguna manera, aquella puede ser confundida con la arbitrariedad.

En efecto, en la sentencia C-179 de 2006, la Corte Constitucional indicó:

*En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, **encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen.** No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que **la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La***

discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional. (Negrilla fuera del texto original).

De ahí que la Corte haya sostenido reiteradamente que la consideración anterior se traduce en tres aspectos que permiten concluir que un acto de retiro discrecional se ajusta a la Constitución, estos son: (1) El respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad; (2) la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo; y (3) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares, según el caso.

Sobre este punto, en la sentencia C-525 de 1995, la Corte explicó:

[No] pueda[e] haber extralimitación de atribuciones, que desconozca los requisitos de racionalidad y razonabilidad que deben acompañar todo acto discrecional. Este debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública. En esté caso la discrecionalidad del gobierno y de la Dirección general de la Policía está justificada en las razones del servicio, y requiere en

el caso del artículo 12 del Decreto 573 de 1995, del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, y en el del artículo 11 del Decreto 574 de 1995, del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos. (Negrilla fuera del texto original).

CONCLUSIONES

La reiterada jurisprudencia de las altas cortes, sobre el ejercicio de la facultad discrecional aplicada a los miembros de la fuerza pública, ha establecido unos parámetros claros para la realización y expedición de los actos administrativos discrecionales, para el retiro del personal uniformado, al tener esté un régimen de carrera especial con el fin de evitar arbitrariedades o desviaciones de poder.

Es la administración quien expide el acto administrativo, esta clase de actuaciones no se generan de acuerdo a caprichos institucionales, si no enmarcados en leyes y reglas generales establecidos por la autoridad legislativa o judicial, motivados con el fin de mejorar el servicio, razón por la cual el servidor destituido no puede alegar la desviación de poder como causal de nulidad del acto administrativo, con el fin de recuperar su cargo y ser reintegrado.

El retiro de los miembros de la fuerza pública de acuerdo a la normatividad y los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales vigentes, cuenta con la intervención de un comité de

evaluación, quien determina la procedencia o no del retiro del miembro de la fuerza pública teniendo en cuenta las características de cada caso particular concreto, apartando así toda posible arbitrariedad.

La potestad discrecional tiene su límite en el interés general de la sociedad y está amparada y sometida a la constitución y la Ley; es lo que permite a la administración ejercer y adoptar decisiones de retiro de miembros de la fuerza pública, aunque no se encuentren regladas o señaladas de manera expresa; quedan éstos subordinados a las decisiones adoptadas por el estado Colombiano.

También se determina como la administración está en la obligación de respaldar y establecer motivadamente sus decisiones brindando de esta manera seguridad jurídica a los miembros de la fuerza pública, ya que sí, existen límites a las facultades discrecionales para desvincular este tipo de funcionarios, garantizando los derechos fundamentales y los intereses generales, ello no obsta para que las instituciones militares y de policía planifiquen, comprueben y revisen detenidamente los casos en los cuales se determina “por razones del servicio” o “por mejorar la calidad del mismo” que se deba retirar personal del servicio activo, teniendo en cuenta el carácter especial que tiene la fuerza pública respecto de las ordenes convencionales del servicio, y que estas, no se vean mezcladas con motivaciones de actos que a la postre sean usados bajo la excusa de mejorar el servicio y que solo busquen excluir del cargo o entidad a un miembro que por el solo hecho de no ser de agrado o por no seguir parámetros del mando se convierte en un obstáculo para su comandancia.

En el año 2010, se vio una luz que alumbraba y daba esperanza a los militares y policiales quienes se encontraban en esta situación, pues se radico en el Senado de la Republica el proyecto de Ley N° 48 de 2010, por el cual establecía el procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, del retiro discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se dictaban otras disposiciones. Este proyecto buscaba meter en cintura tanto el acto discrecional violatorio de derechos y principios, y reglar esa facultad especial de la administración castrense de retirar sin fundamentación a personal uniformado miembro de la fuerza pública. Finalmente dicho proyecto fue archivado en el año 2011, sin que a la fecha se haya vuelto a hablar del tema.

Visto lo anterior es claro que las jurisprudencias originadas de las Altas Cortes, al contextualizar lo que en el derecho colombiano debe ser entendido como acto administrativo discrecional; permiten identificar la existencia de principios y límites para el retiro discrecional de los miembros de la fuerza pública, cerrando con ello cualquier vacío que se llegase a generar por una doble interpretación del mismo.

LISTA DE REFERENCIAS

Biblioteca Luis Ángel Arango, Biblioteca Virtual. Recuperado de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli3.htm>

Cassagne, J.C. La Discrecionalidad Administrativa. Recuperado Febrero 02 de 2014 (<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>).

Cassagne, J.C. (2009). El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires Editorial Marcial Pons.

Colombia, Corte Constitucional, (2007, Mayo), “Sentencia C-319”, M.P. Araujo Rentería, J., Bogotá.

Colombia, Corte constitucional, (2006, Marzo), “Sentencia C-179”, M.P.Beltrán Sierra, A.,Bogotá.

Colombia, Ministerio de Defensa Nacional (1995, 04 de abril), “Decreto número 573 del 045 de abril de 1995, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional” Diario Oficial, núm. 41.795, 6 de abril de 1995, Bogotá.

Colombia, El Presidente de la República de Colombia (1984, 10 de enero), “Decreto 01 del 10 de enero de 1984, por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.”, Diario Oficial, núm. 36.439, 10 de enero de 1984, Bogotá.

Colombia, Ministerio De Defensa Nacional (2000, 14 de septiembre), “Decreto Ley 1790 de 2000, por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”, Diario Oficial, núm. 44.161, 14 de septiembre de 2000, Bogotá.

Colombia, Ministerio De Defensa Nacional (2000, 14 de septiembre), “Decreto Ley 1791 de 2000, por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, Diario Oficial, núm. 44.161, 14 de septiembre de 2000, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (2012, febrero), “Sentencia de Tutela No. 58.582”, M.P. Espinosa Pérez, S., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1996, Septiembre), “Sentencia C-432”, M.P. Gaviria Díaz, C., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, (2006, Agosto), “Radicación No 16115”, M.P. Gnecco Mendoza, G.J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1995), “Sentencia C 031” M.P. Herrera Vergara. Hernando.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-031_1995.htm

Colombia, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera.
(2003, Febrero) “Sentencia Referencia Expediente 14107”, M.P. Hoyos Duque, R., Bogotá.

Colombia, Congreso de La República, (2011, 18 de enero), “Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Diario Oficial, núm. 47.956 18 de enero de 2011, Bogotá.

Colombia, Poder Público - Rama Legislativa, (2003, 26 de diciembre) “Ley número 857 de 2003, por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley

1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial, núm. 45.412, 26 de diciembre de 2003, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1998, Octubre), “Sentencia T-576”, M.P. Martínez Caballero, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1994, Julio), “Sentencia No. T-303”, M.P. Moron Díaz, F., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, (2008, Abril), “Sentencia Exp. T. No. 17001 22 13 000 2008 00026 -01”, M.P. Munar Cadena. P.O., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2010, Octubre), “Sentencia N° 11001-22-03-000-2010-01025-01”, M.P. Namén Vargas, William., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995, Noviembre), “Sentencia C – 525”, M.P. Naranjo Mesa, Vladimiro., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, Junio), “Sentencia C – 734”, M.P. Naranjo Mesa, Vladimiro., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, (2006, Marzo), “Sentencia 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04)” M.P. Ordoñez Maldonado, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2013, Mayo), “Sentencia T-265”, M.P. Palacio Palacio, J. I., Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda. (2010, Noviembre) “Sentencia 250002325000200102028 02”, M.P. Vargas Rincón. A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2011, Agosto), “Sentencia C 634”M.P. Vargas, Silva, L.E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2009, Julio), “Sentencia No. T-11001-22-15-000-2009-00337-01” M.P. Villamil Portilla, E., Bogotá.

Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de <http://rae.es/recursos/diccionarios/drae>

Dromi, J.R. (1985). Derecho Administrativo Económico. Buenos Aires – Argentina, Astrea, nota 1, p. 465.

Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Recuperado de <http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/11/Eunomia3-final-revisado.pdf>

González. S. (2005). El Derecho Administrativo Iberoamericano

MussetiGrotti, D.A. (1999). “Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa”, Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 24, 1999, PP. 61-113. Recuperado de <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/20046>.

Navarro, M.G. (2012). Discrecionalidad Administrativa, Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad, N° 3, pp 200-205.

PierryArrau, Pedro. (1984) “El control de la actividad administrativa”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, N° 2-3, 1984, P 479. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649469>.

Ramírez Leal, L.M. (2012). Facultad Discrecional De Retiro En La Policía Nacional Claros Y Oscuros En Su Funcionamiento Una Perspectiva Desde Lo Contencioso Administrativo Y Lo Constitucional Colombiano, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Maestría en Derecho.