

**CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y
CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA DISCRECIONALIDAD
ADMINISTRATIVA EN LA POLICIA NACIONAL**

OSCAR JAVIER ESCOBAR BRAVO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO NARIÑO**

2013

**CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y
CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA DISCRECIONALIDAD
ADMINISTRATIVA EN LA POLICIA NACIONAL**

OSCAR JAVIER ESCOBAR BRAVO

**Trabajo de Grado para obtener el título de
Especialista en Derecho Administrativo**

Asesor Temático

Dr. Francisco E. Paz Obando

Magíster en Derecho Administrativo

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO NARIÑO**

2013

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1ro del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación:

Jurado

Jurado

Asesor de Tesis

San Juan de Pasto, Noviembre de 2013

DEDICATORIA

Agradezco a mis padres, hermano e hija por ser quienes me motivaron a cumplir un sueño más en mi vida; a mis maestros en Derecho por brindarme su conocimiento y permitir que el presente estudio sea satisfactorio.

TABLA DE CONTENIDO

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1.991	14
1.1 Colombia como Estado Social de Derecho fundada en el respeto de la dignidad humana.....	14
1.2 Omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.....	16
1.3 Debido Proceso como derecho fundamental en actuaciones judiciales y administrativas.....	17
1.4 Presidente de la República como supremo comandante de las Fuerzas Armadas ..	21
1.5 Integración de la Fuerza Pública	22
1.6 Organización del Cuerpo de Policía.....	24
1.7 Régimen especial de Carrera de la Policía Nacional.....	27
1.8 Funciones de la Policía Nacional.....	28
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	30
2.2 Vía Jurisdiccional o de Acción	42
2.3 Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento de Derecho	42
3. ACTO ADMINISTRATIVO.....	44
3.1 Decisiones Discrecionales.....	44
3.2 Discrecionalidad y Arbitrariedad	48
3.3 Razonabilidad y Racionalidad como elemento de la Discrecionalidad	49
3.4 Principio de Proporcionalidad	50
3.5 Motivación de la Decisión Discrecional.....	52
4. CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINSTRATIVA DE LA POLICÍA NACIONAL POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO.	59

5. PROCEDIMIENTO INTERNO PARA LA APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO Y POR RAZONES DEL SERVICIO EN LA POLICÍA NACIONAL.....	62
6. APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO Y POR RAZONES DEL SERVICIO POR PARTE DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.....	67
6.1 Acción de Tutela y su carácter excepcional frente a los actos administrativos discrecionales.....	83
7. FINALIDAD DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA POLICÍA NACIONAL.....	86
8. CASOS DE APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	89
9. CONCLUSIONES.....	94
10. BIBLIOGRAFÍA.....	97

RESUMEN

El presente estudio permite establecer los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la Discrecionalidad Administrativa que opera dentro de la Policía Nacional en Colombia, cuando el Director General de ésta institución desvincula a los miembros mediante un acto administrativo de carácter discrecional.

El abordaje de ésta situación se presenta teniendo en cuenta los recientes fallos de los altos tribunales en los que se plantea por una lado que dicha medida debe estar ajustada a los principios Generales del Derecho y aquellos principios propios de la discrecionalidad como los de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad con apego estricto del debido proceso administrativo según la Corte Constitucional y por otro lado que el acto administrativo de carácter discrecional debe estar fundado en razones objetivas y en procura del mejoramiento del servicio público; en ambos casos sin incurrir en arbitrariedad o confusión con conceptos jurídicos indeterminados; para efectos de contribuir en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Colombiano.

Palabras Claves: Discrecionalidad; arbitrariedad; razonabilidad; racionalidad; debido proceso.

ABSTRACT

This study establishes the criteria of jurisprudence of the Constitutional Court and the State Council on Administrative Discretion operating within the National Police in Colombia , where the Director General disassociated members of the institution by a discretionary administrative act .

The approach to this situation is presented taking into account recent judgments of the highest courts in which arises on the one hand that the measure should be set to general legal principles and those principles inherent in the discretion such as reasonableness , rationality and with strict proportionality of administrative due process according to the Constitutional Court on the other hand that the discretionary administrative act must be based on objective and in pursuit of public service improvement , in both cases without incurring arbitrariness or confusion with concepts indeterminate legal , for the purpose of contributing to the fulfillment of the essential purposes of the Colombian state.

Keywords: Discretion; arbitrariness; reasonableness; rationality; due process.

GLOSARIO

ARBITRARIEDAD: Conducta antijurídica e ilegítima de los órganos del Estado

CARRERA POLICIAL: Régimen especial para la regulación del ingreso, ascensos, retiro y permanencia al servicio de esta organización, de conformidad con el artículo 218 superior y respecto del cual la ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

CARRERA ADMINISTRATIVA: La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de talento que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y el ascenso.

DEBIDO PROCESO: Manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas.

DESVIACIÓN DE PODER: Prosecución de fines distintos o incompatibles con aquellos para cuya obtención se ha asignado un cierto poder a su titular.

DISCRECIONALIDAD: Poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de una decisión dentro de límites justos y ponderados.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Es un deber ser: que las autoridades sometan su actividad al ordenamiento jurídico al cual todo ejercicio del poder público y no a la voluntad de los funcionarios.

PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD: Prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, la efectividad de los derechos, la necesidad de asegurar plenamente la vigencia de los principios, valores, derechos, deberes y fines constitucionales.

RACIONALIDAD: Ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano.

RAZONABILIDAD: Juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad.

RAZONES DEL SERVICIO: Es la proyección misma de las funciones de la Policía, que en la fórmula constitucional según el artículo 218 Superior, corresponden al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

INTRODUCCIÓN

En la presente monografía, se presentará un estudio profundo de los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y Consejo de Estado respecto de la aplicación de la Discrecionalidad Administrativa del Director General de la Policía Nacional para retirar del servicio activo de la institución a sus miembros, por cuanto en la actualidad cobra mayor importancia las actuaciones de la Administración que en caso de ser injusta y arbitraria, se optara por los mecanismos jurídicos proporcionados por el legislador para ejercer un control sobre ellas, especialmente las de carácter discrecional. En ese sentido, se busca desarrollar el siguiente:

OBJETIVO GENERAL

Analizar los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y Consejo de Estado frente a la Discrecionalidad Administrativa en la Policía Nacional.

Este estudio, se realizará teniendo en cuenta los recientes fallos de Tutela de la Honorable Corte Constitucional en su sala de revisión y pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, los cuales recolectan importante información sobre el procedimiento que debe seguir el órgano encargado de recomendar el retiro de la institución de un miembro de la Policía Nacional, para evitar que el acto administrativo que lo materializa este viciado de nulidad, según las causales previstas en el inciso 2 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, las cuales procederán cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió, la cual deberá ser alegada ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sin excluir la posibilidad de acudir a la acción de

tutela como mecanismo transitorio con el fin de proteger los derechos fundamentales de defensa y debido proceso y determinar si existe o no su vulneración. De este modo se pueden desarrollar los siguientes:

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Interpretar las unidades de medida de la discrecionalidad administrativa en la policía nacional según la Corte Constitucional y Consejo de Estado.
- Examinar si el acto administrativo discrecional de retiro por razones del servicio y por voluntad del gobierno en la policía nacional requiere motivación alguna según la Corte Constitucional y Consejo de Estado.
- Conocer si la discrecionalidad administrativa en la policía nacional puede confundirse con arbitrariedad a la luz de los fallos de la Corte Constitucional y Consejo de Estado.

Finalmente, por tratarse de un tema de actualidad, sobre el cual es escasa la doctrina colombiana, se limitará a interpretar los pronunciamientos y criterios de la Honorable Corte Constitucional y Consejo de Estado, teniendo en cuenta la legislación actual que faculta al Director General de la Policía para prescindir de los servicios de un miembro activo de la institución, por la simple voluntad del Gobierno y por razones del servicio, sin importar el tiempo y rango.

Así mismo, se pretende aportar ideas a un campo tan complicado en lo jurídico. No obstante, debe ser objeto de estudio, análisis y compromiso profesional de muchos abogados y estudiantes del derecho en premura por la adecuada aplicación de la facultad discrecional de la Policía Nacional en Colombia.

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1.991

1.1 Colombia como Estado Social de Derecho fundada en el respeto de la dignidad humana.

A raíz de la expedición de la Constitución de 1.991 se le da a Colombia la categoría de un Estado Social de Derecho, situación de importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. En este sentido la Corte Constitucional planteó *“lo primero que debe ser advertido es el término “Social”, ahora agregado a la clásica fórmula de Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y el Estado”*.¹; ésta Corporación, sentó un notable precedente en el ordenamiento jurídico, por cuanto sin dejar a un lado las normas legales, da una mayor importancia al ser humano con principios, derechos y garantías fundamentales dentro de la sociedad.

Dentro del Estado de Derecho, existe una garantía fundante que debe estar presente en todas las actuaciones estatales, sin tener en cuenta el sujeto sobre cual recaiga; tanto es así, que la garantía de los derechos humanos se encuentra cimentada en ella, la “Dignidad Humana” como esencia natural de los hombres y mujeres; cuya aplicación debe ir de la mano con los criterios de igualdad que la misma Constitución ha establecido para contribuir en el cumplimiento de los fines del Estado según el artículo 2 superior.

La consagración de la dignidad humana en la actual Constitución, obedeció a la necesidad de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, que se predicaba en la carta de 1.886 con su fórmula clásica del Estado liberal, de ahí que, el estado constitucional de la época afirmó que *“de nada sirve una buena lista*

¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-406 del 5 de Junio de 1.992 Expediente T-778 M.P. Ciro Angarita Barón.

de derechos si no se tiene en cuenta el proceso de aplicación". Así por ejemplo, cuando existe un conflicto entre dos o más derechos, la pregunta salta a la vista, ***¿cuál debe primar?***

Así las cosas, los servidores públicos están en la obligación de tratar a toda persona sin distinción alguna tal y como lo manifiesta los artículos 1º, 5º y 13º superior. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.

La dignidad humana como principio fundamental no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades, por esta razón antecede a todo el articulado constitucional.

En este sentido, la Corte Constitucional presentó en una de sus sentencias de tutela:

“que el hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de auto determinarse. Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la auto realización individual y social. “que una administración burocratizada, insensible a la necesidad de los ciudadanos o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundamentales del estado social de derecho”²

Como Estado de Derecho fundado en el principio de la dignidad humana, en la prevalencia de los derechos de la persona, tiene consecuencias normativas muy precisas, tanto a nivel general, como en particular en el diseño de las estrategias de seguridad y defensa.

² Sentencia de la Corte Constitucional T – 499 de Agosto 21 de 1.992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así, esa fórmula constitucional implica una proscripción de cualquier asomo totalitario. En efecto, como es sabido, los estados totalitarios como en nazismo y el fascismo que se desarrollaron en Europa entre las dos guerras mundiales tenían algunos rasgos distintivos: eran no solo regímenes de terror sino naciones en donde no existían límites entre el estado y la sociedad, de suerte que *“la sociedad era absorbida por el Estado”*³, además en ese tipo de sociedades las personas estaban al servicio del estado, que era considerado un fin en sí mismo.

En un sentido radical y opuesto a este tipo de filosofías políticas, la Constitución de 1.991, que es esencialmente personalista y no Estatalista, hace de la dignidad y los derechos de la persona la base del Estado, y por ello, en vez de poner al individuo a servicio del Estado, pone a las autoridades al servicio de la comunidad de las personas.

1.2 Omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.

El artículo 6° de la Constitución Política de 1.991, establece que el Estado colombiano por mandato constitucional es responsable por las acciones, omisiones y extralimitaciones en el ejercicio de las funciones de sus servidores públicos; de ahí que la Corte Constitucional estableció que *“equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la Ley, los funcionarios del Estado tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas”*⁴. Ello implica que quien ostenta el poder deber estar legitimado en sus actos con autorización legal previamente establecida, permitiendo que la función pública se

³ Mussolini discurso en la Scala “Todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado” – Constitución Política de Colombia comentada LEYER.

⁴ Corte Constitucional Sentencia C-337 de Agosto 19 de 1.993 Expediente D-296 M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

oriente a la satisfacción de las necesidades sociales y al aseguramiento de los intereses colectivos y no a la realización de los intereses de los servidores públicos, a través de conductas caprichosas, arbitrarias o con abuso del poder; las cuales no son de recibo en el Estado Social de Derecho, atentando con el preámbulo y el artículo 2° de la misma; por cuanto no es proporcionado otorgar al servidor público lo que está adecuado para los particulares.

Así las cosas, los servidores del estado pueden hacer lo que la ley les permite para efectos del buen funcionamiento de la administración.

El artículo 124 superior, ordena al legislador establecer el régimen de responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva; responsabilidad como concepto del Estado de Derecho, que se resume así:

- ✓ **Responsabilidad Patrimonial** (Artículo 90° Constitución Política de Colombia, Ley 678 de 2.001).
- ✓ **Fiscal** (Ley 610 de 2.000, Contraloría General de la Republica).
- ✓ **Penal** (Ley 599 de 2.000, Delitos contra la administración Pública: Peculado, Cohecho, Abuso de Autoridad, Prevaricato).
- ✓ **Política** (Moción de Censura)
- ✓ **Disciplinaria** (Ley 734 de 2.002)

1.3 Debido Proceso como derecho fundamental en actuaciones judiciales y administrativas.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, establece que, “*el Debido Proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o

administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. El respeto al debido proceso le impone a quien asume la dirección de la actuación, sea judicial o administrativa, la obligación de observar, el procedimiento establecido en la ley con el fin de preservar las garantías de quienes se encuentran inmersos en una relación jurídica, que conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho.

El Debido Proceso es exigente en materia de legalidad, puesto que además de exigir el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos, requiere que lo haga en la forma que lo determina la ley, por esta razón, la Corte Constitucional ha sido clara al sostener que *“el Debido Proceso es el mayor celo en el respeto de la forma en los procesos sancionatorios”*⁵

Se tiene entonces, que previa investigación, se debe proteger a la persona objeto de la misma con su dignidad, su personalidad y su desarrollo, con el fin de garantizar y preservar los principios, derechos y garantías de constitucionales como defensa y contradicción en un procedimiento administrativo o judicial.

Al respecto, la Corte Constitucional en diversos fallos de tutela ha reiterado su posición acerca de lo que debe entenderse por prevalencia del derecho sustancial sobre las meras formalidades, analizando precisamente el requisito de la presentación personal. En ese sentido en la Sentencia T-1021 de 2002, señaló lo siguiente:

"El derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelanta e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses. La administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho y cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución. En efecto, si el administrado no está de acuerdo con una decisión de la administración que le afecte sus intereses

⁵ Corte Constitucional Sentencia T-521 de Septiembre 19 de 1.992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

tiene derecho a ejercer los recursos correspondientes con el fin de obtener que se revoque o modifique"...

"Ya ha sostenido la Corte que "las formalidades son un medio de concreción del derecho sustancial y no un fin en sí mismo". Es claro que las exigencias formales que consagra la ley para darle validez a ciertos actos deben ser observadas y tenidas en cuenta, pero su verificación no puede conllevar a que se sacrifiquen derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa o el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial".

Ahora bien, la finalidad de los principios contenidos en el mencionado artículo 29 es la de preservar el Debido Proceso como garantía de la libertad del administrado. De esta forma ha sentado un precedente la Corte Constitucional en el sentido de que *"La presunción de inocencia solo puede ser desvirtuada mediante una mínima y suficiente actividad probatoria por parte de las autoridades represivas del Estado"*⁶.

Dentro del procedimiento judicial, son aplicables las reglas de un proceso legal justo, por fuerza deben ellas extenderse a las decisiones de la administración, en las cuales el riesgo de arbitrariedad es más alto y mayor la posibilidad de manipular mediante la instrumentación personificada el ejercicio del poder; que como se verá más adelante, constituye un causal de ilegalidad de los actos administrativo a la luz del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como se ha mencionado, toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se le adelante un procedimiento mínimo que incluya la garantía de su defensa. Por cuanto nuestro Estado es un Estado Social de Derecho, en el que existe una prevalencia de los derechos inalienables de la persona humana desplazando pero no en importancia la situación de privilegio que ostentaba la administración obligando a ejercer las funciones públicas de acuerdo a los fines esenciales del Estado, uno de los cuales es precisamente, *"la garantía de eficacia*

⁶ Corte Constitucional Sentencia T-490 de Agosto 13 de 1.992 Expediente T-1973 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de los derechos, y principios consagrados en la Constitución”, así lo ha estipulado nuestra Carta Superior en su artículo 2º.

En consecuencia, las sanciones administrativas impuestas de plano, por ser contrarias al debido proceso éstas proscritas en el ordenamiento superior, así lo ha establecido la Corte Constitucional.

Así entonces, aquellas actuaciones conflictivas que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de la administración depende de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la norma legal.

La Corte Constitucional en Sentencia C – 980 de 2.010, al referirse al debido proceso contempló como derechos de ésta garantía procesal **el derecho a obtener decisiones motivadas**, producto de un minucioso procedimiento administrativo que en materia de retiro por razones del servicio y voluntad del gobierno de la policía nacional se convierte en el requisito que garantiza un debido proceso.

De lo anterior, se puede inferir que en Colombia, están proscritos aquellos eventos en los que antes de iniciar cualquier alguna investigación ya sea de tipo administrativa o judicial, no medie notificación alguna, o no se le permita a quien es objeto de tal situación, conocer las circunstancias que llevan a determinada autoridad a tomar tal decisión, como se verá más adelante ha ocurrido en algunos eventos en lo que atañe al retiro de miembros de la policía nacional mediante decisiones discrecionales.

1.4 Presidente de la República como supremo comandante de las Fuerzas Armadas

El orden público, implica que todos los Estados estén sujetos a la existencia de unas condiciones mínimas que le permita a la organización jurídica estatal ofrecer a sus miembros la posibilidad de vivir correcta y normalmente en comunidad. Esas condiciones están constituidas por la tranquilidad, seguridad y salubridad para su buena marcha. De esta manera que *“el Estado debe tomar las medidas necesarias para evitar que se presenten fallas en esas condiciones o, por lo menos, para impedir que las fallas se prolonguen cuando ya se han presentado”*⁷ Esta facultad se conoce jurídicamente con el nombre de poder de Policía, el cual está dado a diferentes autoridades, es el Presidente de la República el principal encargado de utilizarlo. Así, la Constitución Política le confiere ese poder en dos grados diferentes. Por una parte, un poder de policía normal u ordinario consagrado en el numeral 4 del artículo 189 superior, según el cual le corresponde al presidente *“conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”*

Ahora bien, el Presidente de la República por mandato constitucional es el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República, esto es, que los cargos de Comandante General de las Fuerzas Militares, Jefe del Estado Mayor Conjunto, Comandantes del Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana y el Director General de la Policía Nacional, aun cuando forman parte de la jerarquía de las Fuerzas respectivas, son cargos respecto de los cuales el Presidente de la República se encuentra facultado para proveerlos, según su criterio, en ejercicio de la atribución que le asigna el artículo 189 numerales 13 y 3º, de la Constitución Política, pues ellos no han de ser provistos por concurso, ni su designación corresponde a otros funcionarios o corporaciones ; y, además,

⁷ Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimocuarta edición, Libardo Rodríguez R, Editorial Temis S.A, Bogotá Colombia 2005.

competite a la dirección de la fuerza pública y a la disposición de ella por el Presidente, como comandante supremo de las Fuerzas Armadas de la República.

1.5 Integración de la Fuerza Pública

La Constitución Política como la Ley, han determinado la organización e integración de la Fuerza Pública de la siguiente forma; las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, las cuales ejercen el monopolio de la fuerza de manera legítima.

Las Fuerzas Militares están conformadas por el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea, organismos encargados de velar por la defensa y el orden de la Nación. Entre sus funciones prioritarias se encuentran las que demanda la Constitución del año 1991, tales como: velar por la defensa del territorio, de la soberanía, de la independencia, así como velar por el mantenimiento del orden constitucional.

La Policía Nacional, por su parte, es un cuerpo armado al igual que las fuerzas militares, encargada de mantener el orden público interno, pero es de naturaleza civil, tal como lo manifiesta el artículo 218 superior. Entre sus funciones principales está la del mantenimiento del orden y las condiciones necesarias para el libre ejercicio del derecho y las libertades públicas, el asegurar a los individuos una convivencia pacífica dentro del territorio nacional.

Existen tres características especiales que tiene la Fuerza Pública para lograr un efectivo desarrollo de sus funciones:

- La Fuerza Pública no es deliberante; es decir, no se puede sindicalizar, no se puede reunir fuera del orden de la autoridad legítima, sus miembros no pueden sufragar mientras estén activos en el servicio y en ningún caso pueden intervenir en actividades de partidos políticos.

- La Fuerza Pública está obligada a la noción de obediencia debida; es decir, los miembros de grados inferiores deben siempre obedecer las órdenes de su superior inmediato (sólo en el caso de la fuerza pública, nunca en el de los civiles); sin embargo, las órdenes que vayan en contra de los derechos humanos pueden ser alegadas por el subalterno.
- La Fuerza Pública goza del fuero militar; es decir, ésta no responde ante la justicia penal ordinaria, sino que lo hace ante los Tribunales Militares. El fuero militar es utilizado sólo cuando los hechos que se juzgan están relacionados con acciones llevadas a cabo durante el servicio.

De los dos cuerpos que conforman la fuerza pública, únicamente la Policía Nacional cumple funciones de policía judicial, lo que se explica en razón de su fin primordial orientado a velar por el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas. Se confirma así el esencial papel de tutela de la libertad que es propio de la policía judicial y que por lo mismo se pone en acción cuando el individuo se enfrenta al poder punitivo del Estado.

Por su parte las fuerzas militares, en atención a sus objetivos constitucionales, carecen de competencia en materia de policía judicial. En verdad, desnaturalizaría su fisonomía, atribuir a las fuerzas militares funciones de policía judicial.

Las fuerzas militares exhiben un carácter estrictamente jerarquizado y adoptan una disciplina absolutamente refractaria a que las órdenes superiores sean discutidas o discutibles por sus destinatarios. La Constitución, de otra parte, propicia este régimen, considerado indispensable para conservar la unidad y garantizar el desempeño eficaz de su cometido. De lo contrario no se entendería cómo se exima de responsabilidad al militar en servicio que ejecuta en detrimento de alguna persona una instrucción inconstitucional impartida por su superior

artículo 91°, . A este respecto se lee en el informe-ponencia sobre fuerza pública presentado a la Asamblea Nacional Constituyente:

*“En este artículo, es necesario establecer la diferencia entre la orden militar y la orden reflexiva. La primera es de estricto cumplimiento y sólo es responsable el superior que la imparta, y la segunda se aplica a la Policía Nacional, y ésta puede impugnarse cuando eventualmente entrañe violación a la Constitución, a la ley, al reglamento o sea inconveniente; es decir, en esta última, responde tanto el superior que la emite como el subalterno que le da cumplimiento; además, para la orden judicial, el dolo es personal e intransferible”.*⁸

En este orden de ideas, adscribir a las fuerzas militares una dualidad de funciones (la militar y la de policía judicial) e imponer una correlativa dualidad de jerarquías (el superior en el rango y la Fiscalía General de la Nación), desvertebra su estructura, quebranta la necesaria unidad de mando y en modo alguno asegura que en caso de conflicto entre las dos funciones no descartable dentro del clima de confrontación armada que se vive en varios lugares del territorio nacional y que ha obligado a las fuerzas militares a robustecer su presencia y multiplicar sus operativo prime la de policía judicial.

1.6 Organización del Cuerpo de Policía

EL maestro Libardo Rodríguez R, sostiene en su libro de Derecho Administrativo General y Colombiano 2.005 que “en la actualidad existen diversas acepciones de la noción de policía. El concepto de policía es multívoco por cuanto tiene al menos cuatro significaciones diversas en el régimen Constitucional Colombiano. De un lado, se refiere a unas formas de actividad del Estado ligadas con la preservación y restablecimiento del orden público: es el poder, la función y la actividad de la policía administrativa. De otro lado, se refiere a las autoridades encargadas de desarrollar tales formas de actividad: son las autoridades administrativas de policía. En tercer término, la policía es también un cuerpo civil de funcionarios

⁸ Sentencia Corte Constitucional C-34 de Febrero 8 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

armados: la Policía Nacional. Finalmente, esta noción se refiere a la colaboración que pueden prestar ciertos cuerpos a las autoridades judiciales para el esclarecimiento de los delitos: es la Policía Judicial.

Estos fenómenos están a veces ligados entre sí; así la Policía Nacional ejerce funciones de Policía Judicial, bajo dirección judicial y ejecuta materialmente actividades de Policía Administrativa por orden de autoridades Administrativas de Policía. Pero es necesario diferenciar esos conceptos para evitar confusiones.

Por una parte, existe la Institución de la Policía Nacional, como parte integrante de la Fuerza Pública, y a la cual sería más correcto denominar Fuerzas de Policía. Por esta razón, la Institución Policial se encuentra regulada en el Título VII de la Constitución Política relativo a la rama ejecutiva del Poder Público y en su artículo 218 ibídem consagra su naturaleza.

La Policía Nacional se distingue entonces de las Fuerzas Militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las órdenes que reciban. La Policía Nacional como autoridad Administrativa, cumple funciones preventivas mas no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales. En el ejercicio de la función de Policía Judicial. El cuerpo policial tiene que actuar dentro del respeto de los derechos humanos, y tiene como finalidad esencial mantener las condiciones necesarias para el goce de los derechos y libertades de los ciudadanos, y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, así lo ha dispuesto el constituyente de 1.991; constituyéndose como mecanismo preventivo de protección de los derechos humanos.

Ahora bien, la doctrina contemporánea define la Policía Administrativa en términos generales *“como el conjunto de medidas coercitivas utilizables por la*

administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública y así lograr la preservación del orden público”⁹

De esta forma, se ve, que la distinción que existe entre estas dos acepciones de la Policía. Mientras que la Policía Administrativa, en sentido técnico implica un poder jurídico de tomar decisiones que limitan la libertad y propiedad de los particulares, las Fuerzas de Policía tienen una misión de ejecución material, siendo sus funcionarios agentes de ejecución, que no realizan actos jurídicos, sino operaciones materiales. Además, no siempre hay coincidencia entre los fines perseguidos por la Policía Administrativa y por las Fuerzas de Policía. La Fuerza Policial busca lograr coactivamente el respeto al ordenamiento jurídico. Para eso debe asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Policía Administrativa, principalmente el aseguramiento del orden público, pero también las fuerzas policiales persiguen finalidades ajenas a la estricta Policía Administrativa.

Por otra parte, se tiene, que la noción de Policía Judicial es el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de delitos y en la captura de delincuentes. No se trata de dos especies de un género común, sino que la Policía Judicial es una denominación que se emplea para aludir a las Fuerzas de Policía, en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales. Por eso, la concepción moderna de la Policía Judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica, y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de fiscales.

Ahora bien, la distinción que hace la doctrina entre ambas policías la Corte lo ha considerado de la siguiente forma:

⁹ Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimocuarta edición, Libardo Rodríguez R, Editorial Temis S.A, Bogotá Colombia 2005.

“Este carácter eminentemente preventivo de la Policía Administrativa, la distingue de la Policía Judicial encargada fundamentalmente de reprimir los atentados contra el orden público, una vez que ellos hayan ocurrido. La distinción entre ambas policías es importante no solo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas, sino porque en la práctica numerosas acciones de la policía son mixtas y su calificación se funda algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido”¹⁰

Por esta razón, la doctrina ha distinguido entre Poder, Función y Actividad de la Policía; y, la Corte Constitucional comparte y reitera la distinción realizada en tal sentido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 21 de Abril de 1982 con ponencia del Magistrado Manuel Gaona Cruz.

1.7 Régimen especial de Carrera de la Policía Nacional

El artículo 218 de la Carta Superior en cuanto a la régimen de carrera de la policía nacional dispone que *“la ley determinará su régimen de carrera prestacional o disciplinaria”* Dicha norma está en concordancia con los artículos 219, 220, 221 y 222 superior.

La naturaleza especial de este cuerpo armado que es civil, requiere de un régimen especial, y así lo ha dispuesto el constituyente. Por ello, las normas de carrera del personal de la Policía estaban contenidas inicialmente en el Decreto Ley 41 de 1994, modificado parcialmente por los Decretos 573 de 1995, y las correspondientes a los agentes se encontraban en el Decreto Ley 262 de 1994, modificado parcialmente por el Decreto 574 de 1995 y Decreto 1791 de 2000.

Estas disposiciones regulan integralmente todo lo relacionado con la jerarquía, clasificación y escalafón; administración de personal (ingreso, formación,

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-425 M.P. Ciro Angarita Barón.

ascensos); sistema de evaluación; destinaciones, traslados, comisiones y licencias; y la suspensión, el retiro y la incorporación, entre otras materias.

Por esta razón es absolutamente lógico sostener que el régimen de carrera de los miembros de la Policía Nacional no puede ser igual al de los demás servidores civiles del Estado, porque si esto no fuera así, en primer lugar, no se hubiera consagrado en la Constitución Política, en el capítulo especial para la Fuerza Pública, y en segundo lugar, porque la delicada misión que deben cumplir los Policías de Colombia, y la confianza depositada en ellos por la sociedad para el manejo de las armas, impone la necesidad de darles un tratamiento que debe incorporar determinados parámetros discrecionales, para que, en un momento dado, el mismo Estado, a través de sus gobernantes, pueda conjurar situaciones excepcionales, que de no ser así, se volverían incontrolables y sus consecuencias podrían degenerar en graves perturbaciones de orden público, cuya conservación está precisamente en cabeza del Presidente de la República.

A este respecto tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional al señalar lo siguiente:

“Ahora bien, dada la trascendencia y relevancia que para un Estado democrático representan las funciones que desempeñan las Fuerzas Militares así como la Policía Nacional, el legislador ha buscado establecer un sistema de carrera que permita garantizar a sus miembros los derechos que de ella se derivan, como el ingreso en igualdad de oportunidades para quienes aspiran a ser parte de esas instituciones, el ascenso en la carrera por méritos, aptitudes y capacidades, y el retiro del servicio por las causales establecidas en la Constitución, como son: la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario, o por las demás causales previstas por la Carta Política o por la ley”¹¹

1.8 Funciones de la Policía Nacional

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-179 de 2006, M.P. Alfredo Bernal Sierra.

El artículo 2º de la Constitución Política de Colombia, establece como fines esenciales del Estado, los siguientes: *“servir a la comunidad”, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”,* fines que se ajustan de forma directa con la función que le corresponde cumplir al Estado a través de la Policía Nacional, como parte civil de la Fuerza Pública.

Así mismo, la Carta Superior, establece que *“las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*

Según el artículo 218 de la Carta Superior el fin primordial de la policía nacional es *“el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”* la función que corresponde cumplir a este cuerpo es pues de trascendental importancia para el Estado y la sociedad, como que de su accionar depende, por una parte, que los asociados puedan ejercer a plenitud sus derechos y libertades dentro del marco de la Constitución y la ley y, por otra, garantizar la convivencia pacífica dentro del seno de la sociedad Colombiana.

De lo anterior, se puede apreciar claramente que la función que le corresponde cumplir a las autoridades de Policía de manera general, se encuentran establecidas en la Constitución Política y de forma específica en la Ley; así que por fuera de ellas, las autoridades de Policía no deben ejercer actos de acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, por cuanto se vería inmersa en una manifiesta violación a sus mandamientos.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Un importante doctrinante administrativista plantea que:

“La legalidad es un principio fundamentalmente teórico, es un deber ser: que las autoridades sometan su actividad al ordenamiento jurídico. Pero es posible que en la realidad la administración viole ese deber ser, es decir, que no somete su actividad al ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario atente contra él. Se habla, en este caso, de los actos y actividades ilegales de la administración y aparece, en consecuencia, la necesidad de establecer controles para evitar que se produzcan esas ilegalidades o, para el caso en que ellas lleguen a producirse, que no tengan efectos o que, por lo menos, los efectos no continúen produciéndose y se indemnicen los daños que pudieron producirse”¹²

De este modo, para que ese enunciado teórico llamado principio de legalidad tenga efectividad y realidad práctica, es indispensable que el mismo Estado cree medios de control respecto de la administración para evitar en lo posible que se viole aquel principio; cuando la administración viola éste principio, el acto mediante el cual incurre en esa violación es calificado de acto ilegal. Como se ha visto, el principio de legalidad consiste en el respeto a las normas superiores, entonces, se encuentra una causal general de ilegalidad consistente en la violación de una norma jurídica superior.

El maestro Manuel Gabino Fraga comenta que dicho principio tiene su importancia, en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada. Por lo tanto, la autoridad hará lo que expresamente le sea permitido.

No obstante dicho principio, según el autor citado, tiene su excepción en la facultad discrecional, ya que dicha facultad discrecional si bien su punto de partida siempre será la ley, también dicha facultad discrecional implica en su ejercicio el

¹² Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimocuarta edición, Libardo Rodríguez R, Editorial Temis S.A, Bogotá Colombia 2005.

tomar decisiones en vista de criterios de carácter no legislativo y que por consecuencia lógica se le atribuye a la autoridad tomar en cuenta esos criterios para optar o no por determinada decisión, originándose por tanto el realizar actos individuales que no están previstos estrictamente en una disposición general.

Sin embargo, la ley y la Jurisprudencia han desarrollado esa causal general de ilegalidad, estableciendo varias formas mediante las cuales un acto puede violar una norma jurídica superior. Esas formas son las conocidas con el nombre de causales de ilegalidad o anulación, las cuales a la luz de la Ley 1437 de 2011 son: **Cuando el acto administrativo haya sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse; Sin competencia; de forma irregular;** las siguientes causales se trataran de forma general, por considerar que son aquellas con se presentan con mayor frecuencia en el caso que nos ocupa.

Las siguientes definiciones de las causales de anulación son extraídas del libro de Derecho Administrativo General y Colombiano, Décimo cuarta edición, Libardo Rodríguez R, Editorial Temis S.A Bogotá – Colombia 2005.

Falsa motivación: se refiere a los motivos del acto, como lo manifiesta la doctrina, son los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto y cuya existencia lleva al autor del acto a dictarlo.

Esta causal puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión, y el funcionario expira el acto sin que esos motivos se hayan presentado en la práctica, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos.

Por otra parte, esta causal también puede consistir en que los motivos invocados por el funcionario para tomar la decisión no han existido realmente, sea desde el punto de vista material o jurídico y en este caso se habla de la inexistencia de los

motivos invocados, de motivos erróneos, o de error de hecho o de derecho en los motivos.

Como se mencionó anteriormente, las causales de ilegalidad puede encontrarse en los actos administrativos, y en un Estado Social de Derecho como el nuestro, existen unos mecanismos de control para evitar que la administración viole el principio de legalidad.

Desviación de las atribuciones de quien las profirió: Consiste, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador al otorgarla.

Esa finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar la competencia es, en primer lugar, el interés general. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista ideológico o caprichoso, ese acto sería ilegal por desviación de poder.

Esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión. En muchas ocasiones la norma no expresa la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual será el juez quien deberá determinarla utilizando elementos accesorios como los antecedentes de la norma.

En relación a esta teoría se puede comentar las diferentes opiniones que hay en los diferentes países. Al respecto para la doctrina norteamericana nos manifiesta que habrá desvío de poder cuando la administración, haciendo uso de facultades

discrecionales emite un acto notoriamente injusto o irracional, quedando al particular opositor la carga de la prueba. La doctrina francesa nos comenta que la desviación de poder aparece cuando se persigue un fin que no es aquél que en el caso debía perseguir, al obedecer el órgano administrativo un motivo distinto del que conforme al sentido implícito de la ley debió tomar en cuenta. Y es en Francia donde nace esta figura la cual ante la actitud del órgano administrativo de perseguir un fin distinto del que señalara la ley expresa o tácitamente para su actuar.

La Corte Constitucional, el Consejo de Estado de Francia y Colombia, diferentes autores nacionales y extranjeros dentro del campo del derecho administrativo, han determinado que la institución de la desviación del poder comporta el ejercicio de una competencia atribuida a un órgano estatal en desarrollo de la función administrativa, que se utiliza con un propósito diferente a la satisfacción de los fines públicos en vista de los cuales aquella fue otorgada.

El referido vicio, en concepto de Eduardo García de Enterría, no solo se presenta cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que *“abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”*.¹³

Es de observar, que las técnicas de control de legalidad que aplica la jurisdicción de lo contencioso administrativo han sido elaboradas bajo la idea de asegurar un control integral y efectivo a la actividad de la administración, sea ésta discrecional o que implican que ella pueda acudir a la auto tutela, es decir, tanto a la imposición unilateral de obligaciones a los administrados (privilegio de la decisión previa), como el cumplimiento forzado de éstas (privilegio de la acción de oficio),

¹³ Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, página 443, Eduardo García de Enterría.

sin intervención judicial. *“De este modo la rigurosidad del referido control es precisamente la contraprestación que la administración debe pagar por el ejercicio de dichas prerrogativas y su sometimiento a la legalidad”*¹⁴

Las referidas técnicas han estado dirigidas a controlar la regularidad formal del acto, esto es, a verificar que ha sido expedido por una autoridad competente y según las formas prescritas. Ello corresponde a dos aspectos sobre los cuales recae el control. La incompetencia y el vicio de forma (se advierte que en la sentencia C-546/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz se consideró para los efectos del control constitucional que el vicio de incompetencia en la expedición de un acto es un aspecto sustancial o material y no formal).

Pero igualmente aquellas se han orientado a comprobar la regularidad material del acto, o sea la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independiente de las intenciones de quien lo produjo, o desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si ésta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia.

En control material del acto, comprende entonces, no solo la conformidad de éste con la ley (violación de la ley), la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino la legitimidad de su finalidad (desviación de poder).

Al decir de Georges Vedel *“la utilidad de la desviación de poder subsiste como último remedio en ciertas hipótesis, es decir, en general cuando la ilegalidad no puede ser descubierta mediante ningún control de naturaleza objetiva”*. Ello es indicativo de que esta modalidad de control judicial de los actos administrativos, es autónoma e independiente de las demás a las cuales ya se ha hecho referencia.

¹⁴ Derecho Administrativo, Georges Vedel, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, página 486.

Algunos autores que han abordado el estudio del tema de la seriación del poder del legislador han expresado las dificultades de admitir, sin reserva alguna, la introducción de esta figura del derecho administrativo en el control constitucional. Así, el tratadista Alessandro Pizzorusso expresa:

*“La cuestión es más compleja por lo que se refiere al vicio de exceso de poder, entendido como “desviación de poder”, es decir, como prosecución de fines distintos o incompatibles con aquellos para cuya obtención se ha asignado un cierto poder a su titular, de acuerdo con una de las “figuras sintomáticas” de este tipo de vicio, aisladas por los iusadministrativistas. No puede descartarse, en el marco de una constitución rígida, el que se den casos de este tipo de vicio, puesto que nada impide el que las normas constitucionales, además fijar principios o preceptos, más o menos generales, incorporen indicaciones de objetivos que el legislador ordinario habrá de atender en el ejercicio de sus funciones”.*¹⁵

Cita también el autor decisiones del Tribunal Constitucional de Italia, que consideran la existencia de la desviación de poder cuando se adopta una ley de interpretación auténtica dirigido a corregir un precedente judicial.

La Corte Constitucional, en Colombia, es igualmente consciente de las dificultades que conlleva la adopción de la figura de la desviación de poder como se la concibe en el derecho administrativo, esto es, como una causal autónoma para controlar la legalidad de los actos administrativos, por las siguientes razones:

- Las competencias otorgadas por el legislador a la administración, sean regladas o discrecionales, tienen como propósito el establecimiento de políticas, criterios, opciones o mandatos específicos que deben ser cumplidos, con miras a asegurar el cumplimiento de los cometidos asignados a aquella, según las finalidades propias del Estado social de Derecho, los cuales se vinculan con la satisfacción de los intereses públicos o sociales. De este modo, las competencias asignadas buscan el desarrollo concreto de fines ideados por

¹⁵ Lecciones de Derecho Constitucional Tomo II, páginas 18, Alessandro Pizzorusso.

el legislador, los cuales vinculan a la administración en el compromiso de actuar e intervenir en la satisfacción de intereses comunitarios generales o específicos.

- En las competencias que el legislador confiere a la administración, aparece en menor o mayor grado acentuada la delimitación de la actividad de los órganos administrativos, a los cuales se les impone, por consiguiente, un cierto deber ético a sus actuaciones, en el sentido de que deben justificar sus decisiones con las finalidades perseguidas, adecuando éstas a un patrón de legitimidad o validez que está enmarcado en la satisfacción de los intereses públicos o sociales. Corresponde al juez administrativo controlar la legitimidad de dichos fines. De este modo “la desviación de poder incorpora a la legalidad ciertos principios de moralidad cuya observancia el juez estima necesaria” (Georges Vedel. Ídem página 513). Esto no resulta exótico, si se tiene en cuenta que la moralidad es un criterio orientador de la función administrativa (artículo 209 C.P).
- El legislador, por el contrario, goza de un amplio margen de libertad política para la conformación de la norma jurídica legal, la cual sólo encuentra límites, en general, en los principios, valores constitucionales y en los derechos que se reconocen a las personas, o específicamente, en ciertas restricciones que en determinados casos le son impuestas.

No obstante el amplio margen de libertad del legislador, su actividad igualmente encuentra limitantes en los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y finalidad que son de rigurosa observancia en la elaboración de las reglas de derecho, como reiteradamente lo ha reconocido esta Corporación.

A la Corte Constitucional se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos que le señala el artículo

241 superior. Ello indica que el ejercicio del control constitucional por la Corte Constitucional, le impone a ésta la obligación de verificar si la norma sometida a su examen viola o no los mandatos de la Constitución. Es en esencia un control que impone necesariamente la confrontación directa de la norma acusada con las disposiciones de la Constitución; de dicha confrontación puede deducirse la existencia o no de la violación.

La Honorable Corte Constitucional admite la posibilidad de que se pueda invocar la desviación de poder o de las atribuciones propias del legislador que la Constitución le confiere, como motivo para excluir el ordenamiento jurídico una disposición inconstitucional, pero advierte que aquella no es, como en el derecho administrativo, una causal que pueda invocarse en forma autónoma para pretender la declaración de inconstitucionalidad de una norma; se requiere, por consiguiente, que se alegue y se demuestre por el demandante, en cada caso, que la finalidad perseguida por el legislador es contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales.

No obstante, es necesario hacer las siguientes precisiones:

- En principio, los criterios o razones de oportunidad o de conveniencia plasmados en la decisión política del legislador al expedir la ley no pueden ser materia del control constitucional, pues éste es esencialmente jurídico y no político. Sin embargo, los aludidos criterios pueden ser examinados por la vía de dicho control, cuando quiera que la norma legislativa se encuentre en contradicción con disposiciones de la Constitución de cuyo contenido pueda evidenciarse una finalidad ilegítima.
- La actividad de iniciativa legislativa, eminentemente discrecional, sin duda, puede estar determinada por intereses, prejuicios y motivaciones diversas de

los miembros de la célula legislativa, que pueden dar origen a alianzas o conciertos dirigidos a producir una ley de determinada materia. Pero esta circunstancia, por sí sola, no puede ser el fundamento de la alegación de la desviación de poder, aun cuando no se descarta la posibilidad de que los móviles que dieron origen a su expedición puedan ser idóneos para inferir dicha desviación, siempre que resulte ilegítimo el fin perseguido en la ley a la luz de los preceptos de la Constitución.

- La intención que movió a los congresistas a expedir una ley, constituye un elemento psicológico de muy difícil precisión, porque la ley es el producto inevitable de un haz de voluntades que concurren a su formación y frente a las cuales sería menester auscultar el interés que indujo a cada uno de ellos al presentar, discutir y votar el proyecto respectivo. Por lo tanto, en principio habrá de considerarse, para efectos del control de constitucionalidad, la voluntad del órgano legislativo, expresada a través de las reglas democráticas de la mayoría, sin que ello excluya que con base, principalmente, en el expediente legislativo se pueda establecer la ilegitimidad fin frente a la Constitución, a partir de ciertas inferencias deducidas de la conducta observada por los legisladores en el trámite del proyecto de ley, pero debe tenerse en cuenta que la actuación de estos se encuentra amparada en el principio de la buena fe, y que como representantes del pueblo, titular de la soberanía, gozan de un margen apreciable de libertad para expresar sus opiniones y votar las medidas legislativas que juzgue conveniente u oportunas para los intereses generales.
- La circunstancia de que una ley se refiera en concreto a una persona determinada, o a un grupo o personas determinables, por sí misma no es indicativa de la ilegitimidad en los fines perseguidos por el legislador. En efecto:

A este respecto, se pronuncian los Doctrinantes Esteban Mora Caicedo y Alfonso Rivera Martínez y sostienen que:

“En principio, la actividad del legislador se plasma en reglas jurídicas objetivas, creadoras de situaciones generales, impersonales y abstractas, que regulan la conducta individual y social de los miembros de la comunidad, e igualmente la actividad estatal, con mira a la realización de finalidades de interés general que buscan el desarrollo ordenado, civilizado y pacífico de las actividades sociales, el respeto por la dignidad del ser humano y los derechos y deberes de las personas, en sus diferentes modalidades y manifestaciones”¹⁶

No es lo normal ni usual, que los actos del legislador regulen situaciones subjetivas, particulares y concretas, esto es, que la ley se refiera específicamente a personas individualizadas o que puedan ser determinables. Sin embargo, la Corte ha admitido la posibilidad de las llamadas leyes individuales o leyes medida, bajo ciertas condiciones. Así, en la sentencia C-364 de 1993 con la ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz dijo:

“Para esta Corte la generalidad de la ley es deseable pero en sí misma no es requisito de su constitucionalidad. La ley singular o ley medida, esto es, la destinada a una persona o grupo de personas identificadas o identificables, sólo es admisible si persigue un propósito público plausible y no genera discriminación o desigualdad frente a otros miembros no incluidos en el círculo de las personas cobijadas por sus mandatos”.

El criterio antes expresado fue reiterado en la Sentencia C-094 de 1998 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández, en la cual se señaló que la ley, por regla general, está destinada a regular situaciones futuras previstas en forma objetiva y abstracta y no con carácter subjetivo o particular. Pero bajo ciertas condiciones, una ley con destinatarios concretos o determinados o determinables es legítima desde el punto de vista constitucional. Se expresa en dicha sentencia:

¹⁶ Derecho Administrativo y Procesal Administrativo Teórico Práctico, Editorial Leyer, Octava Edición.

“...una ley no fundada con claridad en el bien común ni en la prevalencia del interés colectivo, por medio de la cual se imponga una obligación exclusiva a una persona, midiendo solo para ella la previsión de los hechos sobre los cuales recaen sus disposiciones, no es compatible con la igualdad, ni realiza la equidad y, por tanto, vulnera la Constitución, especialmente el Preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 13, 123 inciso 2, 133 y 136 numeral 5”.

Así, por haberse preconcebido bajo un designio odioso, no realiza el orden justo e igualitario que preconiza la Constitución Política; no desarrolla los postulados del Estado social de derecho; no respeta la dignidad humana; desvirtúa el concepto de interés general y desconoce los fines esenciales del Estado, particularmente el de garantizar a todos el ejercicio de los derechos que el orden constitucional consagra.

No debe ignorarse que, al tenor del artículo 123 de la Constitución, los servidores públicos y lo son los miembros del Congreso, están al servicio del Estado y de la comunidad, por lo cual los de imparcialidad y objetividad son principio esenciales que inspiran el cumplimiento de sus funciones.

“A no dudarlo, una ley de las características enunciadas, si carece de soporte que la justifique, será inconstitucional. Pero, a la inversa, resulta ajustada a la Carta, aun con su carácter singular, la norma legal que, basada en razones inherentes al bien común, objetivamente establecidas con miras a lograr el equilibrio y la igualdad real y efectiva, adopte medidas aplicables a personas individualizadas, siempre que –considerado el alcance del acto y sus consecuencias- no implique persecución contra ellas. No en vano el artículo 58 de la Constitución vigente –como lo hacía el 30 de la anterior- afirma sin titubeos que “cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.¹⁷

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 228, consagra el principio de la primacía de la realidad sobre la forma, es decir, la prevalencia de lo sustancial

¹⁷ Derecho Administrativo y Procesal Administrativo Teorico Practico, Editorial Leyer, Octava Edicion.

sobre lo formal, la efectividad de los derechos, la necesidad de asegurar plenamente la vigencia de los principios, valores, derechos, deberes y fines constitucionales, impone la idea de un control de constitucionalidad integral que abarque lo formal y lo material, la búsqueda por el juez constitucional de la verdad real y, por consiguiente, el establecimiento y declaración de la voluntad auténtica del legislador en cuanto a la finalidad de la ley, y cuando encuentre que ésta no se adecua a los preceptos de la Constitución deberá expulsar del ordenamiento jurídico las respectivas normas.

En todo caso, la existencia de la ilegitimidad de los fines debe evaluarse de manera estricta en cada caso concreto, en razón de la presunción de constitucionalidad de la ley, con las pruebas que surjan de su trámite legislativo y las que se decreten y practiquen a instancias del actor o de oficio por la Corte, y partiendo del presupuesto de la presunción de la buena fe del legislador (artículo 83 C.P.), conforme a lo expuesto en la sentencia C-094 de 1998, antes citada.

Es necesario aclarar, que el estudio de la ilegitimidad de los fines y su incidencia en la violación de textos concretos de la Constitución no es una novedad. En múltiples pronunciamientos la Corte ha analizado la necesidad, la racionalidad y razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad de medidas legislativas, cuando se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las medidas de Estado de excepción, cuando ha evaluado las limitaciones impuestas por el legislador a los derechos de las personas y, en general, cuando ha examinado ciertos desarrollos normativos con respecto a materia que son de reserva expresa, o tácita del legislador, conforme a la cláusula general de la competencia prevista en el artículo 150 de la Constitución, de esta forma se expresa en la Sentencia C-456 de 1998.

En virtud de lo anterior, y ante la actividad del juez para encontrar la probable existencia o no de desvío de poder, debe buscar entre otros elementos, el fin con que el legislador confirió cierta facultad a determinada autoridad, así como

también analizar con que fin, de hecho, la autoridad en el caso litigioso ha usado sus facultades, comparar así estos dos fines para determinar así la existencia o no de desvío del poder.

2.2 Vía Jurisdiccional o de Acción

Generalmente, la vía jurisdiccional o de acción es la controversia jurídica que se entabla ante la Rama Judicial. Para estos efectos está representada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, integrada por el *Consejo de Estado en el ámbito nacional, los Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos del Circuito en el orden seccional y local.*

Según el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo existen los siguientes medios de control: *Nulidad por inconstitucionalidad, Control inmediato de legalidad, Nulidad, Nulidad y Restablecimiento de Derecho, Nulidad electoral, Reparación Directa, Controversias Contractuales, Repetición, Pérdida de investidura, Protección de lo derechos e intereses colectivos, Reparación de los perjuicios causados a un grupo, Cumplimiento de las normas con fuerza material de ley o de actos administrativos, Nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción, Control por vía de excepción.*

Solo trataré el medio de control de Nulidad y Restablecimiento de Derecho, medio con el que cuenta el miembro de la Policía Nacional desvinculado mediante una decisión discrecional, sin dejar de lado la posibilidad de acudir a la Acción de Tutela.

2.3 Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento de Derecho

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) ha consagrado en su artículo 138 la nulidad y restablecimiento del derecho como medio de control, consistente en que:

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

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

En otros términos, es la facultad que posee una persona perjudicada por un acto administrativo para recurrir a la Rama Judicial con el fin de que se decrete la nulidad de ese acto por ser contrario a la norma jurídica superior, pero que, además, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño causado. Así por ejemplo, ante la destitución presuntamente ilegal de un miembro de la Policía Nacional, este puede acudir al juez administrativo para que anule el acto de destitución y se le restablezca los derechos violados. El restablecimiento de derechos en este caso consistirá en reintegrar al funcionario al cargo y rango del que había sido despojado, que se paguen los sueldos y prestaciones dejados de recibir y que se considere que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios.

Este medio busca ejercer un control jurisdiccional de los actos administrativos y para ejercer respecto a ellos, si es del caso, las sanciones típicas del principio de legalidad.

3. ACTO ADMINISTRATIVO

Es necesario mencionar que el acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de la administración o como lo dice el Doctrinante Colombiano Carlos Ariel Sánchez Torres, “*El acto administrativo es el principal mecanismo jurídico por medio del cual la administración actúa*”¹⁸ En la actualidad, no existe un criterio único para definirlo

Ahora bien, existen diferentes teorías y criterios para determinar el acto administrativo. Para el caso solo se analizará los actos de carácter discrecional.

3.1 Decisiones Discrecionales

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 44 estipula “*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 lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”; para lo cual se puede deducir que las decisiones que adopte la administración en ejercicio de dichas facultades, deben tener fundamento que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario. De tal manera que las facultades discrecionales de la administración no lo son de manera absoluta sino limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación.

Se puede decir, que al hablar de acto discrecional hay que entenderlo como un acto administrativo en el que si bien la administración actúa dentro determinados límites también lo es que goza de determinada libertad, ya que su conducta, análisis y decisión que llega a tomar ante determinado hecho no esta constreñida

¹⁸ Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimocuarta edición, Libardo Rodríguez R, Editorial Temis S.A, Bogotá Colombia 2005.

por normas legales totalmente, sino por la finalidad jurídica a cumplir, que es la satisfacción de la mejor manera del interés público; haciendo lo anterior, mediante la valoración que hace la autoridad de determinados hechos o situaciones que se encuentran en presencia de la misma, tratando de guiarse por datos que representen la oportunidad y conveniencia para la satisfacción de la mejor manera de la finalidad jurídica obligada a realizar, y estando siempre respetando las reglas de la moral y del interés público en las que se encuentra.

Por otra parte la *“Discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la administración y los hechos que le dan fundamento a la misma”*¹⁹

Además, por cuanto la decisión adoptada por la administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas.

Ahora bien, *“En ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el correspondiente acto administrativo”*²⁰

De esta manera, 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 está previamente determinada por la ley.

¹⁹ Sentencia Corte Constitucional T-64 de Febrero 1 de 2007, M.P Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ Sentencia Corte Constitucional C-31 de Febrero 2 de 1995, M.P Hernando Herrera Vergara.

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. 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”.*²¹

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 Corte Constitucional en sentencia C-525 de 1.995 estableció que *“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”*. No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado, ha sentado jurisprudencia a este respecto en los siguientes términos, *“De lo dicho surge, que el rendimiento laboral del empleado, es indicativo de la eficiencia en la prestación del servicio y por esta razón, la sala prohíja en el sub-lite la tesis consistente, en que no resulta justificado prescindir de un servidor que en la última calificación obtuvo un*

²¹ Sentencia Consejo de Estado nº 25000-23-25-000-2001-02066-01(3443-04), Sección Segunda, de 26 de Enero 2006, C.P Alejandro Ordoñez Maldonado.

*resultado satisfactorio y que en la hoja de vida con proximidad al retiro presentó anotaciones positivas*²²

El mismo tribunal, considera necesario precisar que las mentadas calificaciones para que puedan considerarse con la virtualidad de acreditar la eficiencia en la prestación del servicio y de contera, para desvirtuar la presunción de legalidad que rodea el acto de retiro deben consignar no el devenir rutinario de la labor, pues sin lugar a dudas a todo servidor público le corresponde prestar con eficiencia sus funciones sino tendrán que plasmar eventos excepcionales y de reconocido mérito, que resulten contradictorios con la decisión de la administración de hacer uso de la facultad discrecional, y ha planteado que:

*“Siendo así, es incorrecto seguir sosteniendo simplemente que los actos administrativos se presumen legales porque están amparados por el principio de obligatoriedad que los cobija y continuar aceptando irrestrictamente la legalidad de la decisión con el argumento retórico que como se trata de una presunción juris tantum admite prueba en contrario En efecto, para desvirtuar dicha presunción, los hechos antecedentes que se constituyen en la justificación de la decisión, indudablemente se aprecian en la observación de la hoja de vida que consigna el trayecto de eficiencia e ineficiencia en la prestación del servicio”*²³

En este orden de ideas, dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la decisión concreta, atendándose a los objetivos fijados por la Constitución y la Ley ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la

²² Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección 2, Subsección “b” del 3 de agosto de 2006 C.P Alejandro Ordoñez Maldonado.

²³ Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección 2, Subsección “b” 8 de mayo de 2003 C.P Alejandro Ordoñez Maldonado.

administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de Derecho.

Por otra parte, es necesaria la existencia de una ley para que se autorice el ejercicio de un poder, ya sea discrecional o reglado, ya que la discrecionalidad no deviene de un silencio o vacío legislativo, ya que como bien se sabe, el fundamento de la facultad discrecional es la misma legislación, por tanto es de concluir que discrecionalidad no significa ausencia de ley.

3.2 Discrecionalidad y Arbitrariedad

El maestro Miguel S. Marienhoff comenta que la arbitrariedad “*es una conducta antijurídica e ilegítima de los órganos del Estado*”; en cambio la discrecionalidad se desenvuelve en un contexto de juridicidad y es por principio legítima. También así nos comenta el mismo autor, que un acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines de la ley, como lo es el interés público; en cambio un acto arbitrario se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder. Otra diferencia que apuntar, es que la arbitrariedad es una libertad mal orientada; en cambio la discrecionalidad si bien también goza de libertad, también lo es que esa libertad está limitada por un fin, que es la satisfacción de los intereses públicos que marca la ley.

Todo acto de la administración debe sujetarse a un ordenamiento jurídico para que su actuar sea permitido, esto implica la existencia de límites dentro de los cuales la discrecionalidad tampoco escapa.

La discrecionalidad no puede ser una potestad ilimitada de la Administración Pública, apareciendo el Estado Social de Derecho que controlará cualquier

posibilidad de la existencia de un acto caprichoso nacido con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional.

Dentro de los límites que nos señala un Estado Social de Derecho como Colombia, se puede establecer la misma ley, ya que ella establecerá los lineamientos a los que se ha de sujetar la autoridad. En relación a esto, hay que recordar que si bien el ejercicio de la actividad discrecional se desarrolla apoyándose en criterios de carácter no legislativo, tampoco hay que dejar de reconocer que el punto del que parte todo acto de autoridad es la misma ley.

Un límite también importante es el mejoramiento del servicio público, ya que éste es un límite infranqueable al cuál debe sujetarse el acto administrativo discrecional.

Otro límite es por tanto la finalidad a que debe responder la emisión del acto, ya que como bien se ha dicho, no existe la facultad discrecional en cuanto a la finalidad del acto. Y es que el fin sin lugar a dudas será siempre de carácter reglado, dándonos cuenta que el fin necesariamente estará expresamente o implícitamente señalado en la ley, pero que en el último caso el fin de la actividad administrativa se conducirá hacia el bien común.

3.3 Razonabilidad y Racionalidad como elemento de la Discrecionalidad

Según la Corte Constitucional, la facultad discrecional se fundamenta en los principios de razonabilidad, y racionalidad sobre lo cual se tiene que:

"la razonabilidad hace relación a un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad". En cambio la racionalidad, "expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano. Por lo anterior es posible

afirmar que no es improbable que se presente la eventualidad de que un trato desigual racional -el supuesto de hecho, el trato desigual y la finalidad sean coherentes entre sí- no sea razonable, porque la finalidad perseguida no es constitucionalmente admisible, como tampoco cabe desechar que unos supuestos de hecho distintos con una estructura razonable sea objeto de una diferenciación irracional.”²⁴

Se ve con claridad, que los agentes de la administración previa expedición de un acto administrativo de carácter discrecional deben hacer uso de los principios de razonabilidad y racionalidad, esto es, hacer un despliegue intelectual sobre las razones y motivos que llevan en éste caso al director general de la policía nacional a expedir el acto de retiro; como se verá más adelante se requiere de un procedimiento previo en el cual se debe aplicar los mencionados principios, los cuales están encaminados a determinar efectivamente la conveniencia o inconveniencia de mantener a un miembro de la Policía Nacional.

Por su parte, el Consejo de Estado en pronunciamiento reciente sostuvo:

“La regla y medida de la discrecional de un instrumento como el retiro del servicio por voluntad del gobierno de la Dirección General de la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos facticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad”²⁵

3.4 Principio de Proporcionalidad

A demás de los principios de razonabilidad y racionalidad, por conexidad se aplica el principio de proporcionalidad, el cual cumple con dos funciones: el primero sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso

²⁴ Corte Constitucional Sentencia T-445 de Octubre 12 de 1994, M.P Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo, Sección 2° Subsección “B” Sentencia del 09 de febrero de 2012 Radicado 68001-23-15-000-2001-01079-028(2190-10)

concreto; y el segundo es un criterio de control, pues debe adoptarlo el Juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.

Es por esta razón que el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo invoca este principio con un doble propósito: el principal y expreso como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional; y el secundario o tácito como herramienta de control a la administración, por parte del juez. Desde este punto de vista resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, solo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito y en cada supuesto concreto. En tal sentido al interior de una potestad reglada, este principio también puede aplicarse solo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional por razones que resultan a penas obvias.

Ahora bien, una interpretación a lo que establece el artículo 44 mencionado, indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no es así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa. Si bien este principio está contenido expresamente en esta norma, no significa que solo rija para este tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, mas no de una norma positiva, de manera que cuando alguna de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al Juez que deben acudir a él.

Precisamente, en este sentido el Consejo de Estado hizo referencia de la siguiente forma *“las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, sólidamente por el legislador, quien asume la tarea en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa”*²⁶ No obstante, difícilmente una potestad reglada lo es en tal intensidad que no admita un margen de apreciación del tema,

²⁶ Consejo de Estado Sentencia 17009 de Noviembre 13 de 2008, M.P Enrique Gil Botero.

de manera que son esos pequeños o un poco más amplios su espacio donde la proporcionalidad vuelve a tomar un pulso y allí hace su aparición una vez más.

Como se mencionó, la expedición de un acto administrativo de carácter discrecional implica el estudio exhaustivo de las razones y motivos que llevan a que el acto y su expedición sean conforme al ordenamiento jurídico para evitar incurrir en las causales de ilegalidad, especialmente la desviación de poder, falsa o ausencia de motivación. Esto, con el fin de garantizar derechos, principios y garantías Constitucionales y con mayor razón en un Estado Social de Derecho como el nuestro.

3.5 Motivación de la Decisión Discrecional

En un Estado Social de Derecho como Colombia, se garantiza de manera Constitucional derechos fundamentales encaminados a la protección de los intereses, en este caso de los miembros policiales, que en determinados eventos pueden ejercerlos con el fin de que la Justicia, la Igualdad y la Equidad como principios generales del derecho cumplan con su función.

Ahora bien, la Administración Pública actúa a través de actos administrativos ya sean resoluciones, decretos, ordenanzas, acuerdos entre otros, los cuales materializan la voluntad de la administración que reuniendo una serie de requisitos para que su contenido, nacimiento y expedición sean totalmente válidos, de lo contrario se recurrirá inicialmente a la misma administración para que considere el acto ya sea modificándolo, revocándolo o extinguiéndolo, dependiendo de la clase.

La Corte Constitucional ha establecido que en materia de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales dicha discrecionalidad no implica indefectiblemente que la administración se exonere del deber de motivar sus decisiones y ha sido enfática en establecer la importancia de la motivación de

los actos administrativos, como garantía de que los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares; dicha exigencia encuentra fundamento en el principio de publicidad que orienta el ejercicio de la función pública y que se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política.

Cabe anotar que la mencionada Corporación, destacó cómo, a pesar de ser una elaboración relativamente actual, *“la motivación de los actos administrativos es vista en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad, especialmente cuando de actos discrecionales se trata, que encuentra fundamento en el principio de publicidad que preside el ejercicio de la función pública, recogido en nuestra Constitución Política en su artículo 209”*²⁷

Lo discrecional debe decidirse con fundamento en motivaciones suficientes que permitan distinguirlo de lo puramente arbitrario o caprichoso, razón por la cual el legislador Colombiano en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estableció 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”*.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado también ha reconocido que en un Estado social de derecho, la discrecionalidad absoluta no existe, pues ella haría imposible la responsabilidad Estatal. El mencionado fallo trajo a colación la siguiente cita jurisprudencial de ese alto Tribunal:

“De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley (sic). En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el

²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional SU-250 de 1998, con M.P, Alejandro Martínez Caballero.

órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida. Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados.

(...) hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se esta²⁸

En la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209 *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”* y dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo.

La garantía consagrada en el artículo 29 Constitución Política, implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional SU-250 de 1998, con M.P, Alejandro Martínez Caballero.

de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

En la actualidad, la Corte Constitucional ha establecido de forma reiterada:

*“que existe un deber de motivación por parte de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuando utilizando la facultad discrecional en los actos administrativos de retiro de sus miembros. La referida obligación cohabita con una concepción flexible en el manejo del personal vinculado a estas instituciones que se sustenta en las funciones asignadas a las Fuerzas Militares y de Policía, relativas a la seguridad del Estado y de la ciudadana, así como en el vínculo permanente de esas competencias con el interés público”*²⁹

En otra oportunidad, la misma corporación, tuvo oportunidad de referirse a la motivación del acto discrecional, cuando censuro por prima vez en sede de revisión el retiro inmotivado del servicio activo de un oficial de la Policía Nacional así:

*“esta Corte no se cansará de repetir que es imposible, a la luz de la Constitución Política actual de la Republica de Colombia, confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad antojadiza. Este es el caso que se estudia en la presente sentencia; el caso de quien opta por la profesión del policía, con todo el sacrificio que ellos implica, para, a la larga, verse separado de la carrera que ha elegido, sin recibir explicación alguna”*³⁰

Existen excepciones al deber general de motivación de los actos administrativos, las cuales, en aras de preservar el principio de legalidad de las actuaciones de la administración, deben estar expresamente establecidas en la ley. Así, en Sentencia C-371 de mayo 26 de 1999, la Corte señaló:

“Si en el Estado de derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los

²⁹ Sentencia T-638 de 2012 Referencia expedientes T-3422062 y T-3422079 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰ Sentencia T-995 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados ³¹

Así que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el ejercicio de sus funciones, así se ha estipulado en el artículo 6 superior, todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que aún en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de estas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación; así, por ejemplo, la Corte ha señalado que, en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción los cuales constituyen una excepción al principio general de motivación que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esta corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones.

³¹ Constitución Política de Colombia artículos. 122, 123, 124 y 209.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de algunas normas que establecen la facultad de la administración de ordenar el retiro del funcionario que ocupa un cargo inscrito en un régimen especial de carrera administrativa, sin necesidad de motivar el acto administrativo correspondiente; este es el caso, por ejemplo, de la Sentencia C-368 de 1999, en la que se declaró exequible el literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, el cual establece la posibilidad de declarar la insubsistencia del personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, previo concepto de la comisión de personal y con base en un informe reservado de inteligencia del cual se deduzca la inconveniencia de la permanencia en el servicio de un funcionario, por razones de seguridad nacional, decisión que, bajo estos supuestos, no deberá ser motivada.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional señaló que el ejercicio legítimo de dicha facultad, exige necesariamente que se cumpla con las condiciones señaladas en la norma en comento, en cuanto a la necesidad de que existan informes previos que justifiquen la adopción de la medida para la procedencia de la declaración de insubsistencia y que, en todo caso, el afectado cuenta con las acciones contencioso administrativas, si es que considera que el retiro del servicio ha sido arbitrario.

De lo anteriormente expuesto puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo.

Por otra parte, la discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, 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.

La misma corporación mediante Sentencia de Unificación estableció:

“El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente”

Más adelante continua diciendo:

“La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA”³²

En conclusión, resulta claro que si bien la regla es que los actos administrativos deben ser motivados, la Corte ha admitido la existencia de excepciones a ese principio general, las cuales deben ser expresamente establecidas por el legislador, tal y como sucede en el caso de la declaración de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y con relación a algunos cargos que se encuentran inscritos en regímenes especiales de carrera.

³² Sentencia SU – 917 de 2010.

4. CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA POLICÍA NACIONAL POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO.

La facultad discrecional para el retiro de miembros en la Policía Nacional se inició con la expedición del Decreto 2010 de 1.992, el cual fue se ajustó a la Carta Política por la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 1993. Esta ha sido la tendencia de la legislación como puede observarse en los Decretos 574, 573, 132 de 1995, 1791 de 2.000, y en la ley 857 de 2.003.

Inmediatamente a la promulgación y vigencia de los anteriores decretos y leyes, no tardaron los ciudadanos en ejercer la acción de inconstitucionalidad contra ciertos artículos consagrados en estos, especialmente lo referente a la aplicación de la facultad discrecional por voluntad del gobierno y por razones del servicio para desvincular del servicio activo a los miembros policiales.

Poco a poco se fueron declarando exequibles varias de las disposiciones mencionadas y por supuesto perjudicado irremediamente a aquellos miembros policiales que cumplieron sus funciones con honestidad.

En el año de 1.995, se emite la sentencia C-525 con ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Meza, con la que se edifica notoriamente los parámetros de la aplicación de la facultad discrecional de la policía nacional; y se considera ésta como el pilar de la discrecionalidad en materia policial y fuerzas militares, y es el punto de

partida para los accionantes que creen se les han vulnerado sus derechos y principios Constitucionales.

En efecto, la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del artículo 12 del Decreto 573 de 1999 *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera de personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional”*., así como del artículo 11 del Decreto 574 de 1999 *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 del 31 de enero de 1994, normas de carrera de personal de agentes de la Policía Nacional”*, sostuvo lo siguiente:

“Es claro que un fin especial, cual es el contemplado en el acápite 2.1 de las Consideraciones de esta Sentencia, requiere también de un medio especial, sin que ello signifique que pueda 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 este 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.

Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del "Grupo anticorrupción" que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (Arts. 50 y 52 del Decreto 041 de 1994), y motivada en las razones del servicio.

Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad, sobre la cual ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia; en efecto, sobre la razonabilidad ha explicado que ella "hace relación a un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en

*cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano.*³³

Con posterioridad en la Corte Constitucional mediante la sentencia C-193 de 1999 con ponencia del Honorable Magistrado Hernando Herrera Vergara se reiteraron los argumentos expuestos por la Corte en la sentencia C-525 de 1995, al examinar la constitucionalidad de los artículos 6 y 7 de los Decretos-leyes 573 y 574 de 1995. Se cuestionaba en esa oportunidad la discrecionalidad del retiro por razones del servicio de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía. Lo mismo aconteció en la sentencia C-072 de 1999 con ponencia del Honorable Magistrado José Gregorio Hernández Galindo. En esa oportunidad fueron nuevamente demandadas normas que de los Decretos 573 y 574 de 1995, declarándose la cosa juzgada constitucional. En la misma demanda se acusó el artículo 67 del Decreto 132 de 1995, cuyo contenido es casi idéntico al de los artículos 11 y 12 de los decretos citados, declarándose su exequibilidad.

En la actualidad, rige el decreto 573 de 1995 y 1791 de 2000, el cual regula el retiro del servicio activo de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional del gobierno y por razones del servicio.

³³ Corte Constitucional Sentencia C-525 de 1.995 M.P Vladimiro Naranjo Meza

5. PROCEDIMIENTO INTERNO PARA LA APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO Y POR RAZONES DEL SERVICIO EN LA POLICÍA NACIONAL.

La ley es muy clara al señalar que previa expedición al acto administrativo de desvinculación de un miembro policial, se debe cumplir con un procedimiento interno que lo ejercen unos comités conformados por el Gobierno Nacional, Ministerio de Defensa Nacional y por altos mandos de la Policía.

Inicialmente en el Decreto Ley 41 de 1994 en su artículo 50, el Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, está integrado por el subdirector General, por los dos oficiales generales que le sigan en antigüedad, que se encuentren en la guarnición de Santafé de Bogotá, y por el Director de Recursos Humanos, que actúa como secretario.

En el caso de los Oficiales subalternos, el Comité de Evaluación de esta integrado por dos oficiales generales de la Policía en servicio activo, designados por el director general, el director de Recursos Humanos y el jefe de la División de Procedimiento de Personal, que hace las veces de secretario del comité.

La reunión de oficiales de tan alta graduación, necesariamente debe garantizar que las decisiones que se tomen sean las que corresponden a la verdadera situación de fortalecimiento que, en materia de servicio a los ciudadanos, persigue la institución policial.

Una vez reunidos estos comités tienen la obligación legal de hacer un examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación de oficiales o suboficiales, o de agentes de la Policía. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del "Grupo anticorrupción" que opera en

la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado; tal y como quedo plasmado en la antes citada Sentencia C-525 de 1.995 con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Meza.

Según la Corte Constitucional en varias de sus sentencia ha sostenido que *“No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto y motivada en las razones del servicio”*,³⁴ tal y como lo manifestó en su época el Decreto 41 de 1994 en sus artículos 50 y 52 y actualmente el decreto 1790 de 2000.

Las razones del servicio no son otras que la proyección misma de las funciones de la Policía, que en la fórmula constitucional según el artículo 218 Superior, corresponden al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Esta misma teleología es la que informa los desarrollos legales y reglamentarios descriptivos de las funciones de la institución policial de manera tal que en todo caso la fuerza que en ella ha sido depositada se encuentra al servicio del derecho.

En este orden de ideas, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política en el ya mencionado artículo 218, el cual impone a la Policía Nacional que *“el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”*.

El Comité Evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-432 de 2008 M.P Manuel José Cepeda Espinoza.

condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguarda del orden se presenten.

Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto.

Son pues las razones del servicio las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad; en el caso concreto de la Policía Nacional, en el cual los valores de la disciplina, la moralidad y la eficiencia adquieren características relevantes, considerando la naturaleza de la misión a ella encomendada, el instrumento de la discrecionalidad en cabeza de sus directivas, en lo que toca al mantenimiento o remoción del personal subalterno tanto de oficiales y suboficiales como de agentes, cobra especial importancia, más si se tiene en cuenta la imposibilidad de que toda su actividad como cuerpo esté totalmente reglada, ya que el acto humano tiene un espacio indeterminado de proyección ante las contingencias impredecibles, que la norma jurídica no alcanza a tipificar por imposibilidad material y, sobre todo, que una institución de esta naturaleza exige que, en aras de su correcto funcionamiento, se permitan procedimientos ágiles que se adecúen a los casos concretos y específicos.

La Corte Constitucional, al analizar el artículo 4 de la Ley 857 de 2003 y el artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 que contemplan el retiro por razones del servicio en forma discrecional tanto de los miembros de la Policía como de las

Fuerzas Militares, 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; o, del Comité de Evaluación, cuando se trata de Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares, precisó que esta facultad discrecional no puede ser confundida con la arbitrariedad en la toma de la decisión de retiro. Aclaró en este sentido que:

*“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.”*³⁵

En ese sentido, como la decisión de retiro de un miembro de la Policía Nacional debe estar precedida del concepto de la Junta de Evaluación y Clasificación, en el caso indicado por la ley, la Corte Constitucional ha entendido que esta recomendación, se insiste, debe estar sustentada en elementos de juicio objetivos y razonables que permitan justificar el retiro del funcionario de la Institución. Al respecto ha dicho esta Corporación que:

*“La recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.”*³⁶

Puede ocurrir que el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado. En estos casos, para establecer si el retiro discrecional con base en información reservada vulnera o no el debido proceso, debe tenerse en

³⁵ Corte Constitucional Sentencia C-179 de 2.006 M.P

³⁶ Corte Constitucional Sentencia T-1173 de 2008 M.P Jaime Córdoba Triviño. EXP. T-1.941.697.

cuenta si el afectado puede conocer los motivos y tener así la oportunidad de controvertirlos ante la misma Junta. El informe es reservado frente a terceros, pero no ante el eventual afectado. Sobre este punto ha manifestado la Corte Constitucional lo siguiente:

“Para el caso de las normas bajo estudio, resulta pertinente examinar la forma como la información reservada es empleada en procesos administrativos. En este contexto, la Corte ha (i) declarado exequibles disposiciones legales que autorizan retirar discrecionalmente del servicio a ciertos funcionarios con base en información reservada pero también (ii) ha condicionado la exequibilidad del empleo de estos informes a que se garantice el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario afectado, y ha declarado su inexequibilidad cuando ello no ha sido así”³⁷

³⁷ Corte Constitucional Sentencias C-108 de 1995 y C-525 de 1995, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara; SV: José Gregorio Hernández Galindo, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, C-112 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz, AV: José Gregorio Hernández Galindo, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, C-368 de 1999, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, SV parcial de Eduardo Cifuentes Muñoz y C-942 de 2003, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

6. APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO Y POR RAZONES DEL SERVICIO POR PARTE DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 125, establece que en el ámbito de la función pública, como regla general, los empleos son “de carrera”, esto significa que el acceso a los cargos públicos está condicionado al cumplimiento de precisos requisitos, determinados por vía legal, con el fin de asegurar que el mérito y la idoneidad para el ejercicio del cargo sean los criterios de selección de los funcionarios públicos; y que su retiro o desvinculación solo puede producirse por calificación no satisfactoria en el desempeño de las funciones, por violación del régimen disciplinario, o por las causales establecidas constitucional o legalmente, pues en la actualidad, para el caso de la Policía Nacional, se encuentran consagradas en el Decreto 1791 de 2.000.

En ejercicio de la facultad de configuración legal sobre el régimen especial de carrera de la Fuerza Pública, el Legislador ha expedido diversas regulaciones, incorporando constantemente la facultad de retiro discrecional. Por ello, la Corte Constitucional ha señalado que el régimen de la Fuerza Pública posee cierta ‘flexibilidad’, consistente en que el nominador, o los mandos militares competentes para evaluar el desempeño de los funcionarios, poseen un margen de apreciación amplio en virtud de las actividades especiales que desarrolla la Fuerza Pública, derivadas de su delicada misión institucional.

La Corte Constitucional ha establecido de manera inequívoca, que esa flexibilidad no puede llegar al punto de comprometer los principios constitucionales que orientan la conformación y las actuaciones de la Fuerza Pública; los principios que definen la carrera administrativa (igualdad y mérito); o el derecho fundamental al debido proceso pues:

*“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; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables”.*³⁸

La proscripción de los poderes ilimitados, propia del Estado social y constitucional de Derecho, tiene como consecuencia directa que cualquier facultad discrecional debe sujetarse a determinadas condiciones para que no devenga en arbitrariedad.

Por tales razones, la separación entre conductas arbitrarias y facultades discrecionales debe establecerse a partir del principio de legalidad, y del respeto por el debido proceso.

La Corte sostuvo que *“el principio de legalidad implica que la existencia de una facultad discrecional se encuentra condicionada a que, por vía legal, se establezca la existencia misma de la potestad; la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y la obtención de una finalidad específica”*³⁹

En el caso de los suboficiales de la Policía Nacional, de acuerdo con las previsiones legales, la decisión de retiro discrecional requiere del aval previo del Comité de evaluación para la aplicación del artículo 62 del Decreto 1790 de 2000. Sobre la función de los comités de calificación y las juntas de evaluación, la Corte Constitucional ha señalado:

“Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación —el primero— de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del “Grupo anticorrupción” que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la institución: De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al

³⁸ Corte Constitucional Sentencia C-525 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

³⁹ Corte Constitucional Sentencia T-569 de 2.008 M.P. Rodrigo Escobar Gil

*implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un comité establecido legalmente para el efecto, y motivada en las razones del servicio”.*⁴⁰

Según lo que se acaba de apuntar, en múltiples oportunidades la Corte Constitucional se ha ocupado del retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública. Lo primero que se destaca en la jurisprudencia sobre la materia es la afirmación de la constitucionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que obedece a una concepción flexible en el manejo del personal vinculado a las instituciones militares o a la Policía Nacional y esa flexibilidad está fundada, a su vez, en la importancia de las funciones asignadas a las Fuerzas Militares y de Policía y en el vínculo permanente de esas funciones, relativas a la seguridad del Estado y a la seguridad ciudadana, con el interés público.

El alto tribunal Constitucional ha sostenido que aún cuando la discrecionalidad para disponer el retiro de los miembros la fuerza pública tiene fundamento constitucional, ello no significa que se pueda proceder a la desvinculación del servicio público de manera arbitraria, puesto que la comentada flexibilidad no autoriza el desconocimiento de principios constitucionales.

A propósito de lo anterior, es de interés señalar que en casos de retiro basado en el uso de facultades discrecionales, distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional han ordenado a Tribunales Administrativos y aún al Consejo de Estado proceder a emitir de nuevo el correspondiente fallo dentro de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho para dar cabal aplicación al derecho de defensa de funcionarios o servidores retirados por inconveniencia o por razones del servicio, porque, en contra de lo expuesto en la sentencia de tutela 1173 de 2008, dieron por cumplido el derecho al debido proceso y por satisfecho el derecho de defensa con la sola invocación de la facultad de carácter discrecional y entendieron que las entidades demandadas no debían señalar en el

⁴⁰ Sentencia Corte Constitucional C-525 de 1995 M.P Vladimiro Naranjo Meza.

correspondiente acto administrativo las razones de inconveniencia o de interés público justificativas del retiro.

Hay que tener en cuenta que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Decreto 1790 de 2000, plantea la notificación al interesado de actuaciones que se sigan en su contra, diferente de investigaciones disciplinarias y penales, esto es, que, la administración, previa recomendación del retiro de un miembro de la policía debe mediar una notificación de tal evento, para permitirle hacer uso de su derecho de defensa ante el mismo órgano colegiado; no para entrar a discutir si se recomienda o no su retiro, sino para hacer efectivo la defensa del policía y de esta forma garantizar el derecho del debido proceso. De lo contrario se le estaría negando la oportunidad de conocer las razones que llevarían a este comité a tomar la decisión de recomendar su retiro; puesto que de esta actuación depende si el Director General de la Policía Nacional expide o no el acto de retiro.

La Corte sostuvo que la aplicación del retiro discrecional de los miembros de la fuerza pública no puede ejercerse sin la observancia del debido proceso, *“por cuanto la decisión de retiro carece de motivación, por lo que no es posible determinar las razones que llevaron a la desvinculación del peticionario”*⁴¹

En otra oportunidad, consideró:

*“que la orden administrativa no cumplía los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para considerar que la desvinculación obedeció a motivos del servicio y que respetó los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y que la falta de motivación y notificación del acto administrativo impide el ejercicio del derecho a la defensa, y limita el acceso a la administración de justicia”*⁴²

⁴¹ Corte Constitucional Sentencia T-1173 de 2008 M.P Jaime Córdoba Treviño.

⁴² Corte Constitucional Sentencia T-827 de 2008 M.P Rodrigo Escobar Gil.

Se coincide notoriamente con lo establecido por la Corte Constitucional, referente a que si existe o no violación al derecho al debido proceso en la aplicación de la facultad discrecional, para ello se ha determinado que se deben cumplir unas exigencias, a saber:

- La existencia de razones que guarden relación con las funciones y finalidades de la Policía Nacional como sustento de la decisión.
- Que esas razones se plasmen, así sea de manera sucinta, en el acto administrativo que decide la desvinculación, o bien, en el acta del comité o la junta de calificación respectivas.
- Que se garantice al peticionario el derecho a ser oído por el órgano colegiado que recomienda el retiro.
- Que la decisión sea notificada en la forma prescrita por la ley al afectado.

De tal manera que existe una manifiesta violación del derecho del debido proceso en la aplicación de la facultad discrecional por cuanto la autoridad nominadora desconoce las anteriores exigencias.

Esta situación se vio reflejada en un pronunciamiento reciente de la Corte Constitucional al revisar una acción de Tutela y estableció que:

“se encuentra establecida la afectación del Debido Proceso por parte del señor Presidente de la República y su Ministro de Defensa Nacional con el lacónico Decreto de retiro del servicio activo de (...), creando con dicho acto, inseguridad jurídica para el relevado, puesto que en esas condiciones se le imposibilita hacer uso de los argumentos para objetar el decreto, toda vez que desconoce el fundamento de dicha decisión y en tal sentido, le es quimérico arremeter contra el mismo, aunque se fundamentó la desvinculación por razones del servicio. Sin desconocer que el análisis de una posible desviación

de poder y la legalidad del acto administrativo son de exclusiva competencia de la jurisdicción contencioso (sic) administrativa.”⁴³

De acuerdo a lo anterior, entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general.

En ese orden de ideas, la recomendación que formulen el órgano colegiado o la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.

Otro aspecto importante que vale mencionar, es que acto administrativo de carácter discrecional que retira a un policía del servicio activo de la institución, no permite hacer uso de los recursos de la vía gubernativa, para controvertir ante la misma administración las razones que inducen al retiro, por cuanto estos actos, así lo estipulan su parte resolutive. Por ejemplo, que el acto de retiro si permite hacer uso de los recursos de la vía gubernativa, entonces ***¿de que forma se puede controvertir o hacerle ver a la administración que actuó por fuera del ordenamiento jurídico si no se conoce las razones o motivos por los cuales se desvincula a miembro de la Policía?***

⁴³ Corte Constitucional Sentencia T – 111 de 2009 M.P Clara Elena Reales Gutiérrez.

Ahora, es necesario determinar si el creador del acto administrativo de retiro o ***¿El Director General de la Policía Nacional, aplica de forma indebida la facultad discrecional obedeciendo a razones subjetivas?*** Se tiene entonces, varios argumentos para conocer tal eventualidad, a saber:

- El Director General de la Policía Nacional es el encargado de expedir el acto administrativo de retiro, pero el examen exhaustivo de los folios de la hoja de vida del uniformado es competencia del comité de evaluación.
- El órgano colegiado encargado de recomendar el retiro de los miembros activos para la Policía Nacional es el comité de evaluación y clasificación, el cual debe fundarse en razones del servicio para evitar que el acto de retiro este viciado de nulidad; de no hacerlo se convierten en razones subjetivas amparadas en la facultad discrecional.
- El Director General de la Policía Nacional, confía en los miembros que conforman el comité de evaluación y su acta de recomendación para retirar a uniformados de la institución Policial.

Así las cosas, la facultad discrecional delegada del Ministro de Defensa Nacional al Director General de la Policía Nacional, depende inicialmente de la junta de evaluación y no del creador del acto administrativo, pero por responsabilidad conexas se transmite al Director de la Policía Nacional.

Como se mencionó en el desarrollo de esta investigación, la facultad discrecional de la Policía Nacional constituye un arma efectiva para depurar la institución de los elementos nocivos, pero surge la inevitable pregunta ***¿Por qué se aplica dicha potestad al personal que ha cumplido con las disposiciones de la Constitución y la Ley? Y ¿si tal aplicación constituye una manifiesta violación del derecho de defensa y debido proceso?***

Son muchas las respuestas que pueden satisfacer estos cuestionamientos, entre ellas, descartar que por políticas del Gobierno Central se dispone a prescindir de los servicios de un miembro activo de la institución policial que esta pronto a cumplir los 15 años de labor para obtener su media pensión con el temor de solicitar el retiro voluntario de la institución y desempeñarse en otro oficio con un ingreso económico extra (pensión); pues es complicado para el Estado pagar salarios sin recibir una retribución laboral, sabiendo que con esa media pensión se puede pagar los servicios de dos miembros de policía más.

Otra respuesta, podría sugerir la subjetividad de los altos mandos dentro de la institución policial, esto es por ejemplo que los comandantes directos de Departamento recomiendan el retiro de un miembro de la institución por simples roces personales, porque observa de sus comandantes conductas reprochables e ilícitas que ponen riesgo su carrera profesional y lo único que evitaría tal evento es la desvinculación de ese buen policía.

En el caso concreto de la Policía Nacional, se tiene, que las condiciones esenciales para el ingreso y permanencia de un individuo en la institución deben ser como en general ocurre para todos los servidores públicos además de la eficiencia, la de una moralidad y una ética a toda prueba. Cabe recordar, a este propósito, que uno de los principios fundamentales de la función pública, señalados en el artículo 209 de la C.P. es el de la moralidad. Si ella falta en una institución, como la Policía Nacional, naturalmente los valores que ella debe respetar y defender como son la protección de los derechos y libertades, la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica, estarán gravemente amenazados o conculcados. Por ello resulta razonable y lógico que en una institución de esta naturaleza sus directivas tengan las más amplias facultades legales y reglamentarias para remover a aquellos de sus miembros, cualquiera que sea su

rango o condición, cuando falten a los principios morales y éticos que deben regir su accionar.

La Corte Constitucional en sentencia C-179 de 1996 manifestó *“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”*

Por otra parte el Consejo de Estado preceptuó *“que la facultad discrecional 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”*⁴⁴.

El legislador, a través del Decreto 1791 de 2001, le confirió la competencia para ejercer la potestad de retiro discrecional al Presidente de la República, los ministros, especialmente al de Defensa Nacional, y los Comandantes de la Policía Nacional por delegación; a este respecto estableció que la facultad puede ejercerse frente al personal uniformado de la Policía Nacional; sin importar el rango y tiempo de servicio y, en relación con el fin perseguido por esta facultad, esta Corte ha expresado que *“no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones” relacionadas con la seguridad del Estado y de la ciudadanía*”.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección 2, Subsección “b” 3 de agosto de 2006 Consejero Ponente, Alejandro Ordoñez Maldonado.

El decreto 1791 de 2000, el cual sus artículos 54 consagra el retiro del personal uniformado de forma general, el artículo 55 al estipular las causales del retiro en su numeral 6 cuando plantea que el retiro del personal uniformado se produce por:

*“Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes” el cual se amplía en el artículo 62, al preceptuar que “Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, los suboficiales, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados”.*⁴⁵

Así pues, se ve claramente que la ley determina las causales por las cuales el personal uniformado puede ser retirado de la institución, que además de la facultad discrecional consagra que el retiro se produce por:

1. *Por solicitud propia.*
2. *Por llamamiento a calificar servicios.*
3. *Por disminución de la capacidad sicofísica.*
4. *Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
5. *Por destitución.*
6. ***Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes.***
7. *Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.*
8. *Por incapacidad académica.*
9. *Por desaparecimiento.*
10. *Por muerte.*

Cabe mencionar que las demás causales que generan el retiro de los miembros policiales tienen una justificación y por supuesto una motivación válida a diferencia de la voluntad del Gobierno Nacional.

⁴⁵ Decreto 1791 de 2.000 artículo 55 numeral 6 y artículo 62.

De esta forma, el punto que amerita el desarrollo de ésta investigación es el numeral 6 del artículo 55 del decreto 1791 de 2000, en concordancia con el artículo 62 ibídem, por cuanto las otras causales de retiro son justificantes y traen inmersas las razones y motivos para el retiro de miembros policiales de la institución.

No obstante, la discrecionalidad para la remoción de subalternos por parte de la respectiva autoridad, no significa arbitrariedad sino que ella es un instrumento necesario, para el correcto funcionamiento de tales instituciones.

Al respecto, está la Corte Constitucional en diversos fallos, ha subrayado las diferencias entre los procesos disciplinarios y la desvinculación discrecional y ha analizado la exequibilidad de la facultad discrecional de retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional o por razones del servicio de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Por su parte el Consejo de Estado sostuvo

“Se justifica el ejercicio concomitante de la facultad discrecional y la disciplinaria en el evento en que la conducta del oficial o suboficial objeto de la medida afecte clara y gravemente la actividad funcional o fuerza a la que se encuentre adscrito, lo contrario, esto es, el ejercicio de la facultad discrecional sin que sea evidente tal grado de afectación, por una conducta disciplinable, deslegitima el ejercicio de la facultad discrecional, además de que constituye una especie de responsabilidad objetiva proscrita de manera absoluta en el ordenamiento jurídico colombiano. Así las cosas, estima la sala que la administración está facultada para que, de manera simultánea, haga uso tanto de la facultad discrecional como la disciplinaria en los casos en que resulta evidente la afectación del servicio para lo cual, deberá verificar cada caso en concreto la necesidad y razonabilidad en la adopción de dicha medida”⁴⁶

⁴⁶ Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo, Sección 2° Subsección “B” Sentencia del 09 de febrero de 2012 Radicado 68001-23-15-000-2001-01079-028(2190-10)

Cabe destacar, que el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión. En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 44 del mencionado Código. Para el Consejo de Estado:

“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”⁴⁷

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, 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.

Es por ello, que los folios de la hoja de vida del policía retirado de la institución, constituye un elemento indispensable para determinar la eficiencia en la

⁴⁷ Consejo de Estado Sentencia del 3 de Agosto de 2006 M.P Alejandro Ordoñez Maldonado.

prestación de sus servicios, o por el contrario una deficiente prestación de los mismos, los cuales si constituyen una razón del servicio.

La Corte Constitucional se refirió al derecho al trabajo y su estabilidad dentro de la institución policial, cuando ha dicho: *“A este respecto, no encuentra esta corporación que se afecte el núcleo esencial de tal derecho. Es apenas connatural que al servidor de la policía no le asiste un derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal”*⁴⁸

Es obvio que adquirir un cargo dentro de una institución tan organizada como la Policía Nacional, en la cual el miembro Policial ejerza sus funciones a cabalidad cumpliendo la mandamientos Constitucionales y Legales, con una excelente hoja de vida, innumerables condecoraciones, felicitaciones, positivos, etc; no asiste inamovilidad en el cargo, por cuanto es deber de todo funcionario policial cumplir con ello. Ahora bien, no existiría violación al derecho al trabajo si la administración opta por prescindir de los servicios de un miembro del cual se observan conductas reprochables, que a pesar de haberse iniciado en su contra investigaciones disciplinarias o penales haya sido exonerado de los cargos.

Las razones del servicio el caso de la Policía Nacional, están básicamente señaladas en la propia Constitución Política en su artículo 218, a saber: *“el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”*. El Comité Evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguarda del

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-525 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

orden se presenten. Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto. Son pues las razones del servicio las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad.

La Corte ha señalado que la discrecionalidad no puede ser confundida con la arbitrariedad en la toma de la decisión de retiro, ya que, en la mayoría de los casos tal disposición se encuentra supeditada a un concepto o pronunciamiento de un órgano colegiado, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa o la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, según la institución y el grado del funcionario, recomendación que, a su vez, debe estar precedida y sustentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro de los miembros de dichas instituciones, en los informes que se alleguen y en todos los elementos objetivos que permitan proponer el retiro o no del servicio del funcionario. Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que 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 y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

En Sentencia C-179 de 2006, al analizar el artículo 4 de la Ley 857 de 2003 y el artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 que contemplan el retiro por razones

del servicio en forma discrecional la Corte precisó que esta facultad discrecional no puede ser confundida con la arbitrariedad en la toma de la decisión de retiro. Aclaró en este sentido que:

“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.”⁴⁹

Y más adelante dice

“En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación o Clasificación respectiva para los Suboficiales, debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario.”

La Corte ha entendido que esta recomendación, se insiste, debe estar sustentada en elementos de juicio objetivos y razonables que permitan justificar el retiro del funcionario de la Institución. Al respecto ha dicho esta Corte que:

Puede ocurrir que el retiro discrecional del servicio tenga sustento en informes de carácter reservado. En estos casos, para establecer si el retiro discrecional con base en información reservada vulnera o no el debido proceso, debe tenerse en cuenta si el afectado puede conocer los motivos y tener así la oportunidad de controvertirlos ante la misma Junta. El informe es reservado frente a terceros, pero no ante el eventual afectado, salvo que las circunstancias indiquen mantener excepcionalmente la reserva.

⁴⁹ Corte Constitucional Sentencia C-179 de 2.006 M.P Alfredo Beltrán Sierra.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado este tema, en sentencia C-1173 de 2008 la Corte manifestó:

“Ahora bien, sobre la forma como se debe garantizar el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario de carrera afectado cuando se invoca en su contra información reservada, la Corte, atendiendo las particularidades de los diferentes regímenes de carrera estudiados, ha señalado que: (i) se debe permitir al afectado conocer y controvertir el informe reservado; (ii) se debe respetar a cabalidad el procedimiento fijado por las normas aplicables; (iii) la evaluación a la que se somete el funcionario debe ser objetiva a fin de evitar que meras consideraciones subjetivas generen el retiro del servidor público ; (iv) se debe informar al funcionario las razones de la exclusión, que deben ser por demás expresas, en la medida en que el carácter de información reservada sólo puede alegarse frente a terceros. Lo anterior, como se verá posteriormente, no obsta para que, de ser necesario mantener la reserva de la información para asegurar los fines de la investigación o para prevenir la omisión de delitos, ésta sea preservada aún frente al afectado, mientras las circunstancias indiquen la necesidad de mantener la reserva; pero superadas tales circunstancias, o concluida la etapa procesal que obliga a la reserva, se deberá garantizar al afectado que lo solicite el acceso a dicha información para que pueda controvertirla.”

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha convalidado la existencia de información de carácter reservado en contextos diferentes:

- *Dentro de procesos administrativos, disciplinarios o penales, donde la información reservada es invocada en contra del interesado*⁵⁰
- *Como elemento de juicio para determinar la procedencia de la declaratoria o prórroga de un estado de excepción*⁵¹
- *Para determinar la responsabilidad de las autoridades en la provisión de protección especial a personas amenazadas.*⁵²

⁵⁰ Corte Constitucional Sentencia C-048 de 1.997, M.P. Hernando Herrera Vergara, SV: Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, y Sentencia C-368 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SPV: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ Corte Constitucional Sentencias C-004 de 1992 y C-031 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-266 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

6.1 Acción de Tutela y su carácter excepcional frente a los actos administrativos discrecionales.

A partir de la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, se da gran relevancia a mecanismos expeditos y transitorios para el amparo de derechos fundamentales como el caso de la acción de Tutela, la cual se encuentra consagrada en el artículo 86 superior, y ha sido considerado por esta Corporación como *“un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*, pero hay que tener en cuenta su naturaleza subsidiaria y excepcional, la cual permite reconocer y valorar la efectividad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. *“al existir tales mecanismos, los ciudadanos han de acudir a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional”*.⁵³ *“es por ello que, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles para el efecto”*.⁵⁴

Cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

⁵² Corte Constitucional Sentencia T-590 de 1998, M.P Alejandro Martínez Caballero, T-1619 de 2000, M.P Fabio Morón Díaz, T-1656, M.P Alfredo Beltrán Sierra, T-1206 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Sierra, T-683 de 2005, M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵³ Corte Constitucional Sentencia T-803 de 2002 M.P Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁴ Corte Constitucional Sentencia T-441 de 2003 M.P Eduardo Montealegre Lynett; T-742 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas y T-606 de 2004 M.P Rodrigo Uprimny Yepes.

Cuando se alega la vulneración o amenaza de derechos fundamentales como consecuencia de actos de desvinculación expedidos por la administración, si bien en principio la tutela sería improcedente por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, la Corte Constitucional ha señalado que en ciertas situaciones en las que la actuación administrativa deviene en arbitraria para el afectado, la acción constitucional procede como mecanismo principal o transitorio según el caso y ha establecido que, ante la ausencia de motivación en los actos de desvinculación y, en aras de garantizar la protección del debido proceso invocado por el demandante, las acciones contenciosas no resultan idóneas para lograr que la administración motive un acto administrativo.

Al respecto, sostuvo la Honorable Corte Constitucional que:

*“(...) tal y como lo ha reconocido esta Corporación, en materia de actuaciones administrativas discrecionales de la Administración, la observancia estricta de las garantías del debido proceso se convierte en una forma de regular el ejercicio de dichas potestades, este Tribunal ha establecido que cuando sin motivación alguna se produce la desvinculación del servicio de una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, puede plantearse una pretensión constitucional autónoma, orientada no a obtener el reintegro al empleo, sino a que la Administración motive el acto a través del cual se ordenó su desvinculación, ya que sólo de esa manera podría garantizarse que el afectado acuda con el pleno de garantías ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir la legalidad del acto administrativo correspondiente”.*⁵⁵

Sobre este particular, en Sentencia T-995 de 2007, esta Corporación manifestó:

“Adicionalmente considera esta Sala que, en lo que refiere a la pérdida del empleo de un miembro de la Policía Nacional, la situación de perjuicio con rasgos de inminencia, de urgencia y gravedad, en el que se ven comprometida su subsistencia y la de los que de él dependen, tiene rasgos particulares derivados de la especialidad del oficio. Hay que entender con claridad que elegir ser miembro de la policía nacional, en ejercicio del derecho fundamental a escoger profesión u oficio (artículo 26 de la Constitución Política), comporta una decisión tal que restringe en sí misma las posibilidades del ejercicio de la profesión: un hombre o una mujer estudian y se preparan para ser policías y

⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia T-064 de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil.

su única posibilidad laboral está en la Policía Nacional. A diferencia de quien escoge cualquier otra profesión –la de ingeniero, médico o abogado–, al policía no se le ofrecen múltiples posibilidades para desarrollarse profesionalmente. Por eso, retirar del servicio a un miembro de la dicha institución implica, en la mayoría de los casos, poner fin a un proyecto de vida y, cuando tal decisión se toma sin la justificación que requiere, que debe tomar como fundamento el interés general, el miembro desvinculado tiene que someterse a un proceso que implica, en últimas, cambiar todo su patrón vital.”⁵⁶

De lo anterior, se puede concluir que, frente a la inexistencia de un medio idóneo de defensa judicial que permita a los policías retirados lograr la motivación de los actos, la Corte Constitucional considera procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción competente resuelve la legalidad del acto discrecional.

⁵⁶ Corte Constitucional Sentencia T-995 de 2007 M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

7. FINALIDAD DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA POLICÍA NACIONAL.

Principalmente la finalidad de la Facultad Discrecional, es la de facilitar la urgente y necesaria depuración de los elementos nocivos al interior de la Policía Nacional, materializado en la desvinculación de los miembros activos de la institución, muchos de los cuales han venido incurriendo en los últimos tiempos en una serie de graves anomalías que van desde la ostensible ineficiencia en el cumplimiento de sus elementales deberes y funciones de protección a los ciudadanos de todo el territorio, hasta la comisión de graves conductas punibles de diversa índole.

Esto pues, se debe básicamente a que esta institución, ha venido atravesando una situación crítica de corrupción e ineficiencia que es necesario afrontar a través de mecanismos flexibles y eficaces que busquen erradicar con la mayor prontitud tales vicios y esto lo ha afirmado tanto el Gobierno Nacional como la misma autoridad de Policía. Entre esos mecanismos, el más lógico y obvio, es que el Gobierno faculte a la institución para disponer con la mayor celeridad el retiro de sus miembros, de cualquier rango que sean, sobre quienes haya graves indicios, o desde luego elementos materiales probatorios suficientes, que permitan inferir razonablemente que no son aptos para asumir la delicada responsabilidad que se les confía a través de la Constitución y la Ley, o que han incurrido en faltas graves, sobre todo delitos contra los ciudadanos, contra el patrimonio público, o contra los supremos intereses del Estado y de la sociedad.

Por otra parte, la misma institución policial cuenta con unas dependencias de anticorrupción y de investigación, encargada de determinar si efectivamente existen elementos nocivos al interior de la institución que ameriten su retiro por voluntad del Gobierno a través de la Facultad Discrecional. En este punto vale la pena aclarar que la investigación que adelanta la autoridad competente ya sea la DIJIN, SIJIN, (o en su época el antiguo DAS), y los organismos adscritos a la Fiscalía General de la Nación debe estar acompañado de un arduo estudio y seguimiento de las conductas, acciones u omisiones que ejecuten los miembros de la Policía Nacional para determinar si aquellas requieren de una sanción disciplinaria o penal que para los efectos de la facultad discrecional no influyen para nada.

Otra finalidad de la aplicación de la facultad discrecional de la Policía Nacional radica en garantizar a la ciudadanía la protección de sus derechos a través de los miembros más aptos para ejercer esta gran responsabilidad, por cuanto su aplicación busca la eficacia de los miembros de la institución en la prestación del servicio en forma correcta, acorde a los postulados constitucionales y legales y que por reglamento le son propios.

La facultad discrecional, además de ser una gran herramienta para depurar la institución policial, es un mecanismo de prevención para los demás miembros por cuanto de ellos se requiere una eficiente y eficaz labor en beneficio del Estado y sus habitantes cumpliendo los mandamientos Constitucionales y Legales, en otras palabras es un instrumento normal y necesario para el buen funcionamiento de una institución como la Policía Nacional.

Las finalidades anteriormente mencionadas se ubican desde el punto de vista de la Administración, pero a contrario sensu, el miembro desvinculado cree que la finalidad de la aplicación de la facultad discrecional es la constitución de un medio eficaz de defensa contra los miembros de la institución, por cuanto son ellos en

realidad los que conocen que sus superiores ejercen actos de corrupción al interior de la Policía Nacional y con ello la violación de garantías constitucionales de la población civil.

El caso de quien opta por realizar su carrera profesional de policía, con todo el sacrificio que ello implica, para, a la larga, verse privado de ella, sin recibir explicación alguna. Retirar del servicio a un miembro de la dicha institución implica, en la mayoría de los casos, poner fin a un proyecto de vida y, cuando tal decisión se toma sin la justificación que requiere, que debe tomar como fundamento el interés general, el miembro desvinculado tiene que someterse a un proceso que implica, en últimas, cambiar todo su patrón vital. Cabe advertir que la directivas de la Policía Nacional tiene la potestad de proceder disciplinariamente e imponer la sanción que implica la desvinculación del servicio de sus miembros, si el uso de tal facultad no es arbitraria y sigue los parámetros que le fija la Ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

8. CASOS DE APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Después de haber realizado un estudio acerca de la facultad discrecional de la Policía Nacional, éstos son algunos de los casos en los que dio su aplicación.

En la Sentencia T-816 de 2002 con ponencia del Honorable Magistrado Jaime Córdoba Triviño, la Corte Constitucional estudió el caso de una oficial profesional del Ejército Nacional que fue retirada del servicio en aplicación del artículo 104 del Decreto 1790 de 2000.

En el caso citado, antes de su retiro, la peticionaria fue objeto de diversas presiones por parte de sus superiores, debido a su intención de contraer matrimonio con un suboficial del Ejército Nacional. Algunos mandos de la institución le expresaron en diversas oportunidades, y de diferentes maneras, que un matrimonio entre una oficial y un suboficial no era bien visto en el Ejército Nacional, y que podría sufrir un trato discriminatorio en caso de establecer ese vínculo.

Además de ello, el acto jurídico que determinó el retiro “discrecional” de la peticionaria no era un acto particular, sino que involucraba a un amplio número de oficiales y suboficiales presuntamente involucrados en conductas violatorias de los derechos humanos, como la propia institución le relató a los medios de comunicación.

En virtud de esos antecedentes, para la Corte Constitucional, el problema jurídico involucraba una afectación a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y el buen nombre del peticionario, que derivó en una afectación a su derecho a la igualdad y al principio constitucional de estabilidad laboral.

Debido a la evidente vulneración que se presentaba al derecho al buen nombre por el simple hecho de ver incluido su nombre en una resolución que fue promocionada por los mandos militares como una depuración de las Fuerzas Militares, y la no menos evidente vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad derivada de las presiones que se ejercieron en su contra por una decisión plenamente autónoma, como la de contraer matrimonio, la Corte Constitucional consideró que las acciones ordinarias resultaban insuficientes para proteger los derechos de la peticionaria, de donde concluyó que debía otorgar un amparo definitivo.

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-569 de 2008 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, estudió el caso de un miembro de la Armada Nacional que fue retirado del servicio por una orden administrativa de personal, a pesar de que durante su carrera recibió múltiples conceptos positivos y felicitaciones por su desempeño profesional. Al peticionario se le comunicó la decisión, pero no se efectuó una notificación formal, ni se le entregó copia de la orden administrativa.⁵⁷

Esa Corporación, concedió la protección constitucional al actor con base en la jurisprudencia reiterada en los numerales precedentes. Concretamente, la Corte Constitucional consideró que la orden administrativa no cumplía los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para considerar que la desvinculación obedeció a motivos del servicio y que respetó los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y que la falta de motivación y notificación del acto administrativo impide el ejercicio del derecho a la defensa, y limita el acceso a la administración de justicia.

Ahora bien. En cuanto al alcance de la protección, esta se concretó en ordenar la motivación del acto administrativo controvertido.

⁵⁷ Sentencia Corte Constitucional T-569 de 2008.

Otro caso que deja un precedente notable en la aplicación de la facultad discrecional de las fuerza pública, está dada por la sentencia T-1173 de 2008 con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, la cual hace referencia a la del militar Lucas Julián Rincón Sánchez, quien fue retirado del servicio por la mencionada facultad discrecional y recurrió a la acción de tutela, la cual resolvió revocar las sentencias de primera instancia y de la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil y con ello ordena la motivación del acto administrativo que dispuso el retiro del demandante y a plasmar por escrito las razones que condujeron a ordenar el retiro del sargento segundo Lucas Julián Rincón Sánchez. Ordenando que el acto administrativo motivado se notificará debidamente al demandante, de conformidad con lo legalmente dispuesto.⁵⁸

En oportunidad reciente, el Honorable Consejo de Estado mediante providencia del 09 de febrero de 2012, radicado 68001-23-15-000-2001-01079-02(2190-10) con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, se **REVOCÓ** la sentencia del 31 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por Nelson Arcila Arias; como consecuencia se declaró la nulidad del acto administrativo mediante el cual se ordenó el retiro del servicio activo por voluntad del gobierno al citado policial según los artículo 55 numeral 6 y artículo 62 del Decreto 1791 de 2000.

En otra oportunidad el mismo Consejo de Estado mediante providencia del 22 de marzo de 2012, radicado 19001-23-31-000-2001-00987-01(0518-09) con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero, se **CONFIRMÓ** la sentencia del seis (6) de noviembre de dos mil ocho (2008) proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por el actor.

⁵⁸ Sentencia Corte Constitucional T-1173 de 2008 M.P Jaime Córdoba Treviño.

Sentencia en la cual se estableció lo siguiente:

“Se observa que dentro de las causales para efectuar el retiro del Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, está la voluntad de la Dirección General, quien discrecionalmente y por razones del buen servicio puede disponer en cualquier momento la desvinculación del servicio activo de alguno de sus miembros, siempre que obre la recomendación previa de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, en otras palabras, el Director General tiene sobre el personal de agentes, según los reglamentos, la facultad de retirarlos del servicio sin necesidad de explicar o motivar la decisión, decisiones que se presumen ajustadas a la normatividad, siempre que se cumpla con la recomendación previa al retiro, como se anotó. Se repite, para la Sala es claro que el retiro del servicio activo del actor, por voluntad de la Dirección General, contó con el concepto previo de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, conforme a las disposiciones antes mencionadas. El retiro del servicio como facultad discrecional no es más que una medida de carácter administrativo concedida a la Policía Nacional por razones del servicio, de forma excepcional, con el único fin del mejoramiento y la eficacia del servicio encomendado; en consecuencia, no es aceptable el cargo de violación al derecho de defensa y debido proceso, en razón a que el acto acusado no deviene de un proceso donde se formulen cargos y se practiquen pruebas con audiencia de las partes. No se trata de una sanción disciplinaria, sino de un instrumento administrativo que le permite al Director General de la Policía Nacional desvincular del servicio a sus agentes sin necesidad de explicar los motivos y permitir unas investigaciones penales y disciplinarias transparentes e imparciales, donde el actor podrá demostrar su inocencia y ejercer el derecho de defensa”.

En otro evento de trascendencia Constitucional, mediante Sentencia del 2 de mayo de 2013, la Corte Constitucional resolvió **REVOCAR** la sentencia proferida el 9 de febrero de 2012 por la Subdirección B de la Sección Segunda de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado que confirmó el fallo del 3 de noviembre de 2011, emitido por la Sección Primera de la sala de lo contenciosos administrativo del Consejo de Estado que negó el amparo constitucional solicitado y en su lugar resolvió **CONCEDER** la tutela de los derechos al debido proceso y a la igualdad del actor. Como consecuencia de ello resolvió **DEJAR SIN EFECTO** las sentencias proferidas por el juzgado once administrativo del circuito de Bogotá y la subsección B, de la sección segunda del tribunal contencioso administrativo de Cundinamarca del 28 de Abril del 2010 y el 4 de Agosto del 2011 respectivamente. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 124 del código de procedimiento civil se le ordeno al juez de segunda instancia que dentro de

cuarenta días siguientes a la notificación de la providencia emita un nuevo fallo en el que aplique el precedente de la corte constitucional.

En la misma sentencia de tutela, se ordenó revocar la sentencia proferida el 2 de Noviembre de 2011 por la sección cuarta de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el fallo del 3 de Agosto del 2011, emitido por la subsección A de la sección segunda de la misma corporación que negó el amparo constitucional solicitado, y en su lugar ordeno **CONCEDER** la tutela del actor. Como consecuencia de ello ordeno **DEJAR SIN EFECTO** la sentencia proferida por el juzgado tercero administrativo del circuito de Pereira y el tribunal contencioso administrativo de Risaralda del 3 de Febrero del 2010 y del 14 de Abril del 2011 respectivamente. En consecuencia ordeno al juez de segunda instancia que de acuerdo con el artículo 124 del código de procedimiento civil se le ordeno al juez de segunda instancia que dentro de cuarenta días siguientes a la notificación de la providencia emita un nuevo fallo en el que aplique el precedente de la corte constitucional.

CONCLUSIONES

El ejercicio de la discrecionalidad administrativa ha sido limitada para evitar la arbitrariedad en las decisiones de la administración, y lograr así el respeto a los derechos y garantías del afectado con la decisión.

Que la administración justifique sus actuaciones no limita la discrecionalidad en su actuar, por el contrario, atiende la exigencia de justificación de la actuación. Para no incurrir en arbitrariedad la decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera, ya que los actos reglados, como su contenido está tipificado en la ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso formativo de la voluntad administrativa. En cambio en los discrecionales resulta de la gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión.

En la aplicación de la facultad discrecional de la Policía Nacional debe mediar un minucioso procedimiento, fundado en un estudio exhaustivo de la hoja de vida del personal a recomendar su retiro, del cual se levanta un acta, que aunque no exista mandamiento legal de su motivación debe estar fundada en verdaderas razones del servicio, pues así lo dicho la Corte Constitucional, en sus reiterados fallos. Las razones del servicio, no son otras más que el deficiente desempeño de las funciones, deficiente calificación, conductas reprochables, entre otras. De no ser así, la arbitrariedad se materializa en la violación flagrante de derechos de defensa, debido proceso, contradicción, trabajo, mínimo vital, salud, núcleo familiar, etc. Se reitera que en un Estado Social de Derecho no existe discrecionalidad absoluta.

La Corte Constitucional ha sostenido que las decisiones discrecionales deben contener un mínimo de motivación fundado en razones objetivas, que en el caso

de retiro de miembros de la Policía Nacional deben obedecer al mejoramiento del servicio público, con apego estricto de los principios de Razonabilidad, Proporcionalidad y Racionalidad.

La Facultad Discrecional está en cabeza del Director General de la Policía Nacional, quien la ha recibido por delegación de funciones por el Ministro de Defensa Nacional y éste a su vez por el Presidente de la República; por su parte, los organismos asesores gozan de esta discrecionalidad; porque son ellos los encargados de realizar el correspondiente estudio exhaustivo de los folios de la hoja de vida de aquél que se recomienda su retiro, en la cual se encuentran entre otras cosas el criterio profesional del individuo, carácter, disciplina, condecoraciones, felicitaciones como también las sanciones o llamados de atención, motivos objetivos y razonables para recomendar el retiro.

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia de los altos tribunales Colombianos, han sostenido la tesis de *“mejorar el servicio”* la cual debe ser la motivación que determina el retiro del servicio de los funcionarios públicos.

A lo largo de la investigación, se trató a fondo el desvío de poder como causal de ilegalidad de los actos administrativos, y con mayor razón aparece en esta clase de decisiones y así lo ha manifestado la Jurisprudencia en la Sentencia C-525 de 1995 con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Meza, al plantear que *“La facultad discrecional no es absoluta, ni puede llegar a convertirse en arbitrariedad”* porque como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue y quien en estos casos se concreta a la eficacia de la Policía Nacional, de manera que tales razones no pueden ser otras que las relacionadas con el deficiente e irregular desempeño de funciones del Policía, incumplimiento de sus funciones, la observancia de conductas reprochables etc.

El código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 44 plantea que cuando una decisión es discrecional, “*debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa*” entonces, generalmente en estos casos, no se cumple con los fines de la norma, como son los de librar a la Institución de los elementos nocivos para ella y mucho menos hay proporcionalidad pues que los miembros que cumplen con la Constitución y la Ley no son indignos de permanecer en la Policía, si los hechos que motivaron su retiro fueron determinados para así poder evidenciar el significado de gravedad o de atentar contra el buen servicio.

En la aplicación de la facultad discrecional para los miembros de la Fuerzas Públicas, especialmente para la Policía Nacional, con el fin de amparar y proteger los derechos fundamentales de la defensa, debido proceso, trabajo, salud, mínimo vital, etc. se puede optar por la presentación de una acción de Tutela como mecanismo transitorio y excepcional en contra de los actos administrativos de carácter discrecional, para solicitar que motiven ya sea el acto administrativo de retiro o el acta de recomendación de la junta de evaluación y calificación. Como se vio, este mecanismo ha dado sus frutos, por cuanto la Corte Constitucional ha revocado fallos del A-quo y A-quem y ha ordenado la motivación de los actos, de lo contrario se ordena el reintegro inmediato a la institución.

La acción de Tutela, se constituye en un mecanismo transitorio para garantizar los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la medida discrecional en la policía nacional mientras se resuelve la legalidad del acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia, Preámbulo, artículos 1, 2, 4, 16, 29, 91 inciso 2; 133, 136 numeral 5; 189 numerales 3 y 13; 209, 218, 219, 220, 221, 222, 228, y 241.

Ley 857 de 2003

Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Decreto Ley 41 de 1994

Decreto Ley 262 de 1994

Decreto 573 de 1995

Decreto 574 de 1995

Decreto 1790 de 2000.

Decreto 1791 de 2000.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-31 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-525 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-193 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández G.

Sentencia C-072 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández G.

Sentencia C-094 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández G.

Sentencia C-115 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-398 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-746 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-401 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

Sentencia T-816 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-803 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-742 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas.

Sentencia T-441 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-552 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentarúa.

Sentencia T-606 de 2006, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

Sentencia C-179 de 2006, M.P. Alfredo BeltránSierra.

Sentencia T-064 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-827 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-995 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda E.

Sentencia T-199 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-432 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda E.

Sentencia T-569 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-871 de 2008, M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

Sentencia T-1173 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-111 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

Sentencia T-297 de 2009, M.P. Luis Ernesto VargasSilva.

SentenciaSU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-431 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

CONSEJO DE ESTADO

Sentencia del 8 de mayo de 2003, sección 2ª subsección b, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Sentencia del 26 de Enero de 2006, radicado 25000-23-25-000-2001-02066-01(3443-04), Sección Segunda, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Sentencia del 01 de Junio de 2006, sección 2ª subsección b radicado 25000-23-25-000-2000-06730-01 (0795-05) C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Sentencia del 13 de noviembre de 2008, radicado 17009, C.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia del 27 de enero de 2011, radicado 05001-23-31-000-2002-04725-01 (1092-10) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Sentencia del 09 de febrero de 2012 radicado 68001-23-15-000-2001-01079-02(2190-10), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Sentencia del 22 de marzo de 2012, radicado 19001-23-31-000-2001-00987-01(0518-09) C.P Luis Rafael Vergara Quintero.

DOCTRINA

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas S.A 1986.

MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA MARTINEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, Editorial Leyer, 8 ed. 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.

RODRIGUEZ R, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimocuarta edición, Editorial Temis S.A, Bogotá Colombia 2005.