

APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA POLICÍA NACIONAL DE
COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LA EFECTIVIDAD DE LA MISIÓN
INSTITUCIONAL Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS

ARTICULO PARA OPTAR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO
SANCIONATORIO

DIRIGIDO POR:

DR. RICARDO ARTURO ARIZA LOPEZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

JULIO DOCE DE 2016

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia, establece los fines esenciales del Estado, asignando a las autoridades de la Nación la responsabilidad de proteger y garantizar a todas las personas residentes en Colombia, los derechos y libertades inherentes a cada uno de ellos, entre ellos la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades que hacen parte de la dignidad humana.

Ante esta razón fundamental, fue creada la Fuerza Pública integrada por las Fuerzas Militares, compuesta por (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), y la Policía Nacional, que, aunque a esta última se le da un carácter de cuerpo civil armado, hace parte de la Fuerza Pública, todos adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, con una misión, visión y objetivos específicos, encaminados a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado.

Por lo anterior, han sido expedidas varias normas, las cuales revisten de facultad discrecional a éstas autoridades, para el caso en particular a la Policía Nacional, con el fin de evitar la afectación al servicio prestado por un funcionario, quien está llamado a servir a la comunidad, así como contribuir con el desempeño de la Institución.

En este sentido, con el presente artículo, se pretende analizar, de una manera amplia el significado de la facultad discrecional (absoluta-relativa) y como se está aplicando con relación al retiro de algún funcionario en la Policía Nacional, con el fin de determinar si realmente se fundamentan las razones en el mejoramiento del servicio o si con esta facultad se configura el abuso de poder, el desconocimiento de las decisiones disciplinarias o la ausencia de garantías hacia el funcionario.

RESUMEN

Una de las principales características de la legislación colombiana, consiste en emitir leyes y normas dirigidas a ejercer control y supervisión sobre las diferentes actividades que ejerce el Estado, así como de las funciones y atribuciones que poseen los administradores de las entidades públicas, teniendo como fin último brindar mecanismos legales que permitan un desarrollo eficiente de la misionalidad de cada organismo.

De esta manera, se da a conocer la facultad discrecional que posee la Policía Nacional en cabeza del Director General, quien emite actos administrativos mediante los cuales se retira del cargo a funcionarios por diferentes razones; no obstante, esta facultad en algunas ocasiones es entendida como la justificación del abuso de poder y la arbitrariedad, al no ser presentado como una acción disciplinaria, desconociendo el derecho a la defensa y el debido proceso, trayendo consigo una posible vulneración de derechos constitucionales.

ABSTRACT

One of the main characteristics of Colombian law, is to issue laws and rules to exercise control and supervision over the different activities exercised by the State and the functions and powers possessed by managers of public entities, having as its goal Finally provide legal mechanisms that allow efficient development of the missionary spirit of each agency.

Thus, it is disclosed discretion which owns the National Police head Director General, who issued administrative acts by which officials removed from office for different reasons; however, this ability sometimes is understood as the justification for the abuse of power and arbitrariness, not being presented as a disciplinary

action, ignoring the right to defense and due process, bringing a possible violation of constitutional rights.

1. La facultad discrecional

El sistema jurídico colombiano ha venido en constante evolución a partir de la Constitución Política de 1991, lo que lleva a cambios permanentes tratando de adecuarse a las exigencias actuales para demostrar el óptimo funcionamiento de las entidades estatales, para lo cual, dota de facultades superiores a los funcionarios públicos en cargos directivos, para que a través de su misionalidad, tengan las herramientas necesarias que permitan solucionar de forma inmediata inconvenientes que dejen en entre dicho la verdadera labor de las Instituciones y su misión de servicio ante la sociedad.

Ante este pequeño preámbulo, se encuentra la posición de una gran mayoría de juristas del derecho administrativo, los cuales señalan que la Discrecionalidad es originaria de Francia¹, posteriormente se ha comulgado con la teoría planteada por Montesquie, en lo que refiere a la tripartición de poderes, legislativo ejecutivo y judicial, y de Rouseeau, con la formulación del principio de legalidad, puesto que en un principio a los tribunales judiciales se les impedía juzgar a la Administración, pero también se consideraba que ello era de naturaleza administrativa, estas dos posiciones conllevaron a que se originara la llamada jurisdicción contencioso administrativa, en el derecho público².

Es así como se consideraban que los actos realizados por la administración eran dictados para proteger los intereses colectivos o para el funcionamiento de la misma administración y no requerían revisión por la jurisdicción administrativa.

¹ COVIELLO, Pedro J. J., "El control judicial de la discrecionalidad administrativa" en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Cuestiones del contencioso administrativo, publicación de las VII Jornadas HispanoArgentinas de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ps. 271-272.

² NIETO, Alejandro, Estudios históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 1986, p. 263 y ss.

De igual manera, para el nacimiento de la discrecionalidad es necesario recurrir al trazado por Miguel Malagón Pinzón en su obra *Vivir en Policía*³, en el cual señala:

“En los siglos XIX y XX el arbitrio logró sobrevivir, a la ideología de las Luces, en el derecho administrativo. Circunstancia que tiene una explicación histórica en los escritos de MONTESQUIEU, quien asignó al juez el papel de ser “la boca del derecho”, es decir de ser el operador que aplica y no valora la ley, pues esta se pensaba que podía resolver todos los casos incluso los más difíciles. En materia administrativa, los que aplicaban el arbitrio eran los funcionarios o agentes y no los jueces, hecho que le permitió a esta técnica sobrevivir y cambiar de nombre y llamarse discrecionalidad”.

Por tal razón, La discrecionalidad tuvo origen en el principio de vinculación negativa de la Administración a la ley, pues aquí la actuación administrativa excede de la mera aplicación de la ley y atiende a razones de oportunidad y conveniencia, de mérito⁴.

Sin embargo, hay que decir que en un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba a sí misma (...) El particular siempre debía alegar sustentándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la Administración cuando esa dictaba actos generales, para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanados de un poder discrecional que era concomitante “con su deber general de vigilancia y de protección hacia los administrados”⁵.

³ Malagón Pinzón, Miguel Alejandro La ciencia de la policía en los inicios del constitucionalismo colombiano (1811-1830) Prisma Jurídico, vol. 9, núm. 1, enero-junio, 2010, pp. 155-168

⁴ NIETO, Alejandro, Estudios históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 1986

⁵ Malagón Pinzon, M. (2007). *Vivir en Policía: una contra lectura de los orígenes del derecho*

No obstante, el ámbito de la discrecionalidad se va a ir reduciendo con el nacimiento del recurso por exceso de poder (...) *Posteriormente se integrará al antiguo recurso por violación de la ley y de los derechos adquiridos, como una subclase del recurso por exceso de poder (...) por consiguiente, este control sobre los actos discrecionales no será total, pues la exclusión del control judicial subsistirá en los denominados actos de gobierno (...)*⁶.

Así mismo, sobre el origen de la discrecionalidad administrativa se encuentra la obra titulada “El proceso Contencioso Administrativo”, por Álvarez, Tabío (1954) quien refiere: “(...) *En efecto, el concepto de lo discrecional se halla íntimamente ligado a los regímenes democráticos con fuertes antecedentes absolutistas; fue recogido por ellos al aceptar la teoría de Montesquieu, y transferido al Poder Ejecutivo como una supervivencia del absolutismo monárquico (...)*”⁷.

Por consiguiente, en Colombia se ha generado amplia doctrina al respecto, como lo es el caso de la Policía Nacional, teniendo como antecedente el Decreto 2010 de 1992 (Art. 4), el cual consagraba en cabeza del Director General de la Policía Nacional, la potestad discrecional de disponer el retiro de Agentes de la Institución “por razones del servicio”⁸, siempre y cuando mediara concepto previo del Comité de Evaluaciones de Oficiales Subalternos.

De esta forma, se identifica el mayor antecedente normativo y jurisprudencial del retiro discrecional en la Institución, permitiendo observar a quien fue facultado y debiendo ser aplicado por razones únicamente del servicio,

administrativo colombiano, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 38 – 42

⁶ Malagón Pinzon, M. (2007). Vivir en Policía: una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 38 – 42

⁷ Álvarez. Tabío, F. (1954) El Proceso Contencioso Administrativo, Ed. Librería Martí, La Habana, p. 380

⁸ Decreto 2010 de 1992, artículo 4

lo que más adelante fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-175 de 1993, advirtiendo que su uso no era absoluto ni podía tornarse arbitrario, “porque como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue”⁹.

Posteriormente, se presenta el Decreto Ley 573 de 1995 (Art. 12), que desarrolló la causal relativa al retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía, por razones del servicio y en forma discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores; Decreto que también fue Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-525 de 1995, como medio especial para la remoción de personal, en la cual la facultad discrecional debía cumplir con los requisitos de racionalidad y razonabilidad, y en esa medida, los actos administrativos de retiro debían tener un “mínimo de motivación justificante”¹⁰.

De esta forma, es necesario hacer alusión a los criterios de los funcionarios para determinar que una decisión sea razonable y racional, teniendo en cuenta, que, en algunos casos el fin último es satisfacer las necesidades de una comunidad, la cual se encuentra indignada por actuaciones policiales que corresponden únicamente a hechos narrados por medios de comunicación, quienes en su carácter amarillista pretenden generar mayor rating, sin establecer completamente la veracidad de los hechos y sin la trazabilidad de todos los momentos que llevaron al desenlace de la acción.

Ahora bien, no se trata únicamente de generar una defensa hacia los funcionarios que se ven inmersos en muchos casos que generan el inconformismo ciudadano, ya que, seguramente existen muchos culpables y personas que con dolo cometen acciones en contra de la ley, sin embargo, se quiere dar a entender

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 175 de 1993. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-505 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

que esta aparente racionalidad en las decisiones, puede ser influenciada por diferentes actores externos, lo que supondría determinaciones injustas y de alto impacto negativo al interior de la institución.

Más adelante surge la Ley 857 de 2003 (Art. 1, 2 y 4), la cual desarrolló la causal relativa al retiro por “voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales”, por razones del servicio y en forma discrecional, 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.

Dicha ley, pretende dar un giro a las percepciones que tienen los funcionarios sobre la facultad discrecional, permitiendo que las decisiones no fueran aparentemente arbitrarias, sino que su resolución estuviera dentro de un marco de justicia, al considerar que ya la decisión no corresponde a una sola persona, sino que depende de la valoración de varias personas, quienes tienen voz y voto en el análisis de los casos.

De la misma manera, se hace necesario y sin que se convierta en motivo de discusión, generar la duda de hasta donde habría neutralidad en las decisiones, tratándose de una institución jerarquizada, en la cual, el funcionario de mayor rango emite ordenes que se deben cumplir so pena de recibir alguna sanción, es así como se espera que estas juntas sean más que una formalidad y que las decisiones efectivamente contribuyan a la verdad y la justicia.

Por tal razón, para la construcción del presente artículo se tuvo en cuenta varias normatividades, aplicadas a la legislación Colombiana y cimiento a la hora de tomar decisiones por parte de los nominadores de la fuerza pública para retirar a sus integrantes, dentro del punto principal que dio apertura para el avance del

presente tema, se encuentra enmarcado los diferentes casos en los cuales, los actos administrativos que dieron lugar al retiro en aplicación a la facultad discrecional han sido revocadas, y gran mayoría de estas por falta de motivación, lo cual no es solo una alarma dentro de una Institución, sino también para el Estado en su todo.

Sin embargo, el Consejo de Estado desde años anteriores ha tenido una posición muy marcada en lo que respecta a que los actos administrativos, señalando que *“la discrecionalidad se sustenta en la separación de poderes pura y simple, es decir no habrá la necesidad de motivar”*¹¹ lo que conlleva a que se tomen decisiones arbitrariamente y sin control alguno de estas, esto último cuando se habla de una separación de poderes, situación que se aparta de los pronunciamientos y sentencias emitidas por la Corte Constitucional, donde su posición frente a la discrecional ha sido otra, la cual se tratará más adelante.

Por otro lado, mediante sentencia C-175 de 1993, se ratificó la potestad del Director de la Policía Nacional, sin embargo, indica que dicha atribución requiere ser de carácter proporcional y racional, que conlleve a cumplir con el fin u objetivo principal de la discrecional, el cual radica en que con esa acción se dé eficacia a la Policía Nacional¹².

A lo anterior, se une la Sentencia C 525 de 1995 que, si bien nombra los requisitos de razonabilidad y racionalidad a la hora de aplicar la discrecionalidad, también ha ratificado lo señalado por el Consejo de Estado, en cuanto a que se debe tener siempre presente la efectividad de la institución¹³.

¹¹ Malagón Pinzon, M. (2007). Vivir en Policía: una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 1993. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-525 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Por tal razón, se hizo necesario que la decisión no solo fuera tomada por el Director General, señalando en el artículo 4 del Decreto 1791 de 2000 la creación de una junta asesora para la evaluación de los funcionarios a la hora de tomar la decisión, si es aplicable o no la facultad discrecional de acuerdo a los motivos, justificación o antecedentes del funcionario, logrando que la decisión no sea única y exclusivamente de una persona, como sucedía muchos años atrás, donde el Comandante de Policía de un Departamento en materia disciplinaria, era quien decía que sanción y por cuanto tiempo de arresto debía someterse un funcionario.

“En este asunto 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”¹⁴

Sin embargo, dicho argumento nos lleva a considerar el hecho de que tan efectiva se convierte la Institución después de la aplicación de la discrecionalidad, ya que, si bien es cierto, se quiere demostrar ante la sociedad la capacidad de investigar y decidir sobre sus propios hombres, también es cierto, que como se mencionó anteriormente, muchos de estos casos no corresponden a una realidad total y que únicamente son producto de informaciones equivocadas o superficiales, lo que implicaría que no solo no sea más efectiva la institución, sino que además exista una baja productividad, al crear cierto negativismo en sus funcionarios, quienes prefieren no desempeñar sus cargos con eficacia, por temor a ser retirados de sus cargos, al percibir que es mucho más importante la información entregada por distintos medios que la que puedan suministrar en sus informes de trabajo.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-525 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

2. Los fundamentos de la facultad discrecional en el marco del respeto a los derechos de los funcionarios públicos

Al identificar los planteamientos jurídicos que cobijan la facultad discrecional, se establece, que dicho mecanismo se encuentra dirigido únicamente al sostenimiento de la Instituciones, así como a garantizar la efectividad en el cumplimiento misional de cada entidad.

No obstante, es necesario aclarar que estas entidades son controladas por seres humanos, los cuales, en el afán de obtener la mejor imagen de su gestión o simplemente por el hecho de demostrar poder ilimitado, acuden a la aplicación de la facultad discrecional, sin considerar los daños futuros que puede ocasionar tanto al individuo como a la institución.

Daños que puede estar relacionados con una posible vulneración de derechos, planteados desde la misma Constitución Política De Colombia (1991), a través de diversos artículos, en especial lo referente a la igualdad en términos laborales, relacionados en los artículos 1, 13, 25, 29 y 53.

De igual forma, para la aplicación de acciones disciplinarias a trabajadores del Estado, se cuenta con la Ley 734 de 2002 “Código Disciplinario Único”, la cual es la norma general aplicada a los servidores públicos en la que se establecen una serie de faltas por acción u omisión de estos funcionarios, resaltando la función de la acción disciplinaria en el artículo 16, así:

“Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines

previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”¹⁵

Ahora bien, el artículo 6 de la norma ibídem refiere:

“Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público”¹⁶

Este artículo mencionado para señalar que los fines de esta ley conllevan a pensar que se cuenta con un proceso disciplinario que busca ejecutar una sanción ya sea preventiva o correctiva dependiendo la conducta de servidores públicos y que existe un proceso con términos y espacios que se le da al investigado para su defensa, es decir, un debido proceso, pues dentro de la finalidad está la de garantizar los tratados internacionales y derechos constitucionales.

Sin embargo, al identificar cierta discrepancia entre la Ley 734 y lo que requiere la Policía Nacional para el mantenimiento de la disciplina, respeto y cumplimiento de las normas, se emitió 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.

Esta Ley establece las causales de retiro del personal de oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, entre otras, la denominada como voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional, así mismo delega en los Comandantes de Metropolitanas y

¹⁵ Ley 734 de 2002, artículo 16

¹⁶ Ibídem

Departamentos de Policía, la función de retirar a los funcionarios adscritos a estas unidades; en este orden de ideas, se aplica para el personal de suboficiales, nivel ejecutivo y agentes, que hagan parte de los Departamentos o Metropolitanas¹⁷.

Por otra parte, esta Ley establece la competencia, es decir, ante quien se debe solicitar un retiro, en el caso de los oficiales se realiza por Resolución Ministerial desde el grado de Subteniente hasta Teniente Coronel y por Decreto Presidencial en el grado de Coronel hasta General, para los Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, el retiro se produce por Resolución firmada por el señor Director General de la Policía Nacional; vale la pena indicar que en atención a las facultades conferidas por la citada ley, ésta Resolución también puede ser firmada por los Comandantes de Metropolitanas y Departamentos de Policía, cuando se aplica el retiro por voluntad de la Dirección General.

Por lo anterior, es de suma importancia tener claridad sobre las competencias establecidas en la Ley 857 de 2003, así como el requisito que corresponde al concepto previo emitido por parte de las Juntas Asesoras o de Evaluación y Clasificación, para retirar a un funcionario por facultad discrecional, pues esta es la que garantiza la legalidad de la misma.

Así mismo, mediante la Ley 1015 de 2006 se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, la cual es de aplicación exclusiva para los uniformados de la Policía Nacional, siendo una más de las formas de aplicación que igual impone correctivos ante ciertas conductas realizadas por uniformados, que afecten el deber funcional como lo señala el artículo 4, así:

“Artículo 4o. Ilicitud Sustancial. La conducta de la persona destinataria de esta ley será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”¹⁸

¹⁷ Ley 857 de 2003

Dicho argumento, lleva a reconsiderar que no se haría necesario aplicar la discrecionalidad, cuando ya hay una normatividad que acoge y se encarga de encauzar la disciplina y sancionar estas conductas, en el entendido que esta es también una herramienta potestativa del Estado para corregir las malas actuaciones cometidas por sus uniformados y estos de igual manera, se someterían a un proceso que garantizara derechos constitucionales que permiten blindar la toma de una decisión que finalmente es del Estado representado en una institución.

Sin embargo, al considerar los diferentes planteamientos realizados por las Cortes, es necesario indagar lo contemplado en la Sentencia C-525. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa (1995), la cual indica que:

“... Las medidas adoptadas tienen por finalidad facilitar la urgente y necesaria depuración al interior de la Policía Nacional, muchos de cuyos efectivos han venido incurriendo en los últimos tiempos -como es bien conocido de la ciudadanía, que lo ha padecido- en una serie de graves anomalías que van desde la ostensible ineficiencia en el cumplimiento de elementales deberes de protección al ciudadano, hasta la comisión de graves delitos de diversa índole”¹⁹.

Puede afirmarse, y ello ha sido reconocido por el gobierno y las propias autoridades de policía, que la institución, como se ha señalado, 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.

¹⁸ Ley 1015 de 2006

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-525 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

Por tal razón, señala la corte que: *“la más lógica y obvia de estas medidas es la que faculta a la institución para disponer con la mayor celeridad el retiro de aquellos de sus miembros, de cualquier rango que sean, sobre quienes haya graves indicios, o desde luego pruebas suficientes, de que no son aptos para asumir la delicada responsabilidad que se les confía, 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”*²⁰.

Además, esta sentencia deja más que claro que la aplicación de esta facultad debe estar encaminada al mejoramiento del servicio, así mismo anima a depurar el interior de las instituciones, haciendo referencia a quienes incurran en conductas que afecten los deberes de protección al ciudadano.

Sin embargo, los funcionarios a los cuales se les ha aplicado el retiro bajo este mecanismo, recurren constantemente a demandas y situaciones jurídicas, que les permita o bien sea reintegrarse a la institución o recibir una indemnización por los daños que les puede ocasionar quedarse sin empleo, para lo cual, en muchas ocasiones acuden a la acción de tutela, para lo cual, la Corte Constitucional en la Sentencia SU 250 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero (1998): manifiesta:

“La tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de

²⁰ Ibídem

considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta²¹”.

Por otro lado, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-179. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra (2006). Indica que:

“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 poder²²”.

Lo anterior indica que la facultad discrecional se debe ver como una forma para valorar comportamientos y conductas cometidas por funcionarios las cuales puedan causar un perjuicio al servicio público, en este orden de ideas, propende a la atribución discrecional para retirar a un funcionario por razones del servicio, sin embargo, esta misma necesidad de demostrar efectividad del estado, puede sobrepasar los derechos de las personas, para hacer uso de la defensa y del debido proceso.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia SU 250. Magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

²² Corte Constitucional. Sentencia C-179. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra (2006).

Del mismo modo, existen grandes inconformismos por la imagen de arbitraria que refleja la aplicación del mecanismo, sugiriendo en muchas ocasiones una posible vulneración del debido proceso, la cual fue interpretada por el Dr. Rodrigo Escobar Gil (2007), en la sentencia T-064, la cual señaló:

“No obstante lo anterior, como quiera 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, 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”²³.

Es así, como existe una razón argumentativa, que implica la justificación de los retiros, debiendo quedar clara la motivación de los mismos y el conocimiento que se le debe dar al funcionario sobre la acción tomada, de esta manera, no solo se evitaría los inconformismos y críticas al mecanismo, sino que, además, sería fuente de apoyo para las acciones que desee entablar el afectado, en procura del respeto de los derechos de las personas.

Esto, generaría una mayor claridad sobre la existencia de una posible arbitrariedad, tal como se señala en la Sentencia T-111 de 2009, así:

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-064. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil

“Las diferencias entre los procesos disciplinarios y la desvinculación discrecional y analizando 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, ha señalado que la misma 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”²⁴.

De esta sentencia es importante rescatar que la discrecionalidad no puede ser confundida con la arbitrariedad y que existiendo una junta asesora esta de ninguna manera debe extralimitarse u omitir algo dentro del mismo procedimiento para el cual fueron creadas como lo establece la ley 857 de 2003, por tanto este concepto debe ser completo y debidamente sustentado en verdaderos y suficientes motivos que más adelante y no en el instante demuestren que era necesaria la aplicación de la facultad discrecional en determinado funcionario.²⁵

Motivos que no solo deben ser claros para el funcionario, para evitar la arbitrariedad, sino que, además, son necesarios, teniendo en cuenta el daño que puede recibir una persona, al ser retirada de su cargo, por las diferentes responsabilidades que este adquiere en su vida.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T – 111 de 2009. Magistrada Ponente Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez

²⁵ Malagón Pinzon, M. (2007). Vivir en Policía: una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano, Ed. Uldad Externado de Colombia, Bogotá.

Por último, se debe acudir a la Sentencia T-265 de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, a través de la cual se hace alusión a:

“En lo referente a la interpretación que realiza el Gobierno y la Policía Nacional respecto a la discrecionalidad absoluta, tanto la jurisdicción contencioso administrativa como la constitucional, han fijado su postura. La primera ha precisado en su jurisprudencia, que los actos discrecionales que expide el Ejecutivo desvinculando a los oficiales de la institución encuentran sustento en normas legales y, por ende, no deben ser motivados. Sin embargo, cuando en la expedición de dichos actos, los jueces administrativos encuentran que existen conductas que desbordan el fin de la facultad concedida por la Constitución o la ley, éstos se han visto compelidos a declarar la nulidad de los mismos, declarando la desviación de poder”²⁶.

La jurisprudencia ha sido insistente al sostener que la facultad discrecional está demarcada por la buena prestación del servicio público encomendado al ente estatal; dentro de tales lineamientos fluctúa la apreciación que hace el nominador en relación con el desempeño de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Tal facultad está circunscrita a la ponderada evaluación que hace de diversos factores que en determinado momento conducen a decidir el retiro del funcionario.²⁷

La discrecionalidad no solo se enmarca en una línea de la prestación del servicio, si no también debe ser ponderada con más factores que conlleven al

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T.265 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

retiro, lo que permite demostrar que se deben evaluar no solo la afectación a la prestación del servicio que se haya generado con la conducta sino también otros motivos como los formularios de seguimiento, anotaciones, informes entre otros, que fortalezcan la decisión, y que no solo sea tomada por una decisión momentánea o de noticieros.

3. Los fundamentos de la discrecionalidad como argumento para demostrar la efectividad de sus instituciones

La acción disciplinaria en la Policía Nacional está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, el Inspector de la Policía Nacional y los jefes de las oficinas de control interno de la Institución, dentro de las cuales existen unas sanciones correctivas y preventivas que permiten encauzar el comportamiento, es de entenderse que en materia disciplinaria no se trata de resultado solo de mera conducta.

Ahora bien, para un funcionario a quien le inician un proceso disciplinario y según las leyes colombianas, tendría la posibilidad de acceder a la justicia, de aplicarse todos y cada uno de los principios y derechos constitucionales como el debido proceso, derecho a la defensa, a la contradicción, entre otros, pues la norma señala las etapas del proceso verbal o escrito los recursos a los cuales acceder, en que momentos, ante quienes y los términos para ello.²⁸

El proceso disciplinario inicia con una queja informe o de un medio de credibilidad es decir simplemente de oficio, siendo de carácter pública y oficiosa, el cual se divide en dos etapas: indagación preliminar, investigación disciplinaria y fallo²⁹, ahora bien, se ha comprobado que en toda investigación no siempre el fallo

²⁸ La construcción de la verdad en el proceso penal. Caldas Vera, Jorge Emilio. 2012

²⁹ La imputación objetiva en el derecho disciplinario. Berdugo Angarita, Andrés Eduardo. 2013

será de condena o en caso disciplinario sancionatorio, pues según el artículo 73 de la ley 734 señala la terminación del proceso disciplinario y la norma cita así:

“Terminación del proceso disciplinario. En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias”³⁰

Así mismo, para llevar a la práctica lo mencionado anteriormente, y al indagar sobre los procesos que manejan las oficinas de disciplina de la Policía Nacional, se ha encontrado casos en los cuales a un mismo funcionario se le pueden iniciar una investigación penal militar, administrativa o penal por una misma conducta, apartando la acción disciplinaria, según el artículo 2 de la ley 1015 de 2006, cuando señala:

“Autonomía. La acción disciplinaria es autónoma e independiente de las acciones judiciales o administrativas”³¹.

“Finalidad de la sanción disciplinaria. El acatamiento a la ley disciplinaria garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en relación con las conductas de los destinatarios de esta ley”.

“La sanción disciplinaria, por su parte, cumple esencialmente los fines de prevención, corrección y de garantía de la buena marcha de la Institución”

³⁰ Ley 734 de 2002

³¹ Ley 1015 de 2006

En ese orden de ideas existen funcionarios en la Policía Nacional a quienes no solo le pueden adelantar todas estas investigaciones, si no que a su vez le es aplicada la facultad discrecional.

Por tal razón, es necesario recurrir a la jurisprudencia, a través de la Sentencia SU-250 de 1998 la cual señalo la necesidad de la motivación del acto administrativo, así mismo, en la Sentencia SU -917 del 16 de noviembre de 2010 donde se reiteró y unifico la regla de la motivación en los actos administrativos.

De igual forma, en la sentencia C-179 de 2006 la corte señalo que “la discrecionalidad no es una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes” refiriéndose más adelante, mediante sentencia T-638 de 2012 que:

“el informe en que se basan para el retiro debe enseñarse para que ejerza su derecho a la Contradicción pues el secreto opera contra terceros y no contra el servidor público”³².

De acuerdo a lo anterior, la Sentencia C-052 de 2015 ratifica todo lo señalado en anteriores pronunciamientos, pero se observa una diferencia de las demás y es cuando refiere que los informes en los que se basa la discrecionalidad deberán ser puestos en conocimiento y que deberá hacerse un examen de fondo, se debe analizar no solo hoja de vida, evaluaciones de desempeño si no toda la información adicional pertinente de los policías³³.

En virtud de lo anterior, esta facultad no puede ser una potestad ilimitada de la Administración Pública, como lo señala la Sentencia C- 031 de 1995 que versen en actos caprichosos nacidos con el pretexto del ejercicio de una facultad discrecional.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-052 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

No obstante, una de las grandes características que se presentan al interior de la Policía Nacional y tal como se mencionó anteriormente, es la autonomía que posee ante las acciones disciplinarias, las cuales, son centralizadas a través de una oficina que se denomina Inspección General, quien, junto con la Secretaria General, llevan a cabo investigaciones, emiten sanciones y por supuesto son quienes postulan los candidatos para el retiro discrecional.

De tal manera, en la actualidad debido a los últimos casos que han sido presentados a través de los medios de comunicación, tal como lo es el caso de la “Comunidad del anillo” o los de desviación de investigaciones al parecer por actos irregulares cometidos por los altos mandos de la Institución, se puede decir, que resta credibilidad las actuaciones que han tenido hasta el momento dichas dependencias, lo cual se ve reflejado en el pago de indemnizaciones y reintegros del personal retirado.

En este punto, donde se pretende hacer alusión a la efectividad misional de la institución, ya que, si bien es cierto, existe bastante jurisprudencia respecto a la facultad discrecional, también lo es el hecho de que en el transcurso de los años han existido múltiples retiros de funcionarios, sin embargo, la pregunta sería ¿si después de esta depuración interna el desempeño de la policía nacional ha mejorado?

Así mismo, habría que preguntarse si la efectividad de la policía se midiera en alguna parte en la administración de sus recursos, esto implicaría indicadores deficientes al conocer los miles de millones de pesos que se han pagado por las demandas impuestas por funcionarios que han sido retirado de sus cargos sin el mínimo de requisitos, correspondiendo únicamente a decisiones viscerales y de aparente demostración de credibilidad temporal y superficial.

Es decir, que se haría necesaria realizar un estudio detallado sobre el costo – beneficio, mediante el cual se pueda establecer claramente cuál ha sido el impacto en el funcionamiento de la institución después de la aplicación de la discrecionalidad y si verdaderamente es el camino para obtener la mejor imagen y favorabilidad ante una sociedad dominada por medios de comunicación y por el deseo de conocer decisiones inmediatas sin importar la verdad de las cosas.

Por otro lado, sería prudente conocer de igual firma, cuál ha sido el destino de las personas retiradas de la institución mediante facultad discrecional, ya que seguramente, muchas de ellas se encuentran en libertad, colocando a consideración el hecho de que su salida puede ocasionar mayor daño a la sociedad, al tratarse de personas entrenadas, con conocimiento absoluto del funcionamiento de las unidades policiales y que pueden convertirse en el clavo en el zapato para el cumplimiento del deber misional de la fuerza pública.

Como estos, hay muchos más argumentos que podrían servir de análisis para considerar la facultad discrecional en relación con la efectividad del desempeño policial, sobre todo partiendo del hecho, de que debe ser un estudio amplio en el tiempo, para de esta manera determinar si efectivamente ha existido racionalidad y proporcionalidad entre las decisiones tomadas y los resultados de las mismas.

4. Conclusiones

Se hace necesario resaltar, la afectación evidente de los derechos constitucionales de los funcionarios retirados de la Institución mediante la discrecionalidad, sin embargo, en virtud de lo mencionado por las cortes debe primar el interés general sobre el particular, dando un respaldo absoluto al poder que posee el Director General de la Policía Nacional, respaldado además por las diversas leyes que brindan mayor transparencia y neutralidad a las decisiones.

En ese orden de ideas, también se puede decir que la aplicación de la facultad discrecional en la Policía Nacional es efectiva por ser una acción inmediata, entregando a las comunidades resultados de impacto contra quienes aparentemente vulneraron sus derechos, sin embargo, es necesario realizar un estudio más detallado, con el fin de poder conocer si esta efectividad es total y permanente, o si únicamente corresponde a presiones externas, lo que implicaría desmotivación de los hombres que hacen parte de las filas institucionales, pérdida de recursos y creación de otras formas de vulneración ante la entidad y ante la sociedad, generando efectos contrarios a los que se quería lograr.

Por otro lado, la acción disciplinaria o la facultad discrecionalidad, busca un bien general y a su vez la protección del mismo ESTADO recalcando como ya se ha mencionado que en los actos administrativos está la muestra del poder del Estado y que este no puede ser caprichoso apresurado, singular y violatorio de los derechos constitucionales.

Lista de referencias

Álvarez. Tabío, F. (1954) El Proceso Contencioso Administrativo, Ed. Librería Martí, La Habana, p. 380

Cassagne, J. (2007). El control judicial de la discrecionalidad administrativa - VII Jornadas Hispano – Argentinas de Derecho Administrativo, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, p. 9.

Colombia, (2014). Constitución Política. Bogotá, D.C. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Colombia Constitución Política (1991) artículo 150, numeral 19, literal e

Colombia, Corte Constitucional (Sentencia SU – 917 16 noviembre de 2010). Magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio. Bogotá, D.C.

Colombia, Corte Constitucional (Sentencia SU-053 febrero 12 de 2015) Magistrado Gloria stella Ortiz delgado Bogota DC

Colombia, Corte Constitucional. (1998) Sentencia SU 250 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-505 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Colombia, Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-179. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 175 de 1993. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (2009) Sentencia T-111. Magistrada ponente (e) Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez

Colombia, Corte Constitucional. (2007) T-064 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil

Colombia, Corte Constitucional Sentencia SU-917 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio (2010)

Colombia, Consejo de Estado. (2012) Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Colombia, Corte Constitucional. (2013) Sentencia T-265, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. (2015) Sentencia Su-053 Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado

Congreso de la República (26 de diciembre 2003) 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”

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho

acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescindiera de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que, de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-052 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Congreso de la República (18 de enero 2011) Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Congreso de la República (18 de enero 2011) Ley 62 de 1993 “Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República”

COVIELLO, Pedro J. J., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa” en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Cuestiones del contencioso administrativo, publicación de las VII Jornadas HispanoArgentinas de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ps. 271-272.

Decreto 2010 de 1992 “Por el cual se toman medidas para aumentar la eficacia de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”

Decreto Ley 1791 del 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”.

Decreto 1512 del 2000 “por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y se dictan otras disposiciones”

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la Administración

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tº I, 13º ed., Thomsom-Civitas, Madrid, 2006

CALDAS Vera, Jorge Emilio La construcción de la verdad en el proceso penal. 2012

BERDUGO Angarita, Andrés Eduardo La imputación objetiva en el derecho disciplinario. 2013

Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

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”

Ley 1015 (2006) “por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional”

MALAGÓN Pinzón, M. (2007) Vivir en Policía: una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 38 – 42

MALAGÓN Pinzón, Miguel Alejandro La ciencia de la policía en los inicios del constitucionalismo colombiano (1811-1830) Prisma Jurídico, vol. 9, núm. 1, enero-junio, 2010, pp. 155-168

NIETO, Alejandro, Estudios históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 1986

RODRIGUEZ Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Temis, 1994.

SÁNCHEZ Morón, Miguel, Discrecionalidad administrativa y control judicial

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I. Introducción a los Conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.