

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
DISCRECIONALES DE RETIRO EN LA FUERZA PÚBLICA**

EDGAR HERNANDO VALLEJO CASTILLO

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D.C.

2017

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
DISCRECIONALES DE RETIRO EN LA FUERZA PÚBLICA**

Trabajo de grado para obtener el título de Magister en Derecho Administrativo

Maestrante: EDGAR HERNANDO VALLEJO CASTILLO

Director: DANIEL JOSE VÁSQUEZ HINCAPIÉ

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá, D.C

2017

Contenido

| | |
|--|-----------|
| Desarrollo del trabajo | 5 |
| Evolución jurisprudencial de la discrecionalidad en la Fuerza Pública..... | 5 |
| Resumen..... | 5 |
| Abstract | 6 |
| Palabras claves | 6 |
| Keyword..... | 6 |
| Introducción | 7 |
| Situación fáctica | 7 |
| Problema jurídico | 7 |
| Justificación..... | 11 |
| Hipótesis | 14 |
| Objetivo general..... | 15 |
| Objetivos específicos | 15 |
| Metodología | 16 |
| | |
| Capítulo primero | 19 |
| Evolución jurisprudencial de la motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Fuerza Pública | 19 |
| Consejo de Estado | 19 |
| Retiro discrecional y retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía | 21 |
| Llamamiento a calificar servicios | 22 |
| Corte Constitucional | 22 |
| Requisitos y diferencias de las facultades discrecionales | 32 |
| | |
| Capítulo Segundo..... | 37 |
| Fundamentación normativa, doctrinaria y metodológica para la aplicación legal de la discrecionalidad en la Fuerza Pública | 37 |

| | |
|---|-----------|
| La práctica del discurso jurídico como garante del debido proceso en el retiro discrecional de los integrantes de la Fuerza Pública | 43 |
| Inobservancia del precedente constitucional..... | 46 |
| Capítulo Tercero..... | 50 |
| Resultado y conclusiones..... | 50 |
| Resultado | 50 |
| Actuaciones a observar por en nominador en la aplicación de la discrecionalidad en el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública | 52 |
| El procedimiento en las facultades discrecionales | 54 |
| Proceso para las facultades discrecionales | 55 |
| Por voluntad del gobierno o de la Dirección General de la Policía y retiro discrecional en las Fuerzas Militares | 55 |
| Por llamamiento a calificar servicios | 56 |
| CONCLUSIONES | 57 |

Desarrollo del trabajo

Evolución jurisprudencial de la discrecionalidad en la Fuerza Pública

Resumen

Este trabajo es un análisis orientado a evidenciar la evolución de la discrecionalidad en la jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual disienta el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional en el deber de motivar los actos administrativos discrecionales de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, avalándolos de forma inmotivada, para desvincularlos del servicio activo, en donde se trasgreden los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad; a su vez, se presenta una propuesta de solución con base en los mismos reglamentos que tienen las instituciones, en donde se habla de una jerarquía , estructura piramidal y escalafón, los cuales son interpretados subjetivamente por el nominador, desconociendo la supremacía de la Constitución Política y la observancia del precedente constitucional; el acatamiento de estas normas evitan la desnaturalización de la discrecionalidad y se respetaría el debido proceso, en el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta las evaluaciones y antecedentes de trayectoria profesional, antes de tomar las decisiones de retiro del servicio activo y de hacerlo, motivar el acto administrativo con razones de hecho y de derecho.

Abstract

This work is an analysis oriented to show how the contentious administrative jurisdiction doesn't accomplish with the duty of motivate the administrative discretionary acts of retirement of the public force members, endorsing it in a unmotivated way, for the purpose of unlink them from de active service, fundamental rights of the due process and the equality are violated; at the same time, it is shown a proposal of solution based on the same regulations that have the institutions, where it is spoken about a hierarchy, pyramidal structure and scale, which are subjectively interpreted by the nominator, disowning the supremacy of the constitution and the observance of the constitutional preceding; the abidance of this rules avoid the perversion of the discretion and it will respect the due process, in the retirement of the members of public force, considering the assessments and the records of professional path, before to make decisions of retirement of active service and to do it, motivate the administrative act with reasons of the fact and right.

Palabras claves

Facultad discrecional, retiro discrecional, desviación de poder, falsa motivación, inseguridad jurídica, derecho a la defensa, principio de razonabilidad, principio de racionalidad, principio de proporcionalidad, violación al debido proceso, arbitrariedad, abuso de poder o de autoridad.

Keywords

Discretion, discretionary withdrawal ,misuse of power, false reasoning, legal uncertainty, the right to defense, the principle of reasonableness, rationality principle, the principle of proportionality, violation of due process, arbitrariness, abuse of power or authority

Introducción

Situación fáctica

La Fuerza Pública deben cumplir con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad para el ejercicio de la facultad discrecional del retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, en concordancia y coherencia en la aplicación de la discrecionalidad del acto y la finalidad que persigue la institución que buscaría dar solución a las declaraciones sin efectos, por errores en la apreciación de pruebas o por desconocimiento de las normas, tanto de los jueces administrativos como de los nominadores de cada institución que integra la Fuerza Pública encargados de tomar las decisiones, las cuales dejan la sensación de una inseguridad jurídica entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

De hecho, la aplicación indebida de la facultad discrecional por parte de los nominadores se da cuando el grado de afectación no es claro y notorio, luego debe ser detectable sin mayor dificultad, porque lo que se pretende con la medida discrecional es resolver circunstancias que infrinjan la actividad funcional de la entidad y al no darse estos presupuestos, no se puede lograr la relación de conexidad entre las investigaciones disciplinarias y la facultad discrecional; por el contrario, se presenta su deslegitimación para constituirse en una forma de responsabilidad objetiva vedada en nuestro ordenamiento jurídico, por ser presupuesto para configurar la falta disciplinaria y la imputación a título de dolo o culpa; así mismo, no es justificable retirar a un integrante de la Fuerza Pública, cuando la hoja de vida del funcionario presenta anotaciones y calificaciones excepcionales con relación a la actividad que normalmente debe realizar dentro de su servicio.

Problema jurídico

Los jueces administrativos, los tribunales contencioso administrativo y el Consejo de Estado, no realizaban acciones concernientes con el deber de motivar los actos administrativos discrecionales de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, porque se

ciñen al ordenamiento legal existente en cada institución para la desvinculación a los miembros activos de la Fuerza Pública, quedando un vacío en la forma de implementarla con relación a la mejora o necesidad del servicio, exponiéndose a incurrir en una transgresión a los derechos fundamentales, al debido proceso, artículo 29 de la Constitución Política y el derecho a la igualdad, artículo 13 de la misma; además tenía una discrepancia con la Corte Constitucional, en cuanto a la motivación de los actos administrativos discrecionales de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, que es concordante con la supeditación de la legislación colombiana a la supremacía de la Constitución Política, artículo 4; de igual forma en algunos casos no fue observante en la aplicación del precedente Constitucional de acuerdo a los lineamientos de la Corte Constitucional en sentencias T-720 de 2010, T-824 de 2009, T-655 de 2009, T-456 de 2009, T-296 de 2009, T-111 de 2009, T-1173 de 2008, T-1168 de 2008, T-432 de 2008, T-816 de 2002 entre otras.

En sentencia T- 824 de 2009, la Corte Constitucional hace el siguiente planteamiento:

(...) la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tienen pleno respaldo constitucional. No obstante, esta potestad no es absoluta, pues, un acto de retiro discrecional solo se ajusta a la Constitución cuando: (i) es respetuoso de los principios de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) se encuentra debida y suficientemente motivado, de conformidad con el concepto previo emitido por la Junta Asesora o comité de evaluación, según el caso y; (iii) existe una relación directa entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública; Igualmente, el acto administrativo que dispone el retiro de un miembro de la Fuerza Pública, debe estar debidamente motivado, pues él contribuye a efectivizar los derechos fundamentales a la defensa y al acceso a la administración de justicia. (Corte Constitucional Sentencia T-824, 2009).

De igual forma, este asunto fue ilustrado con amplitud en la sentencia T-265 de 2013, donde la Corte señaló que pueden extraerse tres elementos comunes a toda potestad discrecional, dentro de la cual incluyó la causal de llamamiento a calificar servicios, a saber:

(...) i). Debe existir una norma de rango constitucional o legal que la contemple expresamente. En virtud de los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Carta, en un Estado de derecho las autoridades solamente pueden actuar conforme las competencias que les han sido otorgadas. Lo anterior tiene “por finalidad delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica. (...) ii). Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza. La Corte ha manifestado que “la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él”. Es claro entonces que “el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad. Por lo tanto, es necesario confrontar los móviles con los fines. De allí surgen justamente las teorías del ‘abuso del derecho’, y la ‘desviación de poder. (...) iii). La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se comparezca con los supuestos fácticos que la originan: “El principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. (Corte Constitucional Sentencia T-265, 2013).

En sentencia SU 217 de 2016, la Corte Constitucional hace la siguiente conclusión:

(...) con relación a las facultades discrecionales en la Fuerza Pública en definitiva, y en aplicación de la reciente sentencia de unificación de la Corte, la Sala Plena de

la Corte Constitucional confirmará todos los fallos de segunda instancia en los procesos de tutela en el entendido de que: (i) el llamamiento a calificar servicios no requiere de una motivación expresa porque contienen una motivación derivada de la ley constituida por los dos requisitos materiales de tiempo servido y de la existencia de una recomendación previa de la Junta de Asesores del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional; (ii) el buen desempeño del cargo no se traduce en una estabilidad laboral absoluta que limite las competencias legales de la Fuerza Pública para acudir a dicha figura de retiro; y (iii) los actos administrativos que se deriven del llamamiento pueden ser objeto de control judicial pero, en estos casos, los demandantes tienen la carga probatoria de demostrar que los mismos son producto de una acción discriminatoria o fraudulenta.

Lo que indica que hasta el momento existen argumentos jurídicos constitucionales que obligan a motivar el retiro discrecional de la Fuerza Pública, pero no se deja claro el procedimiento para la discrecionalidad del llamamiento a calificar servicios basado en los dos requisitos y que tenga coherencia con la normas existentes porque se cambia el término de concepto por el de recomendación de la junta asesora y esto no está dado en los artículos 99 del decretos 1790 de 2000 y 1° de la ley 857 del 2003; tampoco es coherente, no tener en cuenta la trayectoria profesional de un integrante de la Fuerza Pública, para decidir sobre su permanencia en la profesión e institución, en donde el Gobierno ha invertido en capacitación y entrenamiento para que ejerza su función pública, que en esta figura es un tiempo superior a 15 años de acuerdo al caso, decisión con base en la valoración subjetiva del nominador; además, que la carga de la prueba se le traslade al afectado, quien su único soporte probatorio es la hoja de vida en donde reposa su calificación y clasificación anual, la que se refleja en el escalafón institucional de acuerdo a la promoción y no sea tomada en cuenta para la toma de la decisión por parte del nominador.

Justificación

En la presente investigación se tiene un fundamento garantista que respalda la institucionalidad de las entidades del Estado como la Fuerza Pública, la jurisdicción Contencioso Administrativa y la Corte Constitucional, las cuales propenden por dar cumplimiento a la Constitución Política en la aplicación de los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho a la igualdad, con miras en la práctica de la medida discrecional de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, en la cual debe atender a razones objetivas y hechos ciertos que la justifiquen, porque esta herramienta permite realizar un relevo dentro de las instituciones jerarquizadas para facilitar la administración apropiada del talento humano como los ascensos, promociones y culminación normal del servicio en la Fuerzas Militares y en la Policía Nacional, esta herramienta ostenta una presunción de legalidad, siempre y cuando este precedida de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos que prescindan de las decisiones arbitrarias e injustificadas, lo cual es concordante con el artículo 44 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente y con el ánimo de profundizar el planteamiento mencionado, se revisaron y estudiaron varias investigaciones y artículos publicados en revistas de investigación que tienen relación con el presente estudio, encontrando dos tendencias: la prevalencia de la Constitución y su precedente, en la observación de los derechos fundamentales, ejercida por la Corte Constitucional aplicando los principio de igualdad y de legalidad en los actos administrativos de retiro de la Fuerza Pública; y el procedimental ordinario, ejercido por el Consejo de Estado en la aplicación taxativa de la ley, respaldada únicamente en la norma, la cual estipula unos requisitos específicos los cuales se deben cumplir; consecuentemente, estas diferencias se encuentran en los fallos de las altas cortes a través de sentencias, generando reclamaciones de aquellos que han laborado en la Fuerza Pública por más de quince años de servicio y los que son retirados en cualquier tiempo de las instituciones; en ambos casos, sin motivación justa, siendo evidente la deficiencia y desnaturalización en la aplicación de las medidas discrecionales creadas por la Administración, las cuales deben ser acordes con la evolución normativa del país.

Colombia es un Estado constitucional, social y democrático de derecho y por consiguiente debe comprenderse que no existen facultades discrecionales absolutas, las cuales han venido evolucionando con la globalización jurídica, en donde los derechos de los administrados le permiten garantizar la participación en las decisiones del Estado, el cual a su vez debe garantizarle que la administración actúa de acuerdo a la ley (Hugo Caldera, 1989, p. 423-428).

En el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, con ocasión de las facultades discrecionales, se han generado una serie de actuaciones jurídicas en las cuales la Corte Constitucional ha tenido que tomar parte como ente garantista de los derechos de todos los colombianos y en sus pronunciamientos, desde hace varios años en diferentes sentencias, ha expresado que en Colombia no pueden existir normas que desborden los ordenamientos constitucionales y menos en aquellas facultades especialísimas que el mismo Estado le ha conferido a la administración, con el fin de cumplir a cabalidad sus funciones, encontrándose dentro de ellas las facultades discrecionales, las cuales deben aplicarse con un buen juicio para su desarrollo y funcionamiento de la administración, responsabilidad del funcionario que tenga mencionada facultad; sin embargo, siempre debe observarse la sujeción al principio constitucional de legalidad, el cual estará subordinado a un control jurídico, con el fin de evitar un uso desmedido del poder público por parte de la administración, desembocando en arbitrariedad o desviación del poder. (Ortiz, Rodríguez y Perdomo, 2011).

De hecho, el principio de legalidad es el rector del actuar diligente de la administración, es por ello que debe observar los lineamientos de la norma suprema del ordenamiento jurídico, como también la convencionalidad del mismo; igualmente, es fundamental que se tenga presente el debido proceso, en la práctica de la facultad discrecional, pues es ilógico que no se tenga en cuenta la hoja de vida, el formato de seguimiento y la calificación del uniformado, quien en cada instancia ha debido presentar los respectivos recursos y aclaratorias al no estar de acuerdo con estas actuaciones internas, que con el tiempo serán documentos decisorios a la hora de retirarlo del servicio, si existen estos documentos son precisamente elementos de prueba, que permiten al funcionario encargado

de aplicar la discrecionalidad y con base en el escalafón de cada promoción, evaluar objetivamente el desempeño del uniformado y poder argumentar con razones de juicio el respectivo acto administrativo discrecional, el cual deberá ser notificado al afectado quien podrá controvertir estos argumentos y así la administración tomará acertadamente la decisión pertinente (Mora, 2012).

Finalmente, se incentiva al nominador de la institución de la Fuerza Pública, para que observe el marco de legalidad referido con el fin de que ajuste las decisiones de la discrecionalidad a las normas que rigen un Estado social democrático y de derecho como Colombia, en donde se deben respetar los derechos fundamentales de los servidores públicos por ser su deber constitucional y misional; así mismo se sugiere un proceso y procedimiento a revisar o implementar, para que en la práctica de toda discrecionalidad en el retiro del servicio activo, el uniformado tenga las garantías para conocer los motivos de su retiro y que estos obedezcan a los principios de proporcionalidad y legalidad en concordancia con la finalidad de la norma y los objetivos misionales de la institución.

Hipótesis

Para plantear una respuesta a la pregunta de esta investigación, se propone la teoría del discurso jurídico de R. Alexy, en donde se integra dos modelos de sistemas jurídicos: un sistema de procedimientos, por el cual se fundamenta la forma como se debe aplicar la facultad discrecional, el proceso y la forma como se procede en un preciso momento y segundo, el sistema de normas en el entendido que es un mandato legal, que no deja en claro su práctica a los integrantes de las Fuerza Pública, esta interrelación desarrolla un concepto evolucionado del sistema jurídico encauzado por la razón práctica, lo que nos lleva a concluir que existe una interdependencia.

El discurso jurídico, permite la justificación formal de la norma, para que se establezca una obligación igualitaria en el trato a las personas que están ubicadas dentro de una situación fáctica, en donde se pueda fundamentar un juicio jurídico utilizando una norma universal; así mismo proporciona el planteamiento de una regla que dirima la duda sobre si se trata de una hipótesis general o una hipótesis que establece excepción a una hipótesis general; de igual forma, mediante la dogmática jurídica se van a evidenciar las razones que tiene la medida discrecional y el debido proceso, resaltando la crítica de la forma como se aplica la discrecionalidad por parte del nominador desnaturalizando su esencia; sin embargo, la función estabilizadora del discurso jurídico toma en cuenta la doctrina para institucionalizarla en las entidades y corporaciones comprometidas en ser garantes de la discrecionalidad; por otra parte, también garantiza la firmeza de los conceptos especialmente cuando se habla de la doctrina constitucional, la cual tiene supremacía ante cualquier norma por la razonabilidad de su interpretación y práctica, que han logrado encausar la facultad discrecional en la Fuerza Pública conservando su esencia y finalidad.

El discurso jurídico respeta el principio de la obligatoriedad de la ley, por ello busca la solución más razonable para extraer como base las normas vigentes en derecho, toma en cuenta la interpretación hecha mediante la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica, con los cuales busca precisar el derecho sólidamente para facilitar la solución de casos con un grado determinado de complejidad.

Objetivo General

Explicar cómo la evolución jurisprudencial, genera herramientas a las autoridades nominadoras para que observen los principios constitucionales y derechos fundamentales e implementen procesos y procedimientos que apliquen en la práctica de la facultad discrecional en la Fuerza Pública.

Objetivos Específicos

- Definir la importancia del derecho fundamental al debido proceso y la obligación de motivar los actos administrativos para evitar la arbitrariedad de la discrecionalidad en el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
- Determinar las posibilidades de implementar las garantías del debido proceso, la estabilidad jurídica de todos los administrados, con la aplicación del derecho objetivo, el precedente constitucional y el ius cogens, en la adecuada motivación de los actos administrativos.
- Sugerir la implementación de un proceso y procedimiento, que exija integrar los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las normas, para garantizar seguridad al nominador en la práctica de la discrecionalidad en la Fuerza Pública.

Metodología

El método de investigación es cualitativo¹, se analizan casos actuales que se están desarrollando y que debido a su vigencia todavía siguen siendo objeto de estudio y controversias y evolución, en donde específicamente, las autoridades nominadora en algunas oportunidades han violado los derechos fundamentales de los afectados por la práctica de la facultad discrecional, inclusive llegando a su última instancia en la jurisdicción contencioso administrativa, como lo es el Consejo de Estado; el cual, se ha apartado del precedente constitucional y al ser sometidas sus decisiones a revisión de la Corte Constitucional, máximo ente garantista de la Constitución Política, son revocadas para concederle la razón al afectado y respetarle el debido proceso.

La investigación propuesta se realiza desde un enfoque metodológico de análisis y síntesis², toda vez que se proyecta trabajar mediante el razonamiento lógico de las normas analizadas, como lo son el decreto ley 1790 de 2000, decreto ley 1791 de 2000, Decreto ley 1800 de 2000 y la Constitución Política con su precedente constitucional en las sentencias C-525 de 1995, C-193-de 1996, C-872 de 2003, C-179 de 2006, C-758 de 2013, T-816 de 2002, T-995 de 2007 ,T-432 de 2008, T-871 de 2008, T-1168 de 2008, T-1173 de 2008, T-111 de 2009, T-296 de 2009, T-456 de 2009, T-655 de 2009, T-824 de 2009, T-720 de 2010,SU 917 de 2010, SU053 de 2015, SU-172 de 2015, SU-091 de 2016, SU217 de 2016, T-107 de 2016; y las sentencias del Consejo de Estado 11001-03-15-000-2012-02242-00, 25000-23-25-000-1999-02769-01(5053-03), 50001-23-31-000-2002-00004-01(4013-05),

¹ El interés de la investigación cualitativa es captar la percepción de los sujetos sobre su contexto, en este caso los integrantes de la Fuerza Pública, quienes son afectados injustamente por la aplicación indebida de la facultad discrecional; es así, que el investigador promueve las propiedades del problema en estudio a partir de la forma como interpreta e inciden su mundo los individuos que se desenvuelven en la realidad que se examina. No se parte de supuestos de procedencia teórica, si no se busca conceptualizar sobre la realidad con base en el comportamiento, los conocimientos, las actitudes y valores que orientan el comportamiento de los sujetos estudiados. (Bonilla y Rodríguez. P. 84- 86)

² Es un proceso de conjetura y verificación, de corrección y modificación, de sugerencia y defensa, creativo de organización de datos que hará parecer el esquema analítico como obvio; por consiguiente, se infiere la existencia de cuatro procesos cognitivos como constituyentes dinámicos de todos los métodos cualitativos: comprensión, síntesis, teorización y recontextualización. Estos cuatro procesos corresponden a una secuencia lógica, ligada al progreso de elaboración mental que el investigador cualitativo desarrolla en el transcurso de su labor de creación de conocimiento. (Sandoval, 2002.p.183)

25000-23-25-000-2000-08973-01(9020-05), 25000-23-25-000-2001-02031-01(1398-08),
 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11), 13001-23-31-000-2001-01260-01(1963-11),
 13001-23-31-000-2001-01396-01(4236-14), 25000-23-25-000-1998-03350-01(3659-05),
 05001-23-31-000-1997-03233-01(1703-05), 25000-23-25-000-2002-10877-01(7880-05),
 25000-23-25-000-1999-05698-01(3981-05), 76001-23-31-000-2001-01511-01(8762-05),
 P09 25000-23-25-000-2001-01196-01(0121-08), 25000-23-25-000-2002-04711-02(2474-
 07), 25000-23-25-000-2002-08883-01(8380-05), 76001-23-31-000-2001-01511-01(8762-
 05), P12 05001-23-31-000-2002-00428-01(0871-11), 05001-23-31-000-2002-00428-
 01(0871-11), 11001-03-15-000-2012-00620-00(AC), 25000-23-25-000-2003-01315-
 01(1242-09), 05001-23-31-000-2001-03004-01(0357-12), 05001-23-31-000-2001-03004-
 01(0357-12), 4 19001-23-31-000-2001-00988-01(1425-09), 11001-03-15-000-2015-01434-
 01(AC), 11001-03-15-000-2016-00387-00(AC), 13001-23-31-000-2001-01000-01(0286-
 09); así mismo, este enfoque metodológico adoptado para el despliegue de esta
 investigación, corresponde al análisis y síntesis, de la forma como se está practicando la
 facultad discrecional en la Fuerza Pública con los uniformados en servicio activo y la
 divergencia de línea jurisprudencial entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado
 sobre la nombrada discrecionalidad y la evolución conceptual de sus diferencias.

De acuerdo a lo anterior, un segundo enfoque metodológico desarrollado es
 hermenéutico dialectico³, solución de contradicciones entre la aplicación de la facultad
 discrecional por parte de los nominadores de la Fuerza Pública y los afectados, las cuales se
 han definido en los estrados judiciales que a su vez, han encontrado posiciones jurídicas
 contrarias, atentando contra la seguridad jurídica, teniendo como afectados a los integrantes
 de las respectivas instituciones que han sido objeto de la discrecionalidad.

³ Hermenéutico en el entendido de la teoría científica del arte de interpretar los diferentes elementos o textos (Dueñas p. 49) y dialectico con relación a la necesidad del discurso jurídico, esto es el procedimiento de la doctrina jurídica a la que suele llamarse “dogmática” que resulta de las debilidades de la previsibilidad que se derivan de la labor legislativa. Tanto de las experiencias históricas como las reflexiones doctrinales, muestran que no es posible ningún procedimiento legislativo cuyo resultado sea capaz de prescribir normas para todo posible caso que se presente en el futuro. (Alexy p.7 y 69)

De igual forma, se plantea una orientación temporal transversal, para buscar una solución de seguridad jurídica y garante por el derecho fundamental del debido proceso en el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública por la facultad discrecional.

La investigación es de tipo teórico, se pretende determinar procedimiento que permita dirimir y buscar una única solución en la práctica de la facultad discrecional del retiro de los miembros de la Fuerza Pública, respetando sus derechos, aplicando la norma con objetividad, con razones de hecho y de derecho, de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con la práctica de la mencionada discrecionalidad, evitando incurrir en arbitrariedades y ejercer un control de legalidad en la aplicación discrecional, la cual se debe ajustar a las realidades garantes de un Estado Social de derecho en donde no pueden existir normas absolutas ni arbitrarias.

El alcance de la presente investigación es dogmático porque integra el análisis y estudio de las normas que facultan al nominador para ejercer la facultad discrecional; de igual forma, las inconsistencias y vacíos presentados en la norma son aclarados por la jurisprudencia que a su vez se sustenta en la doctrina jurídica, todo esto con el fin de integrar la norma, los principios y el procedimiento.

El tema es de actualidad permanente, porque a pesar de los años en que se ha venido practicando la discrecionalidad, también se ha depurado su concepto y su aplicación, especialmente en los temas relacionados con el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, en donde existen dos facultades discrecionales identificadas por las altas cortes como lo son: por voluntad del gobierno y llamamiento a calificar servicios, presentándose una dualidad en la interpretación de la discrecionalidad (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-107 2016), evidenciado en los eventos que mencionaremos a continuación y que interfieren en el desarrollo de la investigación para posteriormente ser analizados.

Capítulo Primero

Evolución jurisprudencial de la motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Fuerza Pública.

La Fuerza Pública integrada por la Fuerzas Militares y la Policía Nacional, tienen una naturaleza constitucional diferente a la de cualquier otra entidad o cargo público, con características de una estructura de jerarquía piramidal que obliga a unas exigencias especiales para permanecer en el cargo y por eso cuentan con herramientas dotadas de un poder discrecional, para permitir la rotación permanente en los cargos con el fin de generar un relevo catalogado como normal o que faculte proteger la institución en el cumplimiento constitucional de sus funciones, al presentarse situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, velando por el mejoramiento del servicio; estas herramientas, son el retiro discrecional y el llamamiento a calificar servicios.

Consejo de Estado

Al analizar la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en la primera década del año 2000, es notorio como se promovió por parte de los nominadores la facultad discrecional, como mecanismo disciplinario, con el fin de no realizar el procedimiento normal para las investigaciones de este carácter, hechos que desvirtuaron la naturaleza de la facultad discrecional, porque se incurrieron en violaciones al debido proceso que conllevaron a evidenciar un abuso o desviación de poder; sin embargo el Consejo de Estado apoyó esta práctica respaldado en los conceptos emitidos en sentencias de la Corte Constitucional, en donde avala la no publicidad del acto que recomienda el retiro del uniformado, porque esta causal de publicación no está en ninguna disposición legal que lo ordene.

Junto a esto y durante esta década, se utilizaron términos ambiguos que dejaban abierta la posibilidad de controversia, en especial cuando se hacía referencia a las actas que debía de realizar la junta asesora del Ministerio de Defensa Nacional, la cual debe emitir un

concepto para el retiro del uniformado de acuerdo a lo contemplado en la norma, pero al dar respuesta los jueces en las respectivas instancias y en atención a los recursos de alzada interpuestos por las partes, los jueces utilizaban términos que pueden parecer sinónimos con un significado diferente, como en la expresión concepto, la cual era cambiada por recomendación, aprobación o sugerir, pero que en esencia, ninguno de estos tres términos cumple con el valor lógico, determinado y concreto que exponga objetivamente, los motivos de la decisión de retiro del servicio activo del miembro de la Fuerza Pública, como sí condiciona el término de concepto el cual está dado en la norma.

En consecuencia, el Consejo de Estado fija su línea jurisprudencial, en cuanto comenzó a practicar la aplicación exegética de la norma, basándose en el derecho objetivo con una interpretación gramatical de misma y en abstracto de términos facultativos, porque no se observan que las circunstancias son diferentes y la facultad discrecional debe actuar en casos definidos y particulares, no se analizan conscientes que la discrecionalidad no es absoluta y debe argumentarse o motivarse sin dejar vacíos que conducen al desconocimiento de los derechos constitucionales; además, argumenta que las normas que justifican el retiro, no exigen una valoración de la conducta del actor, ni que la buena conducta, la eficiencia profesional en el servicio, la idoneidad o el buen desempeño en el empleo, limiten la facultad discrecional, pueden existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios y tales cualidades no otorgan un fuero de inamovilidad; junto a esto, el Consejo de Estado es claro en manifestar que la facultad discrecional, no está limitada al previo adelantamiento de procedimientos de otra índole, pues su fin es la búsqueda del bienestar general en el mejoramiento del servicio. (Consejo de Estado de Colombia. Expediente 7880 de 2005)

En las diferentes impugnaciones por la aplicación de las medidas discrecionales, se hace relación a la violación al debido proceso por la fecha de las actas de la junta asesora del Ministerio de Defensa, las cuales quedan en firme con fecha posterior a la reunión de la junta; es así, como el Consejo de Estado, realiza un análisis de la naturaleza jurídica de las mentadas actas determinando que no son objeto de control por vía jurisdiccional, por tratarse de meros actos de trámite, esto no impide que la legalidad del acto definitivo pueda verse afectada por vicios de los actos previos que le sirvieron de sustento, y en dicha medida, estos últimos

puedan ser analizados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el proceso en que se ventile la legalidad del acto que puso fin a la actuación administrativa.

En la segunda década año 2010 hasta la fecha, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado se ha mantenido, pero ha precisado sobre la diferencia que hay entre la facultad discrecional por voluntad del gobierno y la facultad discrecional por llamamiento a calificar servicios; las cuales, siendo discrecionales según esta corporación, tienen fines y requisitos diferentes así:

Retiro discrecional y retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional.

Es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades. (Consejo de Estado de Colombia. Radicado 00387-00(AC) de 2016)

Este retiro requiere, la expedición de un acto administrativo, previa recomendación realizada mediante acta de la Junta de Evaluación correspondiente.

En el 2016 acoge el estándar de motivación la unificación de jurisprudencia con relación al estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Fuerza Pública en ejercicio de la facultad discrecional; la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo. Conceptos que tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en

sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio. (Consejo de Estado de Colombia. Radicado 00387-00(AC) de 2016)

Llamamiento a calificar servicios.

Es una manera normal de retiro del servicio activo dentro de la carrera militar y de la Policía Nacional que procede cuando se cumple un determinado tiempo de servicios y se tiene derecho a la asignación de retiro; así mismo, su motivación está contenida en la ley que establece las condiciones para que el mismo se produzca, por lo que no es necesaria una motivación adicional del acto. Esta causal es un instrumento, para la evolución institucional, que permite el relevo y la variación de las líneas jerárquicas de los cuerpos armados, para facilitar el ascenso y promoción de los uniformados. (Consejo de Estado de Colombia. Radicado 00387-00(AC) de 2016)

Corte Constitucional

En esta primera línea de análisis normativo, podremos evidenciar como la Corte Constitucional ha ido depurando falencias y vacíos de la norma, los cuales han sido aprovechados por los nominadores para desnaturalizar la razón de ser de la facultad discrecional que amparados en la misma, se da una aplicación diferente para la cual fue creada, tratando de adecuar las valoraciones subjetivas del nominador, con conceptos vagos e imprecisos, desconociendo los principios fundamentales y los mandatos constitucionales; sin embargo, este desempeño garantista de la Corte Constitucional, no ha podido ser completo y aunque se ha evolucionado al reconocer categóricamente la motivación de los actos administrativos de retiro del servicio por la facultad discrecional por voluntad del gobierno, todavía persisten algunas actuaciones que a pesar de haber sido discutidas en esta alta Corte con relación a la discrecionalidad por llamamiento a calificar servicios, se deja abierta la posibilidad que se presenten perjuicios a los derechos fundamentales de los servidores públicos que pertenecen a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, al avalar y otorgar una inmunidad o poder omnímodo al nominador. Esta postura presentó disenso en la Corte, porque según lo expresado en el salvamento de voto de algunos Magistrados, antes

del giro jurisprudencial referido, del llamamiento a calificar servicio, esta alta corte era categórica en establecer que para que los actos de retiro se adecuen a la Constitución deben respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, encontrarse debida y suficientemente motivados y existir una relación directa entre la motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Fuerza Pública, exponiendo la función garantista que debe tener la Corte Constitucional en un estado social democrático de derecho como lo es Colombia.

Iniciaremos haciendo referencia a la síntesis a las sentencias de tutela que negaron el amparo de derechos fundamentales al buen nombre, a la honra, igualdad y al debido proceso, por parte del juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá D.C. y El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Penal primera y segunda, instancias en donde se confirmó el retiro del servicio activo de una oficial de la Fuerza Aérea Colombiana y la Corte Constitucional mediante sentencia T- 816 de 2002 previo análisis del caso, concluye que el motivo que se tuvo en cuenta para retirar del servicio activo de la Fuerza Aérea Colombiana a la oficial, fue su matrimonio con un suboficial de grado cabo segundo, hecho para el cual se aprovechó la decisión del Gobierno de retirar del servicio a los militares presuntamente responsables de la vulneración de derechos humanos, corrupción y bajo rendimiento, todo ello en ejercicio de la facultad discrecional dada por el artículo 104 del Decreto Ley 1790 de 2000. Por lo tanto, el asunto jurídico en debate no gira en torno a la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la estabilidad en el empleo, sino a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, la igualdad y el buen nombre; así mismo aclara: Por lo tanto, los reglamentos, ni las instituciones militares no podrán contener, ni admitir elementos, normas, principios o comportamientos que estén en contravía de la Constitución vigente, como tampoco favorecer o permitir prácticas institucionales que se aparten de la consideración y respeto debidos a la privilegiada condición de seres humanos, tales como los tratamientos que afecten el libre desarrollo de la personalidad de los militares. En otras palabras, los reglamentos o las prácticas institucionales que condicionen la permanencia laboral o el trato igualitario a la no celebración de matrimonios entre miembros de rango militar diferente, contrarían los

derechos constitucionales fundamentales de sus integrantes. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 816 de 2002).

Para destacar de este fallo, se tiene cómo el nominador de la Fuerza Aérea pretendió utilizar la discrecionalidad, para retirar del servicio activo a una oficial, por no haber acatado un concepto subjetivo de este funcionario y al no ser atendido, abuso de su condición jerárquica y la incluyó en un acto administrativo de retiro, sin tener ninguna motivación relacionada con su función o servicio institucional; en su arbitrariedad violó los fundamentos constitucionales, relacionado al derecho fundamental que tiene cada persona del libre desarrollo de la personalidad y la libertad para elegir a la persona con la cual puede casarse.

En la sentencia T- 432 de 2008, se tutelan los derechos al debido proceso, a la defensa, a la salud y al mínimo vital del accionante, quien es un intendente de la Policía Nacional, la cual adoptó la decisión de retirarlo por razones del servicio, mediante un acto administrativo que no expuso las razones por las cuales se produjo la desvinculación, con base en la facultad discrecional que tiene la citada Institución.

La Corte Constitucional, advierte sobre la facultad amplia que posee la Institución representada por la Dirección General de la Policía Nacional, para prescindir de los servicios de alguno de sus miembros justificada en las razones del servicio, en aras de garantizar el cumplimiento de sus funciones así como la integridad y el fortalecimiento de la misma; sin embargo, en su pronunciamiento dice que aparentemente hay una situación de prima facie y que en ningún momento la Policía Nacional, desvirtúa que en la trayectoria institucional el actor obtuvo reconocimientos y buenas calificaciones, como tampoco registra sanciones de carácter disciplinario, corroborando un buen desempeño profesional.

No hay ninguna razón sustentada dentro del escrito, en donde especifique las razones que dieron lugar al retiro del actor de la Policía Nacional, ni que haya puesto en conocimiento del accionante el informe emitido por la Junta para que de esa forma pudiera controvertir el actor ante la jurisdicción competente; aclara que el acto no debe ser motivado, porque le quitaría la calidad de reservado pero ante terceros y la norma es clara al establecer

que la decisión debe estar precedida de un concepto objetivo por parte de la Junta, la cual debe hacer un examen de la hoja de vida del afectado, así como de los informes de inteligencia respectivos y de ello levantar un acta y el concepto no debe ser reservado para el afectado, con el fin de garantizarle el debido proceso y permitirle conocer dicho informe para defenderse controvirtiéndolo, culminando el análisis en decirle a la Policía Nacional que desconoció el debido proceso administrativo por no haber basado la decisión en el informe previo de la junta, haber hecho referencia a él y hacerlo conocer por el afectado para que pudiera controvertirlo. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 432 de 2008).

De igual forma, vuelve y se presenta la desnaturalización de la facultad discrecional y la mala aplicación de la misma por parte del nominador sobreponiendo la subjetividad conceptual; en esta sentencia, se aclara otro hecho por parte de la Corte Constitucional, como es el deber de motivar el acto y notificarlo al afectado para que pueda controvertirlo y que la discrecionalidad es para terceros, pero no para el directo afectado.

En la sentencia T-1168 de 2008, se analizan cinco casos por facultad discrecional, en los cuales no argumentan ni motivan los actos de retiro, en todos los actos no se notificaron a los actores; es así como la Corte reitera enfáticamente en aclarar, que hay violación al debido proceso.

De este modo, al no vislumbrarse en el acta los cargos invocados contra el accionante, ni una indagación exhaustiva que implicara un examen de pruebas allegadas al proceso de la hoja de vida y demás elementos, que permitieran concluir que los hechos aducidos eran causa suficiente para disponer el retiro del demandante en tutela y con ello desarrollar el objeto institucional de la Policía Nacional, se vulneró el derecho al debido proceso del accionante, y se desconoció la norma que atribuyó tal facultad discrecional, comoquiera que con esta actuación no se satisfizo el postulado determinado por esta Corporación para la declaratoria de su constitucionalidad, haciendo de esta actuación un acto claramente arbitrario.

En esta sentencia se puede analizar, como la Corte Constitucional estudia cinco casos presentados en diferentes ciudades en donde el nominador es de la Policía Nacional, son policías de diferente rango, entre nivel ejecutivo y oficiales y con todos se comente la

misma arbitrariedad; tanto así, que ya teniendo antecedentes similares en donde la Corte Constitucional ha reconocido los mismos derechos en situaciones similares, la misma institución insiste en seguir desnaturalizando y abusando de la aplicación de la medida discrecional; de igual forma, es claro que manejan un mismo formato de respuesta, sin analizar el caso de acuerdo al método dispuesto por la misma Corte. (Corte constitucional de Colombia. Sentencia T- 1168 de 2008).

La sentencia T-1173 de 2008, resuelve tutelando el derecho fundamental al debido proceso, al igual que en los casos anteriores la mala aplicación e interpretación de la discrecionalidad, obligan a la Honorable Corte Constitucional a dilucidar en los siguientes términos: en síntesis, el principio de legalidad implica que la existencia de una facultad discrecional se encuentra condicionada a que, por vía legal, se establezca “*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* [sic]. Es preciso de que el retiro esté ligado al fin que persigue la Fuerza Pública, constituye el factor determinante para evitar que la facultad discrecional se torne en un acto arbitrario. (Corte constitucional de Colombia. Sentencia T- 1173 de 2008).

Las sentencias T-456 de 2009, T- 655 de 2009, y T- 824 de 2009, siguiendo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, se vuelve a recordar la necesidad de motivar los actos administrativos y el respeto por el derecho al debido proceso, teniendo presente que en todas estas sentencias nunca se le comunicó al afectado los motivos de retiro o separación del servicio activo a estos funcionarios, los cuales registraban excelentes calificaciones, hojas de vida y trayectoria profesional y sin ninguna justificación razonable y provista de legalidad, las instituciones armadas decidieron retirarlos del servicio, amparados en las facultades discrecionales por llamamiento a calificar servicios.

La Corte Constitucional, mediante sentencia T- 638 de 2012, realiza un compendio jurisprudencial del precedente constitucional en donde cita todos los pronunciamientos realizados sobre la discrecionalidad en sendas sentencias enfatizando que, conforme al precedente constitucional, la Sala sintetiza que la motivación de los actos discrecionales del

retiro de los miembros de la Fuerza Pública, tanto en las Fuerzas Militares como la Policía Nacional, es obligatoria. Este deber es consecuencia de la salvaguarda al debido proceso que implica el examen objetivo y razonable por parte de la administración, en la utilización de esta facultad; de modo que, el acto de retiro propiamente dicho, contribuya al cumplimiento de la finalidad de la respectiva institución. Al mismo tiempo, la obligación de motivación promueve la realización de valores del Estado Social de Derecho como es evitar la concentración de poderes ilimitados y la arbitrariedad en las conductas de las autoridades.

El 12 de febrero de 2015, se unificó jurisprudencia mediante sentencia SU- 053 de 2015, para manifestar que la potestad discrecional en el sistema jurídico colombiano, tiene un límite sólido de prohibir la arbitrariedad, teniendo presente que el Estado debe garantizar al administrado la defensa de sus libertades y supeditar a la administración al derecho, para constituir al propio tiempo una pauta de control que ejercen los jueces, para proteger los derechos e intereses de las personas; además, dispone que las razones del retiro deben ser objetivas, probadas, razonables y proporcionadas y motivadas[sic]; pero el Consejo de Estado, según su jurisprudencia, los actos de retiro no deben ser motivados, lo cual no implica que el retiro no esté fundado en razones objetivas.

Junto a esto, en la misma sentencia SU- 053 de 2015, la Corte Constitucional en sala plena propuso un estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías: i. admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible; ii. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado; iii. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio; iv) El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar

precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad; v. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales; vi. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente; vii. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro. (Corte constitucional de Colombia. Sentencia SU-053 de 2015).

Es así; como en este fallo, establece un estándar de motivación, con identificación plena y por ello hace la unificación, en torno a la obligatoria valoración de las actas o informes de los entes evaluadores, las hojas de vida de los policías y los demás documentos, cuando se cuestione la presunción de legalidad de retiro discrecional de los mismos esta unificación estaría resolviendo el retiro discrecional, pero aclaran que dejan de lado las sentencias que estudiaron la discrecionalidad con relación al llamamiento a calificar servicios.

El 16 de abril de 2015, mediante comunicado de prensa de la Corte Constitucional socializa, la sentencia SU- 172 de 2015, siendo publicada en el mes de septiembre, en donde la Sala Plena decidió sobre una acción de tutela presentada por el señor Fernando Cristancho Ariza, antiguo miembro de la Policía Nacional, a través de la cual se cuestionaron los fallos de la jurisdicción contencioso-administrativa (Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Sección Segunda del Consejo de Estado) [sic] que denegaron la nulidad de actos administrativos no motivados, que lo retiraron del servicio. Para resolver sobre esta acción, además de reiterar las reglas sobre procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales, este tribunal analizó si se ignoró el precedente constitucional aplicable respecto de la facultad discrecional de retiro de miembros activos de la Fuerza Pública y específicamente, de la Policía Nacional. (Corte Constitucional Sentencia SU-172, 2015)

A este respecto, después de recordar lo relativo a la función que por mandato constitucional cumple la Policía Nacional, la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad en la emisión de actos administrativos y particularmente lo atinente al ejercicio de la facultad que el Gobierno Nacional tiene para retirar los miembros de la Policía Nacional, la Sala encontró que las corporaciones judiciales accionadas omitieron aplicar el sostenido precedente de esta Corte en esas materias, que si bien reconoce la conformidad constitucional de dicha facultad, exige que tales actos de retiro estén respaldados por al menos un mínimo de motivación. De otra parte, encontró también que las sentencias cuestionadas en sede de tutela incurrieron en un defecto fáctico, al negar las pretensiones del actor sin tomar en cuenta la efectiva valoración de la hoja de vida del oficial retirado por parte del correspondiente Comité de Evaluación, aspecto sobre el cual esta sentencia estableció un estándar de valoración plenamente identificado y unificado.

Por estas razones, la Sala Plena decidió conceder la tutela solicitada, dejar sin efectos los fallos dictados dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el actor y ordenar a la Sección Segunda del Consejo de Estado, dictar una nueva decisión en la que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes al estándar de motivación de los actos de retiro de los miembros de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional. De igual forma, aclaran que dejan de lado las

sentencias que estudiaron la discrecionalidad con relación al llamamiento a calificar servicios.

A pesar de esto, la Corte Constitucional sorpresivamente en el año 2016, modificó y unificó la jurisprudencia con respecto del ejercicio de la facultad discrecional, mediante sentencia SU-091 de 2016, esta vez deja clara las dos figuras discrecionales practicadas para el retiro del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública: por voluntad del gobierno o del director general de la Policía Nacional y el retiro por llamamiento a calificar servicios, manifestando que las dos requieren mantener la posibilidad de un control judicial, aparte de verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta que deben estar expresos en la resolución; en cuanto la primera manifiesta, que se debe realizar lo mismo que con las otras figuras de discrecionalidad, las cuales si deben tener un estándar mínimo de motivación, inspirados en los principios de la sana crítica, y tener observancia a los criterios de razonabilidad, objetividad, racionalidad, legalidad y motivación y respetar la Constitución y la ley, para que no se interprete como una arbitrariedad y los jueces no revoquen las providencias; pero con respecto al llamamiento a calificar servicios, giró su línea jurisprudencial y determina la no exigibilidad de la motivación, porque esta expresa en el acto de forma extra textual y claramente está dada por la ley, centrando su examen en esta figura discrecional, precisando que para que proceda, se deben dar dos requisitos sine qua non: que el oficial a retirar haya cumplido con el tiempo mínimo establecido en la normatividad vigente, para hacerse merecedor a la asignación de retiro y que exista el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional de la respectiva fuerza; tampoco admite, que el llamamiento a calificar servicios pueda ser utilizado como una herramienta de persecución por razones de discriminación o abuso de poder. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU- 091 de 2016).

En la misma sentencia SU-091 de 2016, da la opción de presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero el afectado tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos, retirando la responsabilidad de la carga de la prueba probatoria a la Fuerza Pública con relación a la motivación del llamamiento a calificar servicios, que se presume

responde a la exigencia legal; aun así, en todo caso deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten.

Al no existir una justificación clara de esta figura discrecional, basándose solo en lo que la ley dispone, se expone a que el nominador la aplique sin observar los derechos fundamentales del funcionario, actuando arbitrariamente y al momento de acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado lo avala por ser consecuente con su línea jurisprudencial; es más, con el respaldo jurisprudencial actualizado y unificado de la Corte Constitucional, siendo normal este criterio en un Estado de Derecho, en donde la norma prima sobre el administrado; sin embargo, la evolución normativa en el mundo, ha incluido los derechos de los administrados los cuales se respetan, protegen y observan cuando es un Estado social y de derecho como Colombia, en donde el administrado es la razón de ser del Estado y los funcionarios públicos se deben a los mismos, es por este razonamiento que para los miembros de la Fuerza Pública, se le debe garantizar el derecho al debido proceso, cuando se practica la facultad discrecional de llamamiento a calificar servicios, por parte del nominador.

De aquí que, el nominador debe aplicar la norma de llamamiento a calificar servicio haciendo integralidad razonada de todas las normas que amparan y observan los derechos fundamentales del uniformado o ¿cómo se argumenta que es retirado del servicio por haber cumplido con el tiempo mínimo establecido, en la normatividad vigente para hacerse merecedor a la asignación de retiro?; entonces, ¿cuántos oficiales del mismo grado y con el mismo tiempo están en el escalafón con menos calificación y clasificación y no son retirados, si la argumentación es de un relevo natural? y el segundo es que exista el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, ¿por qué situación no se le da a conocer el concepto? el cual tiene la argumentación idónea en la sentencia SU-091-16.

Así mismo, después de la sentencia citada, están la sentencia T-107 del 2 de marzo y la SU- 217 del 28 de abril de 2016, las cuales confirman y acogen el giro jurisprudencial que dio la Corte con relación a la no motivación del retiro por llamamiento a calificar servicios

porque está contenida en el acto de forma extra textual, por estar dada en la ley configurando dos requisitos: tener un tiempo mínimo de servicios y ser acreedor de la asignación de retiro.

Requisitos y diferencias de las facultades discrecionales

En las consideraciones de la sentencia SU- 091 DE 2016, la Corte Constitucional incluye este cuadro comparativo, entre las causales discrecionales de retiro del servicio activo en la Fuerza Pública⁴.

| <p align="center">RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL Y RETIRO DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES</p> | <p align="center">RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LA FUERZA PÚBLICA</p> |
|---|---|
| <p>1. La aplicación de esta causal en ambas instituciones (Policía Nacional y Fuerzas Militares), implica el ejercicio de una atribución legal, la cual busca velar por el mejoramiento del servicio frente a situaciones que afecten el desempeño de la función institucional. Lo anterior, para garantizar el cumplimiento de la misión encomendada por la ley y la constitución.</p> | <p>1. La aplicación de esta causal, implica el ejercicio de una atribución legal, que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado sin que este pierda el grado. Esto no significa sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la institución.</p> |

⁴ Cuadro extraído del oficio OPTB-708115 del nueve (09) de septiembre de dos mil quince (2015), enviado por la Policía Nacional. [sic]

| | |
|--|---|
| <p>2. Es una facultad de la cual puede hacer uso el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, en cualquier momento. No es requisito de procedibilidad que el agente uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiera el derecho a la asignación de retiro.</p> <p>En el caso de las Fuerzas Militares es una facultad de la cual puede hacer uso el Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca, en cualquier momento en el caso de oficiales o suboficiales. Cuando se trate de oficiales se requiere además el previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.</p> | <p>2. Es una facultad del Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o del Director General de la Policía Nacional en relación con los Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, una vez se ha cumplido con el tiempo mínimo de servicio para hacerse acreedor de una asignación de retiro, requisito que debe estar acompañado de la recomendación emitida por la Junta de Evaluación respectiva.</p> |
|--|---|

| | |
|---|--|
| <p>3. Los uniformados retirados por esta causal podrán ser destinatarios de la asignación de retiro cuando cumplan con el tiempo mínimo requerido en las normas prestacionales previstas para cada escalafón. (Decretos 1212 y 1213 de 1990, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 1157 de 2014).</p> | <p>3. Los uniformados retirados por esta causal entran a disfrutar de su asignación de retiro (requisito sine quanon), prestación reconocida y cancelada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (Derecho análogo a la pensión de vejez en el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993)</p> |
| <p>4. Este retiro es de carácter definitivo, debido al propósito para el cual se ha contemplado. Por ello, los sujetos pasivos de la misma no pueden volver a la institución.</p> | <p>4. Este retiro no es de carácter definitivo ni absoluto, el uniformado pasa a ser miembro de la reserva activa de esta institución. Es decir, existe la posibilidad de retornar nuevamente a la institución, por medio de la figura denominada reincorporación o por el llamamiento especial al servicio, atendiendo a las necesidades institucionales.</p> |
| <p>5. Es un importante medio con el que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar el cumplimiento de la misión y la función asignada a cada una de ellas, pues es acorde con la naturaleza especial de la labor que debe desempeñar el funcionario.</p> | <p>5. Es un instrumento valioso de relevo generacional dentro de la línea jerárquica institucional, en la que se pone término al servicio profesional de unos uniformados para permitir el ascenso y promoción de otros.</p> |
| <p>6. Se caracteriza por conllevar la potestad legal discrecional, cuando las condiciones particulares de cada caso</p> | <p>6. Es una forma normal de culminación de la carrera profesional como uniformado de la institución y</p> |

| | |
|--|---|
| <p>confluyan en la vulneración de los principios éticos y morales, así como la pérdida de la confianza en el personal uniformado.</p> | <p>permite la renovación generacional de la estructura y jerarquía.</p> |
| <p>7. El retiro por esta causal, por sí solo no constituye una sanción, del propósito y fin que persigue puede inferirse que su aplicación es el mecanismo para garantizar la prestación de un buen servicio institucional y su continuo mejoramiento.</p> | <p>7. No se puede asemejar a formas de retiro con efectos sancionatorios u orientados al mejoramiento del servicio, como lo son la destitución o el retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, pues esta es una forma de terminación de la carrera.</p> |
| <p>8. El único requisito de esta causal es el concepto razonado, suficiente y previo de la junta de evaluación respectiva (asesora para el caso de Oficiales y de clasificación para el resto del personal).</p> <p>Para el caso de las Fuerzas Militares los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.</p> | <p>8. Su aplicación tiene como único presupuesto el cumplimiento del tiempo de servicio requerido para tener acceso a una asignación de retiro.</p> <p>Con ello, sin importar la idoneidad y/o altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, quienes cumplan con tales requisitos podrán ser sujetos de dicha medida por parte de la Administración, en tanto con ello se garantiza la movilidad en la dinámica jerarquizada institucional y se desvirtúan condiciones propias no solo de un fuero de estabilidad, sino de</p> |

| | |
|--|--|
| <p>Dichos conceptos deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos, configurando con ello la motivación del acto administrativo de retiro, el cual a su vez tiene que cumplir con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la institución que es el mejoramiento del servicio.</p> | <p>reglamentaciones adicionales a las existentes que no son otra cosa que limitantes a la potestad legal y discrecional del nominador, por cuanto es normal que estos funcionarios cumplan con el buen servicio público.</p> |
|--|--|

Todos estos hechos relacionados con la práctica de la facultad discrecional evidenciados en las sentencias analizadas, dejan claro varios aspectos: el primero es que indudablemente la facultad discrecional es indispensable para las entidades del Estado con el fin de poder desarrollar un correcto funcionamiento de las mismas entidades de la Fuerza Pública; el segundo es, que la aplicación de la discrecionalidad debe ser de responsabilidad y en observancia integral a la supremacía de los mandatos constitucionales con su precedente, el cual ha sido la base para recordar y aclarar la forma debida como se debe emplear la facultad discrecional; como tercer aspecto está, el desarrollo evolutivo jurisprudencial realizado mediante el análisis jurídico de los errores cometidos por los nominadores que han tenido esta potestad exclusivísima y en las actuaciones analizadas la utilizaron con interpretaciones subjetivas diferentes a la esencia de este instrumento, incurriendo en desviaciones de poder o decisiones arbitrarias; en cuarto lugar, es indiscutible que la Fuerza Pública, en especial la Policía Nacional, que es la institución que hace más uso de esta facultad discrecional, en los casos analizados se empleó la facultad discrecional para obviar investigaciones disciplinarias o por caprichos personales de los nominadores, como en el caso de la sentencia T-816 de 2002.

Capítulo segundo

Fundamentación normativa, doctrinaria y metodológica para la aplicación legal de la discrecionalidad en la Fuerza Pública

De acuerdo a la Constitución Política en su artículo 1° dice, Colombia es un Estado social de derecho y por lo mismo existen facultades concedidas que le transigen disipar aspectos indeterminados de las leyes, utilizados en algunos conceptos, los cuales al aplicar generan consecuencias jurídicas, al atribuir el grado de competencia en la aplicación de las medidas discrecionales para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública; ha de entenderse que no es una facultad absoluta, pues conviene observarse que estamos en un estado social de derecho y por ende obliga a estar dentro de un contexto legal, en concordancia con el deber de proceder en la finalidad del buen servicio y por lo mismo, es necesario motivar los actos administrativos en donde se retiran del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, amparados en facultades discrecionales; de no ser así, se estaría exponiendo a incurrir en vicios, como la arbitrariedad o la desviación del poder.

El artículo 29 de la Constitución Política que prescribe “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, ha establecido firmemente dentro de tantas, exposiciones de la garantía del derecho fundamental al debido proceso: (...) “ es que los actos administrativos emitidos por cualquier autoridad pública que contengan alguna determinación que implique la disposición de derechos, posea un mínimo de motivación”(…) (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 de 1999). Complementa (...) “ya que ello constituye la salvaguarda del derecho a la defensa expresada en el ejercicio de la contradicción” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1168 de 2008). Del mismo modo, ha instituido que cuando se hace relación de facultades discrecionales, no se está excluyendo a la administración de indicar por que autorizó la práctica de la discrecionalidad en el caso en concreto, situación que debe expresar por lo menos sumariamente pues la motivación es limitada mas no absoluta.

La proscripción de los poderes ilimitados, propia del Estado Social y Constitucional de Derecho, tiene como consecuencia directa para el problema jurídico y de investigación que se estudia con relación a la aplicación indebida de la facultad discrecional en el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, que cualquier facultad discrecional debe sujetarse a determinadas condiciones para que no devenga en arbitrariedad. Por tales razones, la separación entre conductas arbitrarias y facultades discrecionales debe establecerse a partir del principio de legalidad, y del respeto por el debido proceso. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-824 de 2009), principios que deben ser observados e implementados por el nominador el cual es el directo responsable de la toma de decisiones en cuanto la discrecionalidad que en la evolución de la jurisprudencia se ha ido depurando y corrigiendo para que este nominador practique esta exclusiva facultad, pero ¿Cómo deben las autoridades nominadoras cumplir con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad para llevar a cabo el proceso en la práctica de la facultad discrecional? Para contribuir en la solución de este interrogante en el presente trabajo se plantea una solución que demarca en forma clara el procedimiento para el uso de la discrecionalidad, en donde se integran las normas, principios y procedimientos.

La aplicación del debido proceso como caso genérico, está determinado por medio de unos principios constitucionales que serían la propiedad o la organización de propiedades; así, como la regla o facultad discrecional armoniza en el caso genérico, con una solución específica normativa, cumple una selección de propiedades relevantes que esta facultad debe escoger como la motivación y notificación del acto administrativo de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, el resto de propiedades en un caso individual determinado como el tiempo o por voluntad del gobierno en el llamamiento a calificar servicios; serian irrelevantes, cuando no se realiza con base a la razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de la norma; luego las propiedades relevantes son: el deber de motivar en cada caso de acuerdo al fin de la norma, los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y la notificación al afectado para garantizar el debido proceso; consecuentemente la Constitución Política, es la norma aplicable para las reglas discordantes, la relación lógica y teleológica de una norma con otras normas, objetivos y principios de la ley; también son considerados por el argumento sistemático, porque es el ideal para

sobreponer las contradicciones normativas o jurisprudenciales que se puedan generar de una ley.

En un modelo de Estado como el colombiano, el ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado debido a la supremacía de la Constitución Política y su precedente, el ciudadano ve garantizados sus derechos y principios fundamentales. De acuerdo a la Constitución Política en su artículo 1° dice, Colombia es un Estado social de derecho y por lo mismo existen facultades concedidas que le transigen disipar aspectos indeterminados de las leyes, utilizados en algunos conceptos, los cuales al aplicar generan consecuencias jurídicas, al atribuir el grado de competencia en la aplicación de las medidas discrecionales para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública; ha de entenderse, que no es una facultad absoluta, pues conviene observarse que estamos en un estado social de derecho y por ende obliga a estar dentro de un contexto legal, en concordancia con el deber de proceder en la finalidad del buen servicio y por lo mismo, es necesario motivar los actos administrativos en donde se retiran del servicio activo, a los miembros de la Fuerza Pública, amparados en facultades discrecionales; de no ser así, se estaría exponiendo a incurrir en vicios, como la arbitrariedad o la desviación del poder.

Como se manifestará en este trabajo, las claves teóricas y conceptuales se desplegarán insistiendo en la obligatoriedad de su implementación; somos un Estado constitucional y social, por consiguiente el administrado siempre va a exigir decisiones proveídas de autoridad, como también de razones, lo cual ayuda a fortalecer el vínculo entre Estado y el administrado, al brindar control público y una seguridad jurídica; sin duda, estos principios de razonabilidad y proporcionalidad, tiene relación directa con lo expresado por la Corte Constitucional, con relación a la interpretación que debe ser coherente con lo establecido por la Constitución y las que no lo son, no deben tenerse en cuenta. Cuando hay situaciones como las planteadas en la presente investigación, en que una norma presenta dos posibles interpretaciones, el operador jurídico debe orientarse por la que disponga el mandato superior, en donde la Constitución con los criterios de validez los limita y los establece implícitamente en los derechos fundamentales sobrepasando las demás normas que contradigan su mandato incluyendo su precedente. En la sentencia C- 530 de 1993, la Corte

Constitucional estudia el concepto de razonabilidad manifestando: 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.

El profesor Robert Alexy, en su obra teoría de los derechos fundamentales, nos habla sobre la vinculación de la teoría moral con la teoría del modelo procedimental, en los cuales nos razona de cuatro niveles como lo son: el discurso práctico general, el procedimiento legislativo, el discurso jurídico y el procedimiento judicial, herramientas que son racionales por sí mismas y se deciden sobre la base de la argumentación práctica racional. (Alexy, 1993, p. 530).

Sin embargo, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, aplica de forma taxativa la ley para el llamamiento a calificar servicios, respaldada por ser una atribución legal que conduce al cese de las funciones en el servicio; así mismo, señala que la autoridad, no debe manifestar ni exteriorizar los criterios que tuvo en cuenta para disponer la separación de servidores públicos por medio del llamamiento a calificar servicios, siempre que se cumplan con los requisitos objetivos de tiempo y de forma señalados por la ley; no obstante, se deja abierta la posibilidad de afectar directamente en forma violatoria el derecho fundamental al debido proceso, derecho fundamental que define el precedente constitucional, materializado en sentencias de la Corte Constitucional, las cuales han revocado las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en donde había negado el amparo constitucional al deber de motivar los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, este control se hace con la finalidad de evitar la arbitrariedad, el abuso de la facultad discrecional o la desviación del poder.

Junto a esto la Corte Constitucional es clara en admitir que la facultad discrecional otorgada por la ley, así no se haga una exposición detallada, debe existir por lo menos una argumentación clara, razonable que tenga objetividad y sea notificada, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa de los afectados; el mismo Consejo de Estado ha manifestado que se debe motivar todo acto administrativo en general que cree una situación perjudicial o gravosa para el administrado; esto permite que la decisión que se tome por las

autoridades judiciales administrativas sea objetiva y se eviten frases genéricas que se pueden utilizar para cualquier petición (Rincón y Morales, 2009, pp. 11-22).

Existen dos formas de discrecionalidad regladas en la Fuerza Pública, el llamamiento a calificar servicios y el retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional y retiro discrecional en las Fuerzas Militares. El llamamiento a calificar servicio, hace parte de una facultad discrecional del gobierno y por esto lleva implícito la presunción de legalidad; la postura contrapuesta inicial del Consejo de Estado frente a la Constitución y su precedente se soportaba, en que en los actos discrecionales por llamamiento a calificar servicio no requiere una motivación expresa porque su motivación es extra textual y está contenida en la misma ley, es una aplicación de las causales objetivas de la norma; luego el debido proceso, no es claro cuando se trata del llamamiento a calificar servicios pues, se han presentado inconsistencias entre la evaluación de la hoja de vida del uniformado y el cumplimiento de los requisitos objetivos de ley para obtener la asignación de retiro, dejando la sensación de que no siempre los mejores y los que tengan más mérito asciendan y continúen en la carrera; con esta decisión, es evidente que existe una renuencia en aceptar la constitucionalización del Derecho Administrativo, porque el criterio utilizado en la jurisprudencia es el principio de legalidad y como tal, refuerza el criterio de no motivar los actos discrecionales, unificando su postura y no otorgando las peticiones presentadas en las demandas, por aplicación indebida de la discrecionalidad (Benítez, 2010, pp. 99-118)

Hasta ahora se puede decir que, tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional, tienen sus líneas jurisprudenciales definidas y en algún tiempo fueron contrapuestas. El Consejo de Estado, insistía en que los actos discrecionales de retiro del servicio a los integrantes de la Fuerza Pública, no necesitaban ser argumentados y que tampoco era necesario apropiarse un protocolo para su aplicación, porque se perdería la esencia de la discrecionalidad; en cuanto a la Corte Constitucional y como es lógico, sus pronunciamientos son con respaldo a la protección de los derechos fundamentales, en concordancia con los derechos humanos, permitiendo ejercer una postura garantista para los ciudadanos o administrados, a quienes se les deben respetar todos los derechos, por esto es insistente y reiterativa en afirmar que la discrecionalidad no puede ser absoluta, debe estar

controlada jurídicamente para evitar las arbitrariedades y abusos de poder; de hecho en la práctica de las medidas discrecionales para el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública es determinante en expresar el respeto al debido proceso, a la notificación y derecho a la defensa del afectado.

Solo es claro para las dos líneas jurisprudenciales, el deber de aplicar el principio de legalidad en la práctica discrecional, la cual debe existir para darle a la administración la posibilidad de gestionar y agilizar la toma de decisiones en ciertas circunstancias establecidas por el legislador; por eso, es necesario tener presente la necesidad y el deber motivar en todo caso el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública, incluyendo el llamamiento a calificar servicios y definir el procedimiento de la misma, para evitar arbitrariedades que difícilmente podrán ser cuestionadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al desconocer los móviles que justificaron la desvinculación, que originaron incertidumbre en la observancia de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia.

De igual forma, la norma discrecional se indica en las Fuerzas Militares en el artículo 104 del decreto 1790 de 2000, que también habla del previo concepto de las juntas evaluadoras para la aplicación de la discrecionalidad, quienes deben emitir este concepto con base en las evaluaciones; situación que no la realizan y tampoco notifican al evaluado, que tiene el derecho de conocer este concepto, el cual debe ser proporcional y razonable, encontrarse debidamente motivado y tener correspondencia entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines esenciales de la respectiva fuerza, para evitar convertirse en vías de hecho, violatorias al debido proceso, derecho respaldado constitucionalmente en el entendido que el afectado debe tener la oportunidad de ser escuchado y controvertir los hechos que lo implican, por eso la Constitución Política al momento de dirimir este conflicto de normas hace alusión a los criterios de validez jurídica sujetos en forma implícita como en los derechos humanos, en la dignidad humana o en los derechos fundamentales que para este caso encuentra respaldo en el artículo 29 que hace relación al debido proceso.

La práctica del discurso jurídico como garante del debido proceso en el retiro discrecional de los integrantes de la Fuerza Pública

Lo único que es continuo o rutinario para las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es que se debe aplicar el principio de legalidad en la práctica discrecional, para lo cual es necesario tener presente en la investigación ¿Por qué el discurso jurídico debe orientar las garantías del debido proceso administrativo para la motivación de la facultad discrecional en el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública? su respuesta sería, porque se puede utilizar los diferentes métodos de interpretación basados en la validez, dentro de los cuales está el argumento sistemático, el cual considera a la norma en el contexto de su ubicación dentro de una ley y en general dentro de todo el sistema jurídico, en el caso de discrecionalidad de la Fuerzas Pública, una regla general como la Constitución Política, equivale a establecer en un caso particular, una instancia de un caso genérico al que la Constitución Política ordena una solución normativa concreta; así mismo su precedente tiene un valor especial por ser garante de los principios y derechos constitucionales, fundamentado en el principio de universalidad en donde un caso similar debe ser resuelto de igual forma.(Alexy, 2012, p.182)

Para encausar la solución al problema de investigación propuesto; hago relación al discurso jurídico como ruptura epistémica, en la cual se fundamenta la forma como se debe aplicar la facultad discrecional, en el entendido que es un mandato legal, que no se deja en claro a los integrantes de la Fuerza Pública, el proceso y la forma como se impone y procede en un preciso momento. Para esta investigación, la práctica del discurso jurídico plantea la premisa del valor de los precedentes judiciales, “(...) el fundamento del valor de los precedentes es el principio de universalidad. Según esta cada concepción de justicia encuentra su fundamento en la condición formal de la exigencia de tratar igual a los iguales” (Alexy, 2012, p.181). Para lo cual define dos aspectos: el primero es la norma y el segundo es la parte fáctica en concreto, para elaborar un razonamiento de tipo deductivo; el resultado de estas premisas, es conseguir y dar una apropiada solución a la debida motivación de los actos administrativos de retiro a los integrantes de la Fuerza Pública, con las normas del derecho positivo que están actualmente en el ordenamiento jurídico Colombiano y comenzar

el razonamiento jurídico, eligiendo los textos que sirven con el fin de argumentar, interpretar y probar la correcta aplicación de la citada facultad. Se tomará como aspecto primordial de referencia, el análisis significativo, esencial del Estado Social y Democrático de Derecho en Colombia, la prevalencia de la Constitución con su precedente, el debido proceso, el derecho a la igualdad, los derechos fundamentales; así como, los modelos procedimentales del discurso práctico general, procedimiento legislativo, el discurso jurídico y el procedimiento judicial. Para finalmente esbozar cuál podría ser la opción jurídica que admitiría corregir y resolver el problema jurídico, estableciendo una hipótesis de solución.

La teoría del discurso jurídico, en la evaluación de las formas de argumentos, considera indispensable el análisis de los métodos de interpretación, dentro de los cuales está el argumento sistemático⁵, el cual considera a la norma en el contexto de su ubicación dentro de una ley y en general dentro de todo el sistema jurídico; en el caso de la discrecionalidad en la Fuerza Pública, una regla general como la Constitución Política, equivale a establecer en un caso particular, una instancia de un caso genérico al que la Constitución Política ordena una solución normativa concreta.

Alexy (como se citó en Rojas, 2012) expresa que el argumento sistemático, es una de las formas de argumentación característica de aplicar la norma en el discurso jurídico, complementado con el modelo de reglas, principios y procedimientos, en donde se considera a la norma en el contexto de su ubicación dentro de una ley y en general dentro de todo el sistema jurídico; de igual forma examina la relación lógica y teleológica de una norma con respecto de otras normas, objetivos y principios de la ley, por eso es el idóneo para superar las contradictorias normativas y jurídicas presentadas en la práctica de la medida discrecional para retirar a los integrantes de la Fuerza Pública y así establecer la conexión entre procedimiento y corrección racional de una norma con las afirmaciones normativas, en este caso el procedimiento compromete unos requisitos a tener en cuenta los cuales garantizan la reparación del resultado.

⁵ (Alexy,1998. p,174)

Sin duda, el argumento sistemático, tiene correspondencia directa con lo expresado por la Corte Constitucional, con relación a la interpretación que debe ser coherente con lo establecido por la Constitución y las que no lo son, no deben tenerse en cuenta. Cuando hay situaciones como las planteadas en la presente investigación, en donde una norma presenta dos posibles interpretaciones, el operador jurídico debe orientarse por la que disponga el mandato superior. La Corte Constitucional estudia el concepto de razonabilidad manifestando: (...) “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”. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 530 de 1993).

Consecuentemente, se estaría implementando la práctica de la ciencia del derecho incorporando tres actividades: la primera es la norma que es la descripción del derecho vigente, la segunda es el análisis sistemático y conceptual de este derecho y la tercera la elaboración de propuestas para la solución, esto sería la parte fáctica en concreto de los casos jurídicos problemáticos, deduciéndose claramente que la dogmática jurídica es una disciplina pluridimensional, que permite elaborar un razonamiento de tipo deductivo, lo cual transige orientar las garantías del debido proceso administrativo para la motivación de la facultad discrecional en el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, observando el precedente constitucional por parte de la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Cuando existe colisión entre principios y conflicto entre normas, se debe tener presente que siempre hay un punto de encuentro, en donde uno de estos criterios tendrá prelación sobre el otro, podemos decir que existe una subordinación en cada una de las clasificaciones descritas bien puede ser en la colisión de principios o en el conflicto de normas; sin embargo, hay que aclarar que en las normas siempre va a prevalecer la superior y en los principios hablamos de una ponderación. (...) “el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido” (Alexy, 1998, p.11). Guardando las respectivas proporciones también impera el de mayor relevancia en el caso específico lo que indica la protección de los derechos fundamentales y más tratándose de un Estado Social de Derecho.

Inobservancia del precedente constitucional

La investigación tiene un enfoque analítico, con un fundamento garantista en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en donde la Corte Constitucional propone dar cumplimiento a la supremacía de la Constitución Política en la aplicación de los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho a la igualdad; de igual forma, en la aplicación del precedente constitucional, emitido por esta corporación, en el deber de motivar los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en la práctica de la medida discrecional; no obstante, estaba la postura contrapuesta de los jueces administrativos, los tribunales contenciosos administrativos y el Consejo de Estado, frente al tema, quienes estimaban que las entidades de la Fuerza Pública, actúan amparadas en el principio de legalidad, explicando que las normas que disponen los retiros discrecionales no exigen requisitos para motivar estos actos. (Hernández & Ortiz, 2012).

Para Cassagne, el carácter reglado o discrecional del acto administrativo, es una práctica que se desarrolló sobre la base del derecho comparado que viene de Alemania y España, esta facultad en su desarrollo histórico, ha ido evolucionando desde el momento de abdicación de los jueces de cuestionar estas decisiones, el interpretar erróneamente la norma, dictando sentencias con un sinsabor de arbitrariedad hasta la actualidad, en donde se ha ido introduciendo y reglando mediante jurisprudencia el control de la discrecionalidad administrativa, con el fin de evitar errores, aplicando un desarrollo judicial sistemático y razonable, necesario para la contextualización y actualización de formulaciones doctrinarias que dilucidan la superación de los conceptos modernos (2009, pp. 115-171).

La motivación del acto administrativo es obligatoria y no facultativa, como lo establecen los reglamentos de carrera de las Fuerza Pública, esto se realiza con la finalidad de controlar la legalidad del acto. En esta obligatoriedad se incluyeron los actos de desvinculación discrecional por jurisprudencia de la corte constitucional, en donde manifiesta que la falta de motivación constituye un desconocimiento al debido proceso administrativo; ante esta situación la legislación colombiana con el fin de ajustar el control, erigió en precepto de derecho, que la nulidad de la declaración de nulidad administrativa

procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que debería fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa o mediante falsa motivación o con desviación de atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió (Beltrán, 1995, pp. 21).

Todas estos riesgos de inobservancia a los preceptos constitucionales, tienen obligatoriamente que irse argumentando como conceptos racionales, porque la Constitución es una norma redactada con flexibilidad, más no con indeterminación, pues no se puede poner en práctica la Constitución separándola en parte y desconociendo los derechos promulgados dentro de la misma, para mayor garantía de la sociedad con el fin de recibir un trato justo y equitativo; es aquí, en donde hay que analizar las normas en conflicto como un derecho que entra a vulnerarse, el cual está en la Constitución Política y puede llegar a aportar la solución, cuando es evidente el reconocimiento por parte de la Corte Constitucional con relación a la discrecionalidad absoluta, la cual no tiene cabida en un Estado Social de Derecho, por cuanto eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan las facultades del nominador, dado que al no existir una verdadera motivación del retiro del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, éstos quedarían sin la posibilidad de ejercer un control al móvil real que generó su desvinculación de la institución; de hecho en la jurisprudencia constitucional, se encuentra reconocida la discrecionalidad relativa utilizada en los actos administrativos, incluyendo los de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, tomando como base la causal de llamamiento a calificar servicios, no se puede desconocer un mínimo deber de motivación con la evaluación de la hoja de vida del uniformado, acompañado de los requisitos objetivos de ley; nos damos cuenta, cómo en la práctica de la facultad discrecional, se desconoce la obligatoriedad de revisar las calificaciones y la hoja de vida, como por ejemplo lo define el decreto 1799 de 2000 en el artículo 3°:

ARTICULO 3o. OBJETIVOS. Los objetivos de la evaluación son los siguientes:

- a. Obtener y registrar información válida acerca del desarrollo del perfil profesional.
- b. Valorar el desempeño profesional del evaluado durante un período determinado.

- c. Identificar el personal que reúne los requisitos profesionales exigidos para continuar en la Carrera Militar.
- d. Servir como instrumento para otorgar incentivos y aplicar correctivos, con base en las necesidades detectadas.
- e. Detectar las necesidades de capacitación para el cumplimiento eficiente del objetivo institucional.
- f. Determinar la responsabilidad del evaluador y evaluado a través del seguimiento permanente del desempeño profesional y el comportamiento personal.

Igualmente, el decreto 1800 de 2000 lo define en su artículo 4°:

ARTICULO 4o. OBJETIVOS DE LA EVALUACION DEL DESEMPEÑO POLICIAL. Establecer y valorar los logros de la gestión desarrollada por el personal en servicio activo de la Policía Nacional, en un período determinado para formular perfiles ocupacionales y profesionales, establecer planes de capacitación, otorgar estímulos y ascensos, facilitar la reubicación laboral, asignar cargos y decidir sobre la permanencia en la Institución. En ningún caso el Decreto de Evaluación del Desempeño Policial es un instrumento sancionatorio. [sic]

Así mismo, en los artículos subsiguientes de cada uno de los decretos explican claramente, cuál es el objetivo de las evaluaciones y de los funcionarios encargados de practicarlas; es por esto, que el discurso jurídico entraría a resolver este conflicto entre normas, cuando una primera norma reglamentaria, obliga a realizar estas calificaciones con unos objetivos específicos, dentro de ellos decidir la permanencia en la Institución del funcionario.

De igual forma, somos un estado constitucional y social, por consiguiente el administrado siempre va a exigir decisiones proveídas de autoridad, como también de razones, lo cual ayuda a fortalecer el vínculo entre Estado y administrado al brindar control público y una seguridad jurídica, basada en los principios constitucionales y su precedente

como complemento en la interpretación de la norma, no en forma exegética, sino haciendo una interpretación mediante la práctica del discurso jurídico, en aquellos vacíos previsibles procedidos del deber legislativo y percibidos en los conceptos jurídicos indeterminados.

Capítulo Tercero

Resultado y conclusiones

Resultados

La siguiente investigación, se desarrolló con base en los análisis de los casos relacionados con la práctica de la facultad discrecional para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la cual ha generado inconsistencias creando dos criterios enfrentados por las altas cortes, en donde la Corte Constitucional propone dar cumplimiento a la supremacía de la Constitución Política en la aplicación de los derechos fundamentales al debido proceso, el derecho a la igualdad y la aplicación del precedente constitucional emitido por esta corporación, en el deber de motivar los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en la práctica de la medida discrecional; no obstante, estaba la postura contrapuesta del Consejo de Estado, frente al tema, quienes estimaban que las entidades de la Fuerza Pública, actúan amparadas en el principio de legalidad, explicando que las normas que disponen los retiros discrecionales no exigen requisitos para motivar estos actos.

La investigación tuvo su inicio en enero de 2014, durante este tiempo se trabajó la implementación de las garantías del debido proceso administrativo en el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta los referentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, relacionados con la evolución en la implementación de las facultades discrecionales con que cuentan los nominadores de la Fuerza Pública para cumplir con la renovación jerárquica de cada institución estableciéndose una herramienta para el relevo y ascenso de sus integrantes; así mismo, en el mes de abril del año 2015 se publicó la sentencia SU- 172 de 2015, en la cual la Corte Constitucional propone un mínimo de motivación, para evitar el uso arbitrario de la facultad discrecional y que el nominador de la respectiva institución armada actúe en un marco de legalidad, para que en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los Derechos Fundamentales de los integrantes de la Policía y en sí de la Fuerza Pública; sin embargo, en nota pie de página

aclara que se deja de lado el estudio de las sentencias de llamamiento a calificar servicios. Tiempo después, en febrero del año 2016 en sentencia SU- 091, la Corte Constitucional, replantea su jurisprudencia, dividiendo en dos los actos discrecionales: por voluntad del gobierno y por llamamiento a calificar servicios, siendo los dos actos de carácter discrecional; aun así, no hay la claridad de porque a la fecha no hay un criterio unívoco en la Fuerza Pública del cómo se debe practicar esta medida discrecional, pues en marzo de 2016, a tan solo un mes de la sentencia unificada citada anteriormente, se resuelve otro caso de discrecionalidad mediante sentencia T- 107 de 2016, en el cual ratifica la Corte Constitucional el deber de motivar los actos administrativos de retiro del servicio activo a los miembros de la Fuerza Pública, especialmente por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional.

El criterio jurisprudencial de El Consejo de Estado, en su actuación como máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tiene la responsabilidad de resolver en última instancia los procesos que involucran al Estado y a los particulares, cumple su función de garantista constitucional en lo contencioso administrativo, cuando los ciudadanos crean vulnerados sus derechos, quien a pesar de lo expuesto, adoptaba el criterio de línea jurisprudencial del precedente vertical, fijado por la máxima autoridad contenciosa advirtiendo la configuración de los requisitos objetivos que la ley contempla para que se proceda a este tipo de retiro, apartándose del precedente constitucional, con relación a la motivación de los actos administrativos discrecionales de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y afectaba directamente en forma violatoria el derecho fundamental al debido proceso, elementos fundamentales que definen el precedente constitucional, materializados en sentencias de la Corte Constitucional, en las cuales ha revocado las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en donde había negado el amparo constitucional al deber de motivar los actos administrativos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

En otras palabras, la aplicación de la jurisprudencia y del precedente constitucional ha permitido concertar por las dos altas Cortes, la aplicación de la discrecionalidad en la Fuerza Pública, para que se reconozcan los derechos vulnerados a los miembros de la Fuerzas Militares y la Policía Nacional, que han sido afectados con la aplicación de las

medidas discrecionales, demostrando que aunque se aplique el derecho positivo taxativamente como lo hace la jurisdicción contencioso administrativa, también es posible aplicar un análisis del derecho positivo, referenciado en el derecho natural, en donde se hagan valer los derechos y valores de las personas que así no los cite la norma deben ir inmersos en el concepto de la dignidad humana, contenido en la Constitución Política.

Actuaciones a observar por en nominador en la aplicación de la discrecionalidad en el retiro de los integrantes de la Fuerza Pública.

La falta de procedimiento en la práctica de estas facultades discrecionales, son las que originan incertidumbre a los integrantes de la Fuerza Pública al ser retirados, porque al revisar sus antecedentes profesionales en el ejercicio de sus responsabilidades, no hay documentos que soporten su incapacidad o desmejoramiento en el servicio y los que deciden demandar es porque se ven frustrados al evidenciar que sus calificaciones, hojas de vida y ubicación dentro del escalafón de los servidores públicos que pertenecen a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, se encuentran por encima de otros integrantes con menor calificación y clasificación y sin embargo, son afectados con la medida discrecional llamándolos a calificar servicios, dejando sin valor 15, 20 o más años de servicios, calificados y escalafonados como excelentes en la Fuerza Pública, instituciones que no son comparables a ninguna otra entidad pública en donde permanentemente se arriesga la vida por una vocación de servicio y solidaridad hacia la comunidad.

Es entendible y lógico, que no todos los que ingresan a la Fuerza Pública pueden llegar a ser directores de la misma y que dentro de toda la trayectoria al momento de definir los ascensos y no existiendo plazas suficientes en la planta de personal, es imperioso el relevo denominado natural; el cual, debe ser coherente con las leyes de las instituciones de la Fuerza Pública y las normas existentes de evaluación y clasificación, en donde se valora integralmente al funcionario, con herramientas diseñadas para poder otorgar un puntaje que lo ubica en un escalafón por grados, antigüedad y determina la jerarquía dentro de la institución; esta herramienta, que de ser utilizada de forma objetiva en la práctica de la medida discrecional de llamamiento a calificar servicios, puede evitar arbitrariedades y demandas por parte de los

afectados, pues como la misma justificación de la Corte Constitucional lo manifiesta es una estructura piramidal; por consiguiente, su relevo natural debe ser coherente con la normatividad de la Fuerza Pública, basada en el escalafón; y lo lógico, para evitar la desviación de poder o practicas arbitrarias, es llamar a calificar servicios a aquel funcionario que este dentro del escalafón en el último puesto y sabe que por relevo natural debe pasar al retiro, porque sus puntajes y ubicación en el escalafón así lo reflejan y se sustentan con un procedimientos que requiere ser reglado para el uso de la facultad discrecional, por llamamiento a calificar servicios.

De ahí la importancia, para que el nominador cierre la probabilidad de presencia de arbitrariedad mediante una vía de hecho y aplique en forma objetiva razonable, la facultad discrecional por voluntad del gobierno y el llamamiento a calificar servicios, para lo cual se promueve a observar cómo se puede aplicar la facultad discrecional en lo servidores públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, generando confianza en la toma de decisiones, sin dejar de lado la observancia integral de los lineamientos legales en un Estado Social, constitucional y de derecho como Colombia.

Por los argumentos expuestos con anterioridad, es preciso responder la pregunta de investigación ¿Cómo deben las autoridades nominadoras cumplir con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad para llevar a cabo el proceso en la práctica de la facultad discrecional?

Después de haber realizado el planteamiento de la pregunta de investigación, con base en el problema expuesto, relacionado con la aplicación indebida de la facultad discrecional en el retiro de los integrantes de la fuerza pública, que han generado declaraciones sin efectos, por errores en la apreciación de pruebas o por desconocimiento de las normas, tanto de los jueces administrativos, como de los nominadores de cada institución que integra la Fuerza Pública, encargados de tomar las decisiones, quienes descuidadamente no implementan procesos con elementos de juicio claros, que puedan estandarizar y diferenciar la forma de motivar la medida discrecional por voluntad del Gobierno y la de llamamiento a calificar servicios e impiden al juez, evaluar con certeza los elementos

expuestos por la autoridad nominadora; por lo tanto, se propone como solución, delimitar claramente el procedimiento para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública por voluntad del Gobierno y el llamamiento a calificar servicios, consideradas como facultades discrecionales, en donde se deben integrar las normas, principios y procedimientos con la observancia del discurso jurídico.

El proceso en las facultades discrecionales:

1. Verificar que los casos a estudiar estén previstos en las normas de carrera de cada institución de la Fuerza Pública.
2. Revisar los requisitos de retiro y las causales del mismo y de acuerdo a ellas revisar integralmente el cumplimiento de las normas.
3. La dirección de Talento Humano debe diseñar los formatos de evaluación que contengan indicadores como: condiciones personales, moral, virtudes militares o policiales, formación profesional, capacidad para el ejercicio del mando, capacidad para administrar, espíritu de superación, relaciones con la comunidad, relaciones con las autoridades, desempeño del cargo y responsabilidad como evaluador o revisor, comportamiento personal, compromiso institucional, disciplina institucional, acatamiento de normas, trabajo en equipo, relaciones interpersonales y condiciones físicas, promoción y desarrollo de la actualización cultural institucional, respeto y promoción de los derechos humanos, promoción y aplicación del control interno, gerenciamiento del talento humano, alianzas estratégicas con entidades, agremiaciones y comunidad, habilidad en la comunicación oral y escrita, gestión operativa y administrativa; esto permite a la institución garantizar la objetividad en la toma de decisiones, al momento de aplicar cualquier medida discrecional, respetando los derechos fundamentales y principios, consagrados en la Constitución política.
4. La Dirección de Talento Humano, debe organizar los formatos de evaluación y clasificación cualitativa y cuantitativa por competencias en cada grado, de tal forma que todos los evaluados puedan rotar en las mismas responsabilidades, con el fin de ir calificando el perfil del uniformado de acuerdo a su desempeño profesional y personal, arrojando un resultado cuantitativo.

5. La Dirección de Talento Humano, de acuerdo a las calificaciones por competencias y perfiles organiza el escalafón de personal, el cual le servirá a cada junta asesora como sustento de la motivación en la aplicación de la facultad discrecional.
6. La facultad discrecional debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza.
7. La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.
8. Observar que la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta o ilimitada, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario; por consiguiente, debe cumplir con los procedimientos mencionados.

Procedimiento para las facultades discrecionales

Por voluntad del gobierno o de la Dirección General de la Policía y retiro discrecional en las Fuerzas Militares

1. Recopilar, las calificaciones y evaluaciones, informes que expresen hechos y causas que conllevan a candidatizar al funcionario.
2. Los hechos informados se exigen, que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos.
3. El concepto previo de la Junta asesora o los comités de evaluación a la adopción de la decisión, es una condición ineludible que debe garantizar la correspondencia entre las normas que autorizan la discrecionalidad del retiro, la motivación que se aduce en el caso concreto y la justificación de la decisión.
4. La recomendación en comentario debe estar precedida y fundamentada en un examen completo y cuidadoso de las razones que se invocan para el retiro, en los informes y pruebas que se alleguen, en la hoja de vida del uniformado y en todos los elementos objetivos que permitan justificar su retiro del servicio.
5. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional.

6. El informe y demás documentos con fundamento en los cuales las juntas asesoras o los comités consideran que se debe efectuar el retiro, tienen que ponerse en conocimiento del afectado, una vez se expida el acto administrativo de retiro; por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado.
7. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado.
8. Adecuar la decisión a los fines de la norma que lo consagra.
9. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.
10. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.
11. Recordar revisar los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras, si bien no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos.
12. Los actos se deben motivar para que se garantice el derecho al debido proceso, el principio democrático y el principio de publicidad, además de las prerrogativas propias de un Estado de Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados.

Por llamamiento a calificar servicios

1. El miembro de la Fuerza Pública debe cumplir las condiciones de un tiempo mínimo de servicio.
2. Ser acreedor de la asignación de retiro.
3. Debe existir un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

4. Los candidatos deben ser analizados de acuerdo a la clasificación en el escalafón de personal y a las calificaciones por competencias y perfiles, seleccionando aquellos que se ubiquen en los niveles más bajos de acuerdo a su promoción, esto le servirá a cada junta asesora como sustento de la motivación en la aplicación de la facultad discrecional.
5. Las revisiones de las calificaciones deben ser anuales, en donde se podrá llamar a calificar servicios a aquellos que tengan las calificaciones más bajas, lo cual permitirá estar renovando la planta de personal y la dinámica en la jerarquía y estructura piramidal de la Fuerza Pública y la terminación normal y objetiva del servicio.
6. Cuando la Junta de evaluación y clasificación se reúna para postular la planta de personal para ascensos, se debe basar en un escalafón actualizado a la fecha de la reunión y de acuerdo a las plazas disponibles y por las necesidades del servicio, se propondrán para ascenso los primeros clasificados y aquellos que estén en los últimos niveles, si es del caso, se propondrán para llamamiento a calificar servicios.

Al tener en cuenta los numerales anteriores, el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios cumple con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre el acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio. Siendo fácil para el nominador justificar legalmente la toma de decisiones en aplicación de esta facultad.

Conclusiones

La facultad discrecional, es indispensable para las entidades del Estado con el fin de poder desarrollar un correcto funcionamiento de las mismas entidades de la Fuerza Pública, su aplicación debe ser de responsabilidad y en observancia integral a la supremacía de los mandatos constitucionales con su precedente, el cual ha sido la base para recordar y aclarar la forma debida como se debe emplear mencionada facultad.

La evolución normativa en el mundo, ha incluido los derechos de los administrados los cuales se respetan, protegen y observan cuando es un Estado social y de derecho, en donde

el administrado es la razón de ser del Estado y los funcionarios públicos se deben a los mismos.

Las acciones tomadas por los afectados de las normas discrecionales para el retiro del servicio en la Fuerza Pública, han creado la necesidad en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado de ir ajustando la jurisprudencia a los avances constitucionales con respecto a la prevalencia de los principios constitucionales y los derechos fundamentales de los habitantes en un Estado Social Constitucional y de Derecho como el colombiano.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han logrado unificar criterios para la aplicación de la medida discrecional del retiro por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía, retiro discrecional en las Fuerzas Militares y por llamamiento a calificar servicios; sin embargo, existe una percepción de desigualdad por parte de los afectados, en los requisitos entre el llamamiento a calificar servicios y las otras facultades, en cuanto el deber de motivar el acto, el cual presentó disenso por algunos magistrados de la Corte Constitucional en la última sentencia de unificación SU-217 de 2016.

A los miembros de la Fuerza Pública, se le debe garantizar todos los derechos fundamentales en la práctica de la facultad discrecional, en especial el llamamiento a calificar servicios, de aquí que, el nominador debe ajustar los procesos y procedimientos de acuerdo a la observación integral de principios constitucionales, los derechos fundamentales y al análisis integral de las normas que son inherentes al retiro discrecional del servicio a los miembros de la Fuerza Pública.

La mejor forma que tiene la autoridad nominadora y las juntas asesoras para motivar el llamamiento a calificar servicios es adoptar esta figura, con base a las calificaciones por competencias y perfiles de toda la trayectoria profesional de los integrantes de la Fuerza Pública, las cuales dan una clasificación en el escalafón en cada promoción y permiten el retiro de los que estén en el nivel más bajo, siendo coherente para las instituciones jerarquizadas, con una estructura piramidal y que deben tener una terminación natural de la carrera en la Fuerza Pública

Referencias

Alexy, R. (1998). *Derecho y razón práctica*. Mexico, D.F.: Coyoacán.

Beltrán de Felipe, M (1995). *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*. Madrid, España: Tecnos.

Benitez, VF. (2010). *La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro*. Dikaion, 19, 99-120. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72015500005>

Bonilla, E., Rodríguez, P, (1997). *Más allá del dilema de los métodos*. La investigación en ciencias sociales. Santafé de Bogotá D.C.: Uniandes.

Congreso de la República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.: Gaseta Constitucional.

Caldera, H. (1989, julio). *Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa*. Revista Chilena de Derecho, 16. N°2. 423-428. Extraído <http://www.jstor.org/discover/10.2307/41608772?uid=3737808&uid=2&uid=4&sid=21104237722841>

Cassagne, J. C. (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons Argentina, S.A.

Colombia. 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. Septiembre 14 de 2000. D.O núm. 44.161.

Colombia. Decreto 1800 de 2000. Por el cual se dicta normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional. Septiembre 14 de 2000. D.O núm. 44.161.

Colombia. Decreto 1791 de 2000, Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional. Septiembre 14 de 2000. D. O núm. 44.161.

Colombia. Ley 578 de 2000, Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. Marzo 15 de 2000 D.O núm. 43.934.

Consejo de Estado de Colombia expediente Radicado 10877-01 de 2005 (C.P: Alejandro Ordoñez Maldonado; agosto 2 de 2005).

Consejo de Estado de Colombia expediente Radicado 00387 de 2016 (C.P: Gerardo Arenas Monsalve; abril 7 de 2016).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 1, 4, 13, 29. Julio 07 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU- 217 de 2016 (M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado; abril 28 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-107 de 2016 (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; marzo 02 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU- 091 de 2016 (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; febrero 25 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU- 172 de 2015 (M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado; abril 16 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 638 de 2012 (M.P; Luis Ernesto Vargas Silva; agosto 16 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 720 de 2010 (M.P; Pinilla Pinilla Nilson, septiembre 09 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 824 de 2009 (M.P; Luis Ernesto Vargas Silva, noviembre 19 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-655 de 2009 (M.P; María Victoria Calle Correa, septiembre 17 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 1168 de 2008 (M.P; Jaime Araújo Rentería, noviembre 26 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 456 de 2009 (M.P; Luis Ernesto Vargas Silva, julio 09 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 1173 de 2008 (M.P; Jaime Córdoba Triviño, noviembre 28 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 432 de 2008 (M.P; Manuel Cepeda Espinosa, mayo 06 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 816 de 2002 (M.P; Jaime Córdoba Triviño, octubre 03 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 530 de 1993 (M.P; Alejandro Martínez Caballero, noviembre 11 de 1993).

Dueñas O.J. (2007). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Bogotá D.C. Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Hernández, C. & Ortiz, D. (2012). *Perspectiva de la discrecionalidad en el retiro de los empleados*. Colombia: Universidad Libre.

Mora, R. (2012). *El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública*. Justicia Juris, 8 (1), 92-105. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4200068>

Ortiz, K., Rodríguez, J.A., & Perdomo, E., (2011). *¿Debe el acto administrativo discrecional motivarse para que sea conforme a la Constitución, en el retiro del servicio de los miembros de la Policía Nacional?*. (Tesis de Magister). Universidad Libre de Colombia. Bogotá, D.C. <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/6054>, 24 de agosto de 2014.

Rincón, J.G., Morales, E.M., (2009). “*Facultad Discrecional, Planeación y Eficiencia en la gestión del recurso humano militar*”. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, 12 (24) ,11-22. Recuperado de: <http://www.umng.edu.co/documents/63968/71201/Art+1+rev+24.pdf>.

Sandoval, C.A., (2002). *Investigación cualitativa*. Bogotá D.C. Colombia: ARFO Editores e Impresiones Ltda.