

Mhimy del Pilar  
Guerrero Santacruz\*

# La facultad discrecional aplicada a la fuerza pública desde la jurisprudencia constitucional\*\*

The discretionary faculty applied to public power  
since constitutional jurisprudence

A facultade discricionária aplicada à força pública  
a partir da jurisprudência constitucional

*"El hombre solo puede ir hacia delante desarrollando su razón" Erich From.*

Revista LOGOS CIENCIA & TECNOLOGÍA ISSN 2145-549X,  
Vol. 2, No. 1, Julio - Diciembre 2010, pp. 74-78

## Resumen

Los artículos 4 de la Ley 857 de 2003, "por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones"; y 104 del Decreto 1790 de 2000, "por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las

Fuerzas Militares", regulan lo concerniente al retiro discrecional de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares por razones del servicio.

Desde la perspectiva constitucional y el espíritu del Legislador la facultad discrecional concedida a la autoridad administrativa para situaciones específicas normadas explícitamente, ha sido desdibujada por los altos mandos militares, policiales, y el Gobierno Nacional que ante cualquier información, documentos anónimos o publicación periodística que tenga que ver con sus subalternos, en lugar de adelantar las investigaciones disciplinarias, penales o administrativas optan por aplicar la potestad discrecional, la mayoría de los casos con graves consecuencias para los miembros de la Fuerza Pública que son desvinculados ilegalmente y, para el tesoro nacional, dado el incremento de demandas y condenas contra la Nación-Ministerio de Defensa: Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional.

**Fecha de recepción del artículo: 3 de mayo de 2010.**

**Fecha de aceptación del artículo: 25 de junio de 2010.**

\* Abogada de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Administrativo, Procesal y Ciencias Penales. Conciliadora interna, Cámara de Comercio de Bogotá. Docente de la Facultad de Derecho, Universidad Libre. Ex juez de la República y Ex procuradora judicial penal ante la fuerza pública. Litigante ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Correo electrónico: mimi.guerrero1@gmail.com.

\*\* Artículo producto de la investigación y experiencia profesional en el litigio ante la jurisdicción administrativa, orientada específicamente al análisis de la facultad que tiene el Gobierno Nacional de retirar discrecionalmente del servicio activo a miembros de la Fuerza Pública.

### Palabras claves

Servicio activo. Retiro discrecional. Razones del servicio, Llamamiento a calificar servicios. Fuerza Pública. Comité de Evaluación. Junta Asesora. Ministerio de Defensa.

### Abstract

Articles 4 of law 857 of 2003, " by which new laws are dictated to regulate the retirement of officers and enlisted military personnel of the Armed Forces and the National Police and the 1791 Decree of the year 2000 is modified with respect to this matter and by which other dispositions are dictated" and the 104 Decree of the year 2000, " by which it is modified the Decree that regulates the norms with respect to officers and enlisted military personnel of the Armed Forces". These articles regulate with respect to the discretionary retirement of the officers and enlisted military personnel of the Armed Forces and the National Police for reasons of the service.

From the Constitutional perspective and the spirit of the Legislator, the discretionary power granted explicitly by law to administrative authorities for specific situations, has been blurred by the high commands of the military, the National Police and the National Government. These individuals and institutions, instead of advancing the disciplinary, penal or administrative investigations, when they receive any information, anonymous documentation or journalistic publications that deals with their subordinates, they choose to apply the discretionary power, in the majority of cases with serious consequences to the Public Treasury, producing in this case an increment of lawsuits against the Nation – Department of Defense, Army, Navy, Air Force and National Police.

### Key Words

Active Service, Discretionary Retirement, Reasons to Serve, Call to retire from the Military services, Armed Forces, Evaluation Committee Advisory Board, Department of Defense.

### Resumo

Os artigos 4 da Lei 857 de 2003, "por meio da qual se ditam novas normas para regular a retirada dos Oficiais e Sub-oficiais da Polícia Nacional e altera conforme o assunto o Decreto-Lei 1791 de 2000 e dá outras providências", e 104 do Decreto 1790 de 2000, "pelo qual se altera o Decreto que regula as normas de carreira dos Oficiais e Sub-oficiais das Forças Armadas", regulam a retirada discricionária de Oficiais e

Sub-oficiais da Polícia Nacional e das Forças Armadas por razões de serviço.

Do ponto de vista constitucional e da intenção do legislador, a faculdade discricionária concedida à autoridade administrativa para situações expressamente normatizadas, têm sido ofuscada pelos altos comandos militares, policiais e pelo governo nacional que, diante de qualquer informação, documentos anônimos ou edições jornalísticas que tenham a ver com seus subordinados, ao invés de mover as investigações disciplinares, penais ou administrativas, optam por aplicar o poder discricionário, na maioria dos casos com graves conseqüências para os membros das Forças Armadas que são desvinculados ilegalmente e, para o Tesouro Nacional, dado o incremento de demandas e condenações contra a Nação – Ministério da Defesa: Exército, Marinha, Força Aérea e Polícia Nacional.

### Palavras Chaves

Serviço ativo, retirada discricionária, razões de serviço, chamamento à qualificação de serviços, Forças Armadas, Comissão de Avaliação. Conselho Consultivo. Ministério da Defesa.

### INTRODUCCIÓN

La facultad discrecional ha sido materia de estudio de la doctrina nacional e internacional, así como de la H. Corte Constitucional y Consejo de Estado colombianos. Y es a través del análisis ponderado sobre esta potestad que tanto los autores administrativistas como las altas cortes nacionales y extranjeras han ido decantando este poder que ofrece a la Administración una cierta libertad para apreciar la conveniencia y oportunidad de adoptar una decisión.

De tiempo atrás se nos presentaban dos categorías de actos completamente diferentes de los que se derivaba la procedencia de las acciones contencioso administrativas; los llamados actos discrecionales no impugnables en vía jurisdiccional, estando sujetos a ella únicamente los actos administrativos reglados.

Sin embargo esta posición radical resultó duramente cuestionada y fueron autores franceses que junto a su Consejo de Estado emprendieron la ardua tarea de predicar que la Administración, cuando profería actos discrecionales no podía quedar excluida de control jurisdiccional. De esa época hacia delante, en nuestro país es la jurisprudencia constitucional y administra-

tiva la que se ha encargado de ir precisando el alcance del ejercicio de la facultad discrecional y los límites a la libre decisión del nominador.

Este ensayo es producto de la investigación y estudio emprendidos desde que ocupé el cargo de Procuradora Judicial Penal ante la Fuerza Pública, cuyos resultados se han venido ponderando a través del ejercicio del litigio en materia administrativa.

En el desarrollo del ensayo trataremos lo concerniente a las causales para retirar del servicio activo a los miembros de las FF. MM., y Policía Nacional, el análisis de constitucionalidad a las normas que las consagran, el procedimiento seguido por los altos mandos castrenses, ministro de defensa y jefe de estado y el desconocimiento flagrante de estos servidores públicos a las directrices trazadas por la Corte Constitucional y Consejo de Estado, para la aplicación de la potestad discrecional.

La importancia del tema tiene que ver con la divulgación de las posiciones de la Corte Constitucional y Consejo de Estado sobre el tema y la necesidad que tenemos de exigir a las autoridades administrativas: presidente de la república, ministro de defensa, altos mandos militares y de la Policía Nacional para que cumplan con el mínimo de motivación justificante en el ejercicio de la potestad discrecional y no continúen presentando unas Actas "mudas" de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las FF. MM., y Policía Nacional, o de los Comités de Evaluación y actos administrativos carentes igualmente de la mínima motivación a que alude el máximo Tribunal Constitucional dando oportunidad a los miembros de la Fuerza Pública para ejercer su derecho a la defensa y a que se respete el Debido Proceso.

De igual manera, es imperativo continuar este trabajo de sana crítica con los operadores judiciales administrativos, muchos de los cuales se muestran escépticos en aplicar la jurisprudencia de las altas Cortes, fundamentando sus fallos con la fórmula simplista, que por tratarse del ejercicio de una potestad discrecional no tienen obligación las autoridades administrativas de motivar sus actos administrativos por estar protegidos con la presunción de legalidad, como lo demostramos con copias de algunos fallos, actas y actos administrativos.

## 1. METODOLOGÍA

La metodología que se utilizó para realizar esta reflexión es un análisis dogmático enfocado a recabar que tanto la Carta Política como el Legislador colombiano, al consagrar esta potestad discrecional no quisieron conferir un poder omnímodo a la autoridad castrense –incluyendo al Jefe de Estado como jefe supremo de la Fuerza Pública– para desvincular a sus miembros, pues en un Estado Social de Derecho no existen facultades ilimitadas ni poderes absolutos, ya que su ejercicio debe ser proporcionado y racional, tal como lo han precisado la Corte Constitucional y Consejo de Estado.

## 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Ley 857 de 2003 (diciembre 26)

Artículo 4°. Retiro por voluntad del Gobierno o del director general de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales y el director general de la Policía Nacional para el caso de los suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para suboficiales.

Por su parte, el artículo 218 de la Constitución dispone que la Policía es un cuerpo armado de naturaleza civil, cuyo fin primordial *"[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]"*.

El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el ministro de defensa nacional, para el caso de los oficiales hasta el grado de teniente coronel y en los directores de la dirección general, comandantes de Policía Metropolitana, de departamentos de Policía y directores de las escuelas de formación para el caso de los suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.

Parágrafo 1°. La facultad delegada en los directores de la Dirección General, comandantes de Policía Metropolitana, de departamentos de Policía y directores de las escuelas de formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000.

Parágrafo 2°. Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley.

Decreto-ley 1790 de 2000 (septiembre 14)

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

Las normas citadas fueron publicadas en los Diarios Oficiales Nos. 44.161 de 14 de septiembre de 2000 y 45.412 de 26 de diciembre de 2003, respectivamente.

### 3. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

La Honorable Corte Constitucional al conocer sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 4 parcial de la Ley 857 de 2003: "por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-Ley 1791 de 2000", y Artículo 104 del Decreto-Ley 1790 de 2000 "Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares" (Corte Constitucional, 2006), explicó que según se desprende del artículo 130 de la Constitución Política, existe una carrera administrativa general administrada por un órgano especial de creación constitucional y unas carreras especiales no sujetas a la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil que pueden ser de creación constitucional o legal, cuya configuración corresponde bien al legislador de manera directa, ya mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo.

Entre los regímenes especiales de carrera de creación constitucional, se encuentra el de la Fuerza Pública integrada, según dispone el artículo 216 de la Constitución exclusivamente por las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), y la Policía Nacional. La finalidad constitucional tanto de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares, la consagran los Artículos 217 y 218 de la Carta Política.

Así, el primer artículo mencionado señala que "las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional". Por su parte, el Artículo 218 de la Constitución dispone que la Policía es un cuerpo armado de naturaleza civil, cuya fin primordial "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".

Tanto para la Policía Nacional como para las Fuerzas Militares, el Constituyente de 1991, dispuso un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario. Con fundamento en dicho régimen, han sido expedidas por el legislador ordinario y extraordinario múltiples disposiciones legales tendientes a regular el ingreso, los ascensos, así como el retiro de los servidores públicos que hacen parte de dichas instituciones, todo ello dentro del marco constitucional otorgado, teniendo en cuenta su naturaleza de cuerpos armados permanentes y sus finalidades constitucionales, las cuales se encuentran directamente relacionadas con la seguridad del Estado y con la seguridad ciudadana.

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.

Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciu-

dadanos y la convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de corso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. 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.

En esta oportunidad se cuestionan los artículos 4, parcial, de la Ley 857 de 2003 y 104 del Decreto-ley 1790 de 2000, que contemplan el retiro por razones del servicio y en forma discrecional tanto de miembros de la Policía Nacional 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.

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen.

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

medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional.

Se tiene entonces que en las normas acusadas la potestad se otorga por parte del legislador ordinario y extraordinario al Gobierno o al director general de la Policía Nacional, según se trate de oficiales o suboficiales de dicha institución, o a la autoridad competente cuando se trata de miembros de la Fuerza Pública previo concepto del Comité de Evaluación, integrado por el segundo comandante de la Fuerza Aérea, el inspector general, el jefe de personal de la respectiva Fuerza, y el comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Dicha atribución se ejerce tanto en la Policía Nacional como en las Fuerzas Militares respecto de oficiales y suboficiales; y, por último, el fin perseguido no es otro que garantizar el pleno cumplimiento de las funciones de esas instituciones, relacionadas directamente con la seguridad del Estado y la seguridad ciudadana.

La jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido que la potestad discrecional de que se ha revestido a la Fuerza Pública para retirar a los miembros que forman parte de sus instituciones, no significa arbitrariedad sino por el contrario, se trata de un instrumento normal y necesario para el correcto funcionamiento de esas instituciones. En efecto, la Corte en la sentencia C-525 de 1995, al examinar la constitucionalidad del artículo 12 del Decreto 573 de 199, así como del artículo 11 del Decreto 574 de 199, 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 sepa-

ración -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 lo 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"<sup>1</sup>.

La facultad discrecional a la que se refieren las normas acusadas para retirar del servicio a funcionarios vinculados a la Policía Nacional o a miembros de las Fuerzas Militares por razones del servicio no puede considerarse omnímoda pues, como se señaló, en un Estado Social de Derecho no existen potestades ilimitadas ni poderes absolutos, el ejercicio de esa facultad debe ser proporcionado y racional atendiendo los fines que se persiguen como son garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado.

Las normas que se examinan establecen que por razones del servicio determinadas previamente por un Comité de Evaluación o por una Junta Asesora o Junta de Evaluación o Clasificación, según se trate de miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, se puede disponer el retiro de funcionarios vinculados a di-

chas instituciones. Ello indica, que las razones deben obedecer a criterios objetivos y razonables, sujetas básicamente a las consagradas en los artículos 217 y 218 de la Constitución, tal como lo ha entendido esta Corte. Ciertamente, en la sentencia C-525 de 1995 varias veces citada, expresó este Tribunal Constitucional que las razones del servicio que se aluden en los casos de retiro del servicio de miembros de la Fuerza Pública, no son otras que las definidas por los artículos constitucionales citados, es decir, para el caso de las Fuerzas Militares: la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (217); y, para la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia. Así las cosas, en esta oportunidad se reitera la jurisprudencia de la Corte, según la cual:

Son pues las razones del servicio las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad; la discrecionalidad de los altos mandos en lo que se refiere a la desvinculación de oficiales, suboficiales o agentes debe basarse entonces en las razones del servicio que tiene que preservar y aplicar. Como se ha señalado, la decisión que tome el Gobierno o la dirección general de la Policía, debe ser una decisión razonada con base en el informe previo del respectivo Comité con lo cual se evita la arbitrariedad.

Las razones del servicio imponen un deber, el cual se cumple con la decisión oportuna que se adopte en defensa de la tarea que la Constitución y las leyes le confían a la Institución, la cual se desvirtúa cuando no se cuenta con un personal que, por sus condiciones morales no se amolde a la naturaleza de la función.

En el caso concreto de la Policía Nacional, en el cual los valores de la disciplina, la moralidad y la eficacia 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 al-

1 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la relación entre la facultad de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública y el respeto por el derecho al debido proceso, entre otras, en las sentencias C-525 de 1995, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa y C-193 de 1996, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

canza a tipificar por imposibilidad material y, sobre todo, que una Institución de esa naturaleza exige que, en aras de su correcto funcionamiento, se permitan procedimientos ágiles que se adecuen a los casos concretos y específicos.

Se tiene entonces, que el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, 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 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.

No se trata, como equivocadamente lo entiende el demandante, de un acto absolutamente subjetivo de las autoridades competentes, pues ello rompería por completo el orden constitucional que nos rige. Lo discrecional no puede confundirse con lo arbitrario pues esto último implica un capricho individual de quien lo ejerce, sin sujeción al ordenamiento jurídico, contrario por completo a la atribución discrecional que se cuestiona, que si bien comporta cierta flexibilidad, ella se encuentra sujeta a reglas de derecho preexistentes en cabeza de un funcionario competente, para ser aplicada a un destinatario específico, y con un fin determinado.

La facultad discrecional que se confiere en las disposiciones acusadas, encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por ende, del interés general.

Ahora, la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a

miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por el contrario, para el caso sub examine ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder.

En efecto, según dispone el artículo 1 de la Ley 857 de 2003, el retiro de los oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional; el de suboficiales a través de resolución proferida por el director general de la Policía Nacional. Y, en el caso de miembros de las Fuerzas Militares, el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, establece que “[E]l acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto”.

Por las consideraciones expuestas, no encuentra la Corte vulneración de los derechos constitucionales aludidos por el demandante, por cuanto, la Constitución Política faculta al legislador para establecer otras causales de retiro del servicio de servidores públicos, distintas a las establecidas por el artículo 125 de la Carta, sin que ello implique vulneración del principio constitucional a la estabilidad laboral.

Las normas acusadas no desconocen el debido proceso, pues como lo ha sostenido la Corte en el examen de normas de similar contenido a las que ahora se analizan, el retiro del servicio previsto en ellas no es producto de una sanción sin que hubieran mediado las formas propias de un proceso penal o disciplinario, sino que se origina en un acto discrecional plenamente justificado. Tampoco resulta vulnerado el derecho de igualdad porque el retiro del servicio procede previo estudio de cada caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, que arrojan como conclusión la remoción de un servidor público que no cumple con los requisitos constitucionales exigidos para el desempeño de su función.

Finalmente, el derecho al trabajo no se afecta pues los miembros de la Fuerza Pública no tienen “[u]n derecho adquirido sobre el cargo, ya que la naturaleza funcional del oficio conlleva la disponibilidad para la remoción de su personal” (Corte Constitucional, 2006).

#### 4. ACTIVIDAD REGLADA

Dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones dis-

tintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley” reza nuestra Carta Política en su artículo 121; y en el 122 se establece: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”.

Por tanto, en términos generales, el poder o facultades de los administradores deviene de la norma jurídica que les atribuye esa potestad, y es el mismo legislador el que les puede limitar esa atribución y cuando la actividad administrativa rebasa esas restricciones es que se abre la posibilidad para que el gobernado impugne esos actos.

El profesor García de Enterría dice que cuando la norma jurídica señala la competencia, el procedimiento y el objeto de esa facultad “agotadoramente”, es cuando estamos frente a una potestad reglada (García, 1980, pp. 386 y ss.).

En esos casos, tal como lo expresa el profesor Libardo Rodríguez R., “la ley no le otorga a la autoridad facultad de tomar decisiones opcionales”, como en el ejemplo de otorgar una pensión de jubilación bajo los requisitos taxativamente.

Para esta actividad, el legislador se reservó para sí la facultad de determinar el quien, el cómo y el cuándo el servidor público debe expedir el acto administrativo sin que le sea dable abrogarse alguna libertad para adicionar bajo su criterio circunstancia necesaria para la actuación que va a realizar.

## 5. ACTIVIDAD DISCRECIONAL

Se presenta cuando la ley no señala las condiciones para el ejercicio de la potestad administrativa, sino que le otorga facultad al servidor público para tomar decisiones opcionales.

El profesor García de Enterría explica así la discrecionalidad:

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración (García, 1980).

La Jurisprudencia colombiana ha sido pasible en el sentido de considerar lo siguiente:

El control jurisdiccional de los actos administrativos comprende no solamente aquellos que se hubieren proferido en ejercicio de facultades regladas de la Administración sino también los que sean producto del poder discrecional, en cuanto éstos puedan resultar violatorios de principios como el de la razonabilidad, la motivación seria y veraz, los fines de interés general o del buen servicio y la buena fe. De tal manera que el amplio campo de discusión de los actos de la Administración tiene como meta la depuración de la actividad oficial en aquellas actuaciones de discutida legalidad o de una motivación arbitraria [...] (Consejo de Estado, 1994).

La Corte Constitucional, definió así la facultad discrecional:

[...] Puede afirmarse que hay facultad 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.

[...] 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, ateniéndose 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 Administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos [...] (Corte Constitucional, 1995a).

Y en cuanto hace relación al principio de la razonabilidad sostuvo lo siguiente:

La razonabilidad como elemento de la discrecionalidad. La razonabilidad hace relación a que 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 [...].

El principio de razonabilidad aparece establecido en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo 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 [...] (Corte Constitucional, 1995a).

**5.1. Límites y control a la discrecionalidad.** Hemos dicho que los entes públicos solo pueden desarrollar su actividad conforme a Derecho, pero en el ejercicio de las potestades públicas existen además principios que limitan su acción.

Esos principios son: la razonabilidad, la proporcionalidad, la prudencia gubernativa, el principio de la juridicidad y los derechos esenciales o fundamentales de la persona humana.

Por tanto, el ejercicio correcto de esta potestad tiene un margen de libre apreciación referido a la decisión que adopte frente a un hecho que configura una necesidad pública por resolver.

El control a la actividad del Estado garantiza el equilibrio de poderes y evita la arbitrariedad y el abuso al que pueden llegar los funcionarios investidos de poder.

La doctora Consuelo Sarria (1982, p. 103) sostiene: "Así que la discrecionalidad administrativa, si bien implica el arbitrio de quien la posee para decidir, ese arbitrio estará limitado, de tal manera que no se ejerza caprichosamente, sino teniendo en cuenta fundamentalmente los intereses públicos consagrados en la ley, así como la lógica, la racionalidad y la justicia". Una de las críticas al control de la actuación discrecional del Estado es que la Administración reduciría su capacidad de gestión, pero no, lo que se busca es que las resoluciones estén mejor concebidas y que se note un mayor cuidado y apego a las normas legales por parte de los servidores públicos para no desconocer los principios y cumplir con las garantías constitucionales de los administrados.

## 6. LA DISCRECIONALIDAD APLICADA A LA FUERZA PÚBLICA

Aparentemente se presenta un contrasentido que exista facultad discrecional establecida legalmente para ser

aplicada a miembros de la Fuerza Pública, cuando la carrera militar y policial, es decir, el desempeño profesional y el comportamiento personal de estos servidores públicos está regido en su totalidad por la observación permanente de sus superiores inmediatos y la evaluación de su comportamiento, sujeta a procedimientos establecidos en normas para el efecto como a continuación trataré de demostrar.

**6.1. Evaluación y clasificación para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y la Policía Nacional.** Desde la misma creación de estas instituciones, el Legislador ha determinado normas de evaluación y clasificación para estos servidores públicos, que establecen los parámetros, criterios, técnicas y procedimientos generales para evaluar su desempeño profesional y el comportamiento personal con base en informaciones procedentes de diferentes fuentes, de acuerdo con los indicadores establecidos en estos Estatutos.

En lo que respecta al personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares el Decreto 1799 de 2000, "Normas de Evaluación y Clasificación. Consagra el objeto, naturaleza, objetivos, principios y criterios que deben aplicarse al proceso de evaluación y clasificación", el cual se desarrolla mediante la observación permanente del comportamiento y el desempeño profesional del individuo por parte de autoridades evaluadoras y revisoras que para el efecto son sus superiores inmediatos, quienes deben cumplir con unos períodos de evaluación y clasificación que la normatividad vigente sobre la materia ha determinado que corresponden a cada año con excepción de los casos especiales establecidos en las mismas disposiciones.

Por su parte, los servidores públicos uniformados de la Policía Nacional, el Decreto 1800 de 2000, "Normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional", establece los destinatarios, naturaleza, principios, objetivos y utilidad de las técnicas

Dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley" reza nuestra Carta Política en su artículo 121; y en el 122: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

y procedimientos para evaluar el desempeño policial del personal uniformado en servicio activo de esta Institución hasta el grado de Coronel, mediante un proceso continuo y permanente, por medio del cual se determina el nivel de desempeño profesional y el comportamiento individual de cada uno de los miembros de esta Institución, determinando períodos de evaluación de un año, autoridades evaluadoras y revisoras, que igualmente como ocurre con los miembros de las Fuerzas Militares corresponde a sus superiores inmediatos dentro de la organización institucional.

En el sistema de evaluación de la Policía Nacional merece especial mención, la escala de medición determinada en el Capítulo VIII de la normatividad aludida, que establece el instrumento a través del cual se ubica al evaluado dentro del rango de clasificación, con base en el valor numérico asignado a su desempeño por el período de evaluación respectivo determinando los siguientes criterios:

- Incompetente. Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional no cumple con las acciones asignadas para el desarrollo de los procesos.
- Deficiente. Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional obtiene resultados por debajo de lo esperado dentro de los procesos a los que ha sido asignado, lo que amerita un seguimiento cercano y compromiso con su mejoramiento a corto plazo.
- Aceptable. Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional cumple con la mayoría de las acciones y procesos asignados, presentando algunas deficiencias que se pueden corregir.
- Satisfactorio. Esta calificación se otorga al evaluado que en su desempeño personal y profesional, obtiene los resultados esperados dentro de los procesos a los que ha sido asignado.
- Superior. Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos sobresalientes.
- Excepcional. Es el evaluado que en su desempeño personal y profesional además de obtener los resultados esperados dentro de los procesos asignados, realiza actividades o hechos que tienen trascendencia institucional.

Estos procesos de evaluación y clasificación en ambas instituciones de la Fuerza Pública se fundamentan en los principios de favorabilidad, legalidad, debido proceso, objetividad, publicidad, orientando esta actividad a su fin último que es el mantener al servicio de estas instituciones personal que demuestre estar dentro de la calidad exigida para el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada a cada una de ellas en particular.

**6.2. Institucionalización de la facultad discrecional en la Fuerza Pública.** Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional no tenían establecida la facultad discrecional para retirar a sus miembros en cualquier tiempo del servicio activo por razones institucionales.

Fue a partir del año 2000 cuando con la creación del Programa de Modernización adoptado por el Gobierno Nacional que obtuvo facultades extraordinarias mediante la Ley 578 de 2000 para reformar estas instituciones expidiendo normas relacionadas con cada uno de los aspectos que regulan el nivel personal y profesional de estos servidores públicos”, buscando siempre el objetivo de depurar estos organismos que llegaron a infectarse especialmente del flagelo del narcotráfico que logró incrustar células al interior de todas las Fuerzas y de la Policía Nacional; además dichas facultades tuvieron como objetivo aumentar el pie de fuerza, con el fin de enfrentar la amenaza que para el momento presentaban los agentes generadores de violencia del país.

De esta manera, en el Decreto Ley 1790 de 2000, “Normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, se estableció en el artículo 104 la facultad de retirar por razones del servicio y en forma discrecional con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de un Comité de Evaluación, a aquellos oficiales y suboficiales que se hicieran acreedores a la adopción de esta medida.

Lo mismo quedó establecido en el Decreto Ley 1791 de 2000, “Normas de carrera del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional”, artículo 62 “retiro por voluntad del Gobierno o de la dirección general de la Policía Nacional por razones del servicio y en forma discrecional”, lo que posteriormente fue contemplado en la Ley 857 de 2003, artículo 4º “por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales y el director general de la Policía Nacional para el caso de los suboficiales, podrán disponer el retiro de

los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, cuando se trate de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para suboficiales”.

Al consagrar estos mecanismos de retiro, el Legislador castrense ni los mandos militares y policiales se percataron que las disposiciones precedentes y transcritas reñían abiertamente con el espíritu de las normas de Evaluación y Clasificación que sirven como instrumentos para otorgar incentivos y aplicar correctivos a las conductas que ameritaban juicio de reproche dentro de la carrera militar o policial, facultad discrecional que ha contribuido a restarle importancia al proceso de evaluación y clasificación como herramienta de selección y permanencia de los integrantes de estas instituciones.

Por parte de los mandos militares y policiales de tiempo atrás, existía el deseo de obtener la facultad discrecional para prescindir de manera expedita de aquellos servidores públicos que se involucraran en comportamientos que sin ser sometidos a investigaciones rigurosas por los organismos competentes, arrojaran indicios de que el afectado había incurrido en conductas reprochables, ya que en los Estatutos de carrera militar y policial y en sus reformas posteriores, solamente se tenía la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios que operaba con exclusividad para quienes llevaran más de quince años de servicio efectivo en la Institución.

Esta situación se hizo más gravosa con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, que como sabemos es prolífica en la protección de los derechos y libertades fundamentales, pues para poder retirar del servicio activo a un miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional por mala conducta, debían someterlo a un proceso riguroso de investigación sin que esto se surtiera en el menor tiempo posible, como sí ocurre con el ejercicio de la facultad discrecional.

**6.3. Posición de la Corte Constitucional sobre la aplicación de la facultad discrecional a la Fuerza Pública.** Las normas consagradas en el artículo 4º, de la Ley 857 de 2003 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 fueron demandadas en acción pública de inconstitucionalidad habiendo la Honorable Corte Constitucional sostenido lo siguiente:

El retiro discrecional de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares por razones del servicio, no desconoce los principios y derechos constitucionales.

Los principios y derechos que consagra la Constitución Política irradian a todas las personas, tanto es así que desde el preámbulo de la Carta se asegura a los integrantes del pueblo de Colombia, la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

Y en cuanto al punto sujeto a análisis el máximo Tribunal sostuvo lo siguiente:

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la a los elementos en que puede ser ejercida la facultad discrecional para el retiro de los 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 pueda ser ejercida la facultad discrecional...

*Los principios y derechos que consagra la Constitución Política irradian a todas las personas, tanto es así que desde el preámbulo de la Carta se asegura a los integrantes del pueblo de Colombia, la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.*

Y en cuanto a la “recomendación de los Comités de Evaluación para el retiro discrecional sostuvo:

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 de 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. Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad... (Corte Constitucional, 2006).

**6.4. Irregularidades observadas en el ejercicio de la facultad discrecional en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.** A través del desempeño profesional asesorando a oficiales y suboficiales que han sido objeto de la aplicación de la facultad discrecional, especialmente en las Fuerzas Militares, he extractado entre otras, las siguientes irregularidades, que lesionan el Debido Proceso y la objetividad en la aplicación de esta potestad.

#### - Comité de Evaluación

Este cuerpo colegiado que conforme lo determina el artículo 104 del Decreto ley 1790 de 2000, está integrado por: El segundo comandante de la fuerza, el inspector general de la fuerza, el jefe de personal de la respectiva fuerza y el comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca el afectado con la medida. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Las unidades operativas en el Ejército, son las brigadas a las que se conocen con el nombre de unidades Operativas Menores, y las Divisiones llamadas Unidades Operativas Mayores.

En el caso de la Armada Nacional, las Unidades Operativas menores son las brigadas de Infantería de Marina y para las unidades a flote, toman esta categoría las Corbetas. Las unidades operativas mayores son las fuerzas navales, por ejemplo: Fuerza Naval del Atlántico, Fuerza Naval del Pacífico, etc.

Para la Fuerza Aérea, las unidades operativas menores son los comandos aéreos militares, como CACOM 1, CACOM 2, etc. Y las unidades operativas mayores son los grupos aéreos que éstos integran como el Grupo Aéreo del Norte, del Oriente, entre otras.

Sin lugar a equivocarnos, el nivel de mando y organización de estas unidades está dado en las Tablas de Organización y Equipo "TOE" donde se determina la misión, organización, capacidades y dotaciones de los

distintos componentes de las Fuerzas Militares, tal como lo establece el artículo 29 del Decreto Ley 1512 de 2000, por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa y se dictan otras disposiciones.

La falencia más significativa que he encontrado en la conformación del Comité de Evaluación para el retiro por facultad discrecional, es que los comandantes naturales de las unidades operativas menores (Brigadas) a las que pertenece el militar no es el que le corresponde, siendo suplantado por el comandante de la división (unidad operativa mayor) que ninguna relación de mando directo tiene con el afectado, cuando el espíritu del Legislador al integrar dicho comité, fue que participaran superiores que tuvieran trato directo con él y además, elementos de juicio para emitir la recomendación.

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 (Corte Constitucional, 1995b).

#### - Acta del Comité de Evaluación

En estos documentos no se deja constancia de ningún tipo de deliberación ni discusión alguna sobre los hechos y pruebas que motivaron la adopción de la medida, contrariando lo que la Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas sentencias, al señalar que: "Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación del implicado, examinar sus hojas de vida de la persona cuya separación es propuesta, verificando informes de inteligencia y contrainteligencia y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado" (Corte Constitucional, 1995b).

Lo que en la práctica se presenta a los litigantes, son unas actas mudas, carentes de toda argumentación, desconociendo el afectado y su apoderado, cuales fueron realmente las motivaciones que llevaron al Comité a dar la recomendación para la aplicación de la potestad discrecional. Por ello, la Honorable Corte Constitucional en fallo C-179 de 2006 ya citado puntualizó: "La atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes, por

el contrario, para el caso sub-examine, ella queda consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder”

#### - Concepto de la Junta Asesora para las Fuerzas Militares y/o Policía Nacional

La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, tal como lo prescribe el artículo 54 del Decreto 1512 de 2000, modificado por el Decreto 3123 de 2007, en su condición de órgano de asesoría y coordinación, está integrada por: el ministro de Defensa Nacional, el comandante general de las Fuerzas Militares, los comandantes del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea y los oficiales generales y de insignia en servicio activo que se encuentren en la guarnición de Bogotá, quienes se reúnen para emitir concepto para el retiro de oficiales por facultad discrecional como lo determina el artículo 104.

En las Actas de esta Junta se observa entre otras irregularidades las siguientes:

a) No se deja constancia de ningún tipo de deliberación sobre los cargos o razones que tuvieron en cuenta para emitir el concepto exigido legalmente para que el presidente de la República, el ministro de defensa o el comandante de fuerza y/o Policía Nacional profiera el acto administrativo de retiro por aplicación de la facultad discrecional.

Esa deliberación debe fundarse en los documentos de Evaluación y Clasificación del oficial propuesto a la Junta Asesora, es decir, de su FOLIO DE VIDA actualizado a la fecha y del formulario No.4 que corresponde a la Evaluación de Oficiales, toda vez que el artículo 53 del D.L.1799/00 “Normas de Evaluación y Clasificación para el personal de oficiales y suboficiales de las FF.MM.”, determinan como objeto de las listas “...constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre: ...d. Retiros del servicio activo”.

El Folio de Vida: es un instrumento que sirve para registrar de manera oportuna, ordenada, clara y concreta las actuaciones y desempeños significativos de carácter positivo o negativo del personal evaluado...<sup>2</sup>.

Hoja de Vida: Es el acopio de los documentos que con-

forman la trayectoria militar del oficial o suboficial en sus aspectos personal y profesional, y éste se lleva en la Sección de Hojas de Vida de la Dirección de Personal del Comando del Ejército, tales aspectos son: Datos biográficos, tiempo de servicio, fechas y disposiciones de ascensos, traslados, formación académica, comisiones, cargos desempeñados, condecoraciones, felicitaciones, sanciones y subsidios. En este documento ha sostenido la Corte Constitucional debe dejarse constancia de “las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia...” (Corte Constitucional, 1999, 2000, 2008).

b) A pesar de aparecer todos mencionados en el encabezamiento del Acta como interviniente sin anotar cuáles asistieron y quiénes no, solo firman este documento el ministro y los Comandantes de Fuerza.

c) Por último, en el Acta se puede leer únicamente: “La Honorable Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional después de estudiar las propuestas sometidas a su consideración y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 99, 100 literal a, numeral 8 y 104 del Decreto 1790 de 2000, por unanimidad aprobó el retiro discrecional del servicio activo de los oficiales citados anteriormente”.

**6.5. Ejercicio de la facultad discrecional como mecanismo sancionatorio.** Desde la consagración de la facultad discrecional en las normas de carrera militar y policial, ésta se ha venido utilizando para sancionar a los oficiales, suboficiales y agentes, prescindiendo de adelantar las investigaciones disciplinarias y penales, cuando quiera que contra ellos existan quejas, cuestionamientos u otro tipo de sindicaciones a través de anónimos, querellas de la población, informes de prensa hablada y escrita y en algunos casos de organizaciones no gubernamentales que para proteger a familiares y allegados de los directivos de estas agremiaciones, requieren al Ministerio de Defensa Nacional y a los altos Mandos la adopción de esta medida.

Son muchos los casos que podemos citar al respecto como son: Ante la irregularidad cometida por un subalterno, el comandante de la compañía de grado capitán, es penalizado porque se envía un informe inmediatamente solicitando su retiro por facultad discrecional.

2 Decreto-ley 1799/00, art. 28. Finalidad. “Los documentos de evaluación tienen el propósito de suministrar elementos de juicio para sustentar las decisiones en la administración de personal y contribuir a la formación y superación personal del evaluado”.

La negativa de un oficial subalterno para cumplir órdenes absurdas de su superior como incautar bienes de particulares (vehículos con combustible) que están meramente sindicados de ser subversivos y sin que exista orden judicial, el militar subalterno de grado teniente, conlleva a que se solicite su retiro por facultad discrecional. Las acusaciones temerarias que efectúan mediante anónimos los delincuentes que manejan los carteles del combustible en los departamentos de Meta, Vichada, Guaviare y otros, sometidos a control de este insumo para la extracción de pasta base de coca, si el militar o policial no accede a sus pretensiones, éstos lo acusan al comando de la unidad operativa y ésta sin adelantar las investigaciones pertinentes, envía informe para que lo retiren por facultad discrecional.

Igualmente, y lo que es más grave, se ha utilizado la facultad discrecional para prescindir de aquellos oficiales que cuestionan en una u otra forma las políticas de Comando y el proceder de sus superiores, quienes sin el más mínimo recato ni respeto por las Instituciones gestionan la separación de quienes consideran son sus detractores al interior de las unidades militares o policiales.

## CONCLUSIONES

El tema desarrollado y analizado en este ensayo nos permite llegar a las siguientes conclusiones.

1. Teniendo en cuenta la trascendencia y relevancia que para el Estado colombiano representan las funciones que desempeñan los miembros de la Fuerza Pública, tanto la Carta de 1991 como el Legislador al consagrar la facultad discrecional fue el de otorgar herramientas al Gobierno Nacional, los mandos militares y policiales para prescindir de aquellos oficiales, suboficiales y agentes que no estando dentro de la calidad exigida, presentan comportamientos que aunque no constituyen falta disciplinaria o penal, son ajenos a los intereses institucionales, por los caracteres propios de la actividad castrense y policial. v. gr. Aquel miembro de la Fuerza Pública que no puede ser llamado a calificar servicios por no haber cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro<sup>3</sup>, y le da por participar en política, o mantener relaciones con personas de dudosa reputación, que a la postre pueden inmiscuirse en los intereses institucionales.

2. Igualmente, el militar o policial que presenta marcadas deficiencias en el mando, como mal uso de la benevolencia o de la intolerancia y se constituye en agente generador de discordia en la repartición castrense o policial que amerita prescindir de sus servicios, para evitar que el fenómeno trascienda y vulnere significativamente la disciplina.

Este propósito del Legislador se distorsionó porque los mandos militares y policiales ante cualquier información que tengan sobre la conducta de sus subalternos, en lugar de adelantar las investigaciones disciplinarias y penales correspondientes, optaron por aplicar un correctivo inmediato, que produjera en la comunidad un gran impacto social y la manera más fácil y expedita es la aplicación de la potestad discrecional.-

3. El objeto y alcance de las normas de Evaluación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional ha sido proscrito con la aplicación cada vez más frecuente de la facultad discrecional, por cuanto en algunas oportunidades se ha presentado el caso, que terminan de evaluar y clasificar al oficial o suboficial con excelentes notas y al día siguiente los someten al Comité de Evaluación para el retiro por facultad discrecional.

4. Los efectivos militares y policiales se ven afectados significativamente con los retiros por potestad discrecional y en consecuencia, los gastos que el presupuesto nacional ha invertido en la formación y capacitación de quienes son retirados por esta facultad.

5. Ha aumentado el número de demandas contra la Nación – Ministerio de Defensa a consecuencia de los retiros masivos de miembros de la Fuerza Pública por aplicación de la facultad discrecional, obviando las investigaciones disciplinarias y/o penales, no importándoles los principios de oportunidad, conveniencia y razonabilidad, de que habla la Jurisprudencia nacional.

6. Socialmente ha tenido impacto la medida del retiro por facultad discrecional debido a que algunos miembros de la Fuerza Pública que han sido objeto de ella, han ido a refugiarse en los grupos al margen de la ley.

7. Los altos mandos militares y policiales han tomado esta facultad como medio para mostrar a la sociedad que ellos toman correctivos rápidos ante posibles actuaciones irregulares de sus subalternos, transgrediendo los principios de la buena fe, el debido proceso y la presunción de inocencia.

3 Ley 1104/06, artículo 25 que modifica el art. 103 del Decreto-ley 1790/00.

Como cultores de la ciencia del Derecho debemos propender por exigir que los Comités de Evaluación y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, cumplan con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional e inserten en sus actas respectivas, las razones por las que fue presentado el nombre del implicado a esas corporaciones y además, los argumentos que soportan la recomendación y concepto para su retiro por facultad discrecional. Lo anterior, para no seguir impugnando actas mudas, sin ningún contenido motivacional que hacen difícil por no decir nula la pretensión del demandante para que el operador judicial administrativo declare la transgresión constitucional o legal del acto administrativo acusado.

#### BIBLIOGRAFÍA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 857 de diciembre 26 de 2003

CONSEJO DE ESTADO (1994). Sentencia de 8 de octubre de 1994, magistrado ponente Reinaldo Arciniegas.

CORTE CONSTITUCIONAL (1995a). Sentencia C-31 de 1995, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.

\_\_\_ (1995b). Sentencia C-525 de 1995, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa

\_\_\_ (1996). Sentencia C-193 de 1996, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

\_\_\_ (1999). C-371 de 1999, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

\_\_\_ (2000). C-734 de 2000, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa

\_\_\_ (2006). Sentencia C-179 de 2006, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.

\_\_\_ (2008). T-199 de 2008, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1.980, Tomo I

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto-ley 1790 de septiembre 14 de 2000.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1104 de 2006, artículo 25 que modifica el art. 103 del D.L.1790/00.

SARRIA, Consuelo. Discrecionalidad administrativa, Acto administrativo. Ediciones UNSTA. Tucumán, Argentina, 1.982