

**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***

**THE RESISTANCE AGAINST THE
CONSTITUTIONALIZATION OF
ADMINISTRATIVE LAW: THE COUNCIL
OF STATE AND THE DISCRETIONARY ACTS
CASE THAT ORDERED THE WITHDRAWL**

VICENTE F. BENÍTEZ-ROJAS**

* Este artículo es producto del Proyecto de investigación "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", que a su vez se inscribe en el Grupo de investigación "Justicia, ámbito público y derechos humanos" de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de esa misma Universidad. Profesor de Derecho Constitucional e investigador de la Universidad de La Sabana, Colombia. El autor agradece las observaciones de Heinrich Bach. vicente.benitez@unisabana.edu.co



Universidad de
La Sabana

RECIBIDO MARZO 31 DE 2010, ACEPTADO ABRIL 19 DE 2010

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es analizar la intensidad de la constitucionalización del Derecho administrativo en Colombia, especialmente de los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro de miembros de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia (Inpec). Para lograr lo anterior —a través del análisis estático y dinámico de jurisprudencia— se comparan las dos lecturas contrapuestas que han sido elaboradas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, y se sostiene que la postura del Tribunal Constitucional es más conveniente en términos jurídicos y de eficiencia en la administración de los recursos públicos y, por esa razón, debe ser aceptada por el Consejo de Estado. El análisis de la conveniencia toma como puntos de referencia 1) algunos principios constitucionales; 2) el Estado Constitucional; 3) la doctrina administrativista nacional y extranjera; y 4) algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalización del ordenamiento jurídico, actos administrativos discrecionales, inseguridad jurídica, debido proceso.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the intensity of the constitutionalization in Colombian administrative law, especially in discretionary administrative acts, that command the retirement of members of the Military Forces, Police, Administrative Department of Security (DAS) and Penitentiary National Institute of Colombia (INPEC). In order to achieve said purpose, the author compares –through dynamic and static analysis of case law- the readings made by the Council of State and the Constitutional Court, and concludes that the position of the latter is the most legally convenient and the most efficient when it comes to the administration of public resources, therefore, it must be accepted by the Council of State. The convenience analysis uses as reference points 1) some constitutional principles; 2) the Constitutional State; 3) the national and foreign administrative doctrine; and 4) some Inter-American Court of Human Rights rulings.

KEY WORDS

Constitutionalization of law, discretionary administrative acts, legal uncertainty, due process.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; METODOLOGÍA; 1. EL CONSEJO DE ESTADO: LA RESISTENCIA A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN; 1.1 LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES; 2. LA CORTE CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIONALIZACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; 2.1. UN COMIENZO DUBITATIVO; 2.2 LA POSICIÓN DOMINANTE Y CONSTANTE: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; 3. LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y ALGUNAS SALIDAS; 3.1 LA DOCTRINA; 3.2. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; 3.3 LA EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS; 4. LA POSTURA A ASUMIR POR EL CONSEJO DE ESTADO DEBE SER EL RESPETO AL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL; 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Una de las consecuencias directas del principio de supremacía constitucional¹ y de las constituciones normativas², es la constitucionalización del ordenamiento jurídico que, según GUASTINI, es “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”³.

Este fenómeno (constitucionalización del Derecho), ha abierto una puerta para que los trabajos sobre esta materia sean cada día más visibles, tanto en la doctrina nacional⁴, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, los estudios sobre el influjo de la Constitución de 1991 sobre algunas áreas del Derecho administrativo han sido más bien escasos. Probablemente, esa situación se debe a la cercanía teórica y práctica que el Derecho constitucional tiene con el Derecho administrativo y, por esa razón, el impacto constitucional no es tan palpable en esa área. Así parece sugerirlo, por ejemplo, el profesor Manuel QUINCHE⁵, para quien el esquema interpretativo que el Derecho administrativo ejerció sobre la Constitución de 1886, parece trasladarse a la Constitución de 1991, por vía de una lectura administrativa de la Carta, implementada principalmente por el Consejo de Estado.

¹ Cfr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Acero, 1988, p. 480.

² Cfr. Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 2007, p. 14 y 15.

³ Riccardo, GUASTINI, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 49.

⁴ Véase entre muchos otros trabajos a Beatriz ESPINOSA PÉREZ y Lina ESCOBAR MARTÍNEZ (eds.), *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Dike, 2008; Mijail MENDOZA ESCALANTE, *Derechos fundamentales y Derecho Privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*, Lima, Editorial Grijley, 2009; Nicolás PAJARO, *Autonomía privada y constitucionalización del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006; Alfredo LEWIN, *Principios constitucionales del derecho tributario: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1992-2001*, Bogotá, Universidad de Los Andes e Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2002; y Manuel SÁNCHEZ, *La constitucionalización del proceso penal y la justicia de oportunidad*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2007.

⁵ Al respecto véase a Manuel Fernando QUINCHE, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 25; Manuel Fernando QUINCHE, “La lectura administrativa de la Constitución Política”, *Revista Universitas* 104, diciembre de 2002.

Después de casi veinte años de vigencia de la Constitución de 1991, vale la pena analizar cuál ha sido la incidencia de una interpretación verdaderamente constitucional (desde los derechos de las personas y no desde las instituciones), en una parte de la jurisprudencia administrativista nacional.

Así las cosas, las anteriores consideraciones constituyen la justificación del presente artículo de investigación, a través del cual se estudia la influencia de la Constitución y de los derechos fundamentales en el Derecho administrativo, concretamente sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro o niegan los ascensos de miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional, del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y de Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia (Inpec).

Dentro de la amplia gama de materias que comprende el Derecho Administrativo se eligió el tema descrito por varias razones: i) sobre el mismo punto, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado en múltiples oportunidades, con lecturas contrapuestas la más de las veces; ii) en relación con lo anterior, algunas posturas (especialmente las administrativistas) sostienen que el derecho fundamental al debido proceso (y varias de sus garantías), no aplica en los actos discrecionales; iii) esa posición refleja una resistencia sistemática de ese Tribunal a la constitucionalización del Derecho administrativo (por lo menos en este tema), como lo demuestra la jurisprudencia administrativa, que sigue amparada en el principio de legalidad más que en el de supremacía constitucional, y iv) los actos administrativos discrecionales se han constituido en escenarios propicios en los cuales se presenta mayor proclividad a la arbitrariedad de la administración, debido que —como es bien sabido—, una de las características *clásicas* de esos actos es que no deben motivarse.

Como se vislumbra ya, la tesis que defenderé a lo largo de este escrito es la siguiente: en un país con una Constitución que pretende ser normativa como la de 1991, y que en su artículo 1 consagra que es un Estado Social de Derecho, la teoría clásica legalista de los actos administrativos discrecionales sufre un impacto por la impregnación de los principios constitucionales en el Derecho administrativo y, concretamente, surgen dos obligaciones: en primera medida, una obligación en cabeza de la administración, en virtud de la cual está en el deber de respetar el derecho fundamental al debido proceso en la expedición y aplicación de los actos administrativos discrecionales. Como consecuencia de lo anterior, algunas de las principales garantías del debido proceso tienen que aplicar en la expedición y aplicación de los actos discrecionales que ordenan el retiro (inversión de la carga de la prueba, derecho de defensa, de contradicción, notificación y motivación del acto así sea sucinta). En segundo lugar, el Consejo de Estado tiene la obligación de respetar los principios constitucionales de igualdad, buena fe y confianza legítima y, en ese sentido, no puede continuar con una jurisprudencia tan ambivalente, contradictoria e incoherente, con respecto al tema reseñado.

METODOLOGÍA

De conformidad con lo dicho, y para tratar de corroborar la tesis esbozada anteriormente, la metodología utilizada en la elaboración de este escrito es principalmente el análisis jurisprudencial, que se desarrolló siguiendo muy de cerca las técnicas de análisis dinámico y estático descritas *in extenso* en la obra del profesor Diego LÓPEZ⁶. En consecuencia, utilizando las fuentes oficiales de divulgación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷ y el Consejo de Estado⁸, así como algunas bases de datos⁹, se rastrearon las principales providencias que han proferido esos dos Tribunales¹⁰. Posteriormente, se realizaron fichas jurisprudenciales (análisis estático) y, en este mismo artículo, se describirá el análisis dinámico, que girará en torno a un problema jurídico que se establecerá más adelante.

Así pues, el artículo estará dividido en cuatro partes: en primer lugar, se sintetizará la posición de Consejo de Estado sobre la influencia de los derechos fundamentales en los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro o que niegan ascensos de miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional, el DAS y del Inpec. Para lo anterior, se rastreó y estudió la jurisprudencia de esa Corporación desde enero de 2001 a diciembre de 2009.

Posteriormente, se realizará el mismo ejercicio con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se profirió de 1995 a julio de 2009.

En una tercera parte se estudiará cuál de las dos interpretaciones reseñadas es más conveniente en términos jurídicos y de eficiencia en la administración de los recursos públicos y, por esa razón, se determinará cuál debe ser acogida en sede judicial. Por último, se ofrecerán algunas conclusiones.

1. EL CONSEJO DE ESTADO: LA RESISTENCIA A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

Como bien lo ha analizado el profesor Manuel QUINCHE en diversos escritos, la interpretación del Derecho constitucional en Colombia, bajo la égida de la Constitución de 1886, estuvo monopolizada por el Derecho administrativo. En efecto, gran parte de los doctrinantes del Derecho constitucional eran simultáneamente administrativistas, y eso ocasionó que la Constitución fuera leída por el Consejo de Estado a través del lente del Derecho administrativo. En términos prácticos, optar por una lectura más constitucionalista o una más administrativista, trae como resultado que

⁶ Cfr. Diego Eduardo LÓPEZ, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Editorial Legis, Capítulos 5 y 6.

⁷ www.corteconstitucional.gov.co

⁸ www.consejodeestado.gov.co

⁹ Se consultaron dos bases de datos: lexbase (www.lexbase.com) y multilegis (www.multilegis.com).

¹⁰ Los periodos escogidos para el rastreo fueron: para la Corte Constitucional de 1995 a 2009 (la primera sentencia relevante de esa Corporación sobre el tema escogido es la C-108 de 1995), y para el Consejo de Estado de 2001 a 2009.

un mismo caso, en un mismo Estado, con idéntico ordenamiento jurídico, pueda tener dos soluciones diametralmente distintas, como sucede en este tema.

1.1. Los actos administrativos discrecionales

Es usual en la doctrina *clásica* del Derecho administrativo contraponer dos tipos de actos administrativos, los reglados y los discrecionales. Los actos administrativos discrecionales “Son los que resultan de atribuciones en cuyo ejercicio su titular es libre para escoger la oportunidad para su expedición, y/o determinar el contenido o sentido de la decisión, y/o valorar la conveniencia o el mérito para el mismo efecto, así, como el destinatario del acto”¹¹.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha considerado que gracias a esa libertad, el debido proceso —y sus garantías, en especial la motivación—¹² no es necesario tratándose de desvinculación de miembros de las Fuerzas Militares, la Policía, el Inpec o el DAS, en la medida en que la normativa que regula a los retiros discrecionales en esas instituciones¹³ no se refiere de forma alguna al requisito de motivación o notificación del acto. Con respecto al derecho de defensa, el Consejo de Estado también ha considerado que no aplica, por no tratarse de una sanción disciplinaria¹⁴.

Así las cosas, la situación de hecho prototípica en este tipo de casos es la siguiente: un servidor uniformado del DAS, Inpec, Policía Nacional o Fuerzas Militares, que había trabajado varios años, era desvinculado de la institución sin explicación o aviso alguno. Ahora bien, gracias a la facultad discrecional y a que el proceso de desvinculación no era disciplinario, el acto de desvinculación no era notificado al afectado, ni motivado (únicamente se decía que era *por razones del servicio*). Una vez el afectado demandaba el acto, el Consejo de Estado (en la mayoría de ocasiones), basado en el principio de *legalidad*, consideraba que el acto administrativo se presumía conforme a la ley y le incumbía al afectado desvirtuar esa presunción, aun cuando el acto no estuviera motivado. Ante la evidente dificultad de desvirtuar la presunción de legalidad de un acto que no tiene motivos explícitos

¹¹ Luis Enrique BERROCAL, *Manual del acto administrativo*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, p. 103. Este autor contrapone los actos administrativos discrecionales a los reglados que “son aquellos en cuya expedición el funcionario se encuentra limitado en todos los aspectos, de modo que se deben producir en las circunstancias de tiempo, modo y demás que señala la ley o el reglamento. Por tanto, quien los expide tiene señalada la oportunidad, el mérito y la conveniencia y la consecuencia respectiva, es decir, el contenido o el sentido del acto”, *ibidem*, p. 105.

¹² De acuerdo con Juan Carlos CASSAGNE: “la motivación [...] consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión del acto, que versan tanto en las circunstancias de hecho y de derecho (causa) como en el interés público que se persigue con el dictado del acto (finalidad)”. Véase Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, vol. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot y Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 203.

¹³ Cfr. artículos 99 y 104 del Decreto 1428 de 2007 (Fuerzas Militares); artículos 54 y 57 del Decreto 1791 de 2000 (Policía Nacional); artículo 49, literal m del Decreto 407 de 1994 (INPEC), y artículo 66, literal b del Decreto 2147 de 1989 (DAS).

¹⁴ Cfr. sentencia de 22 de febrero de 2007, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B. Rad. 25000-23-25-000-2001-05808-01 (6408-05), y sentencia de 1 de marzo de 2007, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Rad. 25000-23-25-000-1999-04162-01 (5644-05), entre otras.

o que no fue notificado, en la mayoría de ocasiones el Consejo de Estado le daba la razón a la administración.

De conformidad con lo anterior, y para soportar lo dicho en el párrafo anterior, veamos cuál ha sido la postura dominante en el Consejo de Estado, teniendo como presupuesto el siguiente problema jurídico: ¿Los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro de miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional, el DAS y del Inpec deben respetar el debido proceso y sus garantías (derecho de defensa, notificación, motivación, acceso a un recurso judicial efectivo)? La respuesta dada por el Consejo de Estado ha oscilado, pero sus pronunciamientos pueden agruparse en tres posturas:

a. La interpretación dominante: no constitucionalización de los actos administrativos discrecionales

La inmensa mayoría de las sentencias analizadas¹⁵ niegan la presencia del derecho fundamental al debido proceso por varias vías:

- Negación absoluta del debido proceso: en la sentencia de 11 de octubre de 2001, el Consejo de Estado determinó que:

“no exigen las preceptivas en la cuales se fundamentó el acto acusado, que para el ejercicio de dicha potestad [retiro discrecional] se realice un juzgamiento de la conducta del actor, como lo pide el libelista, pues lo que se persigue con el ejercicio discrecional del llamamiento a calificar servicios, es la buena prestación del servicio, no la penalización de faltas. Mal puede endilgársele a la entidad demandada la violación del derecho de defensa que debe garantizarse en los procesos disciplinarios”¹⁶.

¹⁵ Sentencia de 11 de octubre de 2001, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 63001-23-31-000-1999-0418-01 (845-01); sentencia de 21 de febrero de 2002, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 25000-23-25-000-1995-9552-01 (1569-00); sentencia de 7 de marzo de 2002, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 68001-23-31-000-1997-3030-01 (2955-01); sentencia del 1 de abril de 2004, M. P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 68001-23-15-000-1997-12673-01 (5985-02); sentencia de 10 de marzo de 2005, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Rad. 25000-23-25-000-2000-01435-01 (6207-03); sentencia de 2 de febrero de 2006, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Subsección A, Rad. 680012315000200100756 01; sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Tarcisio Cáceres, Sección 2, Subsección B, Rad. 05001-23-31-000-1998-00710-01; sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Tarcisio Cáceres, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-02449-01 (0890-05); sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 17001-23-31-000-2000-00832-02 (3207-04); sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-2002-08208-01 (2485-04); sentencia de 17 de agosto de 2006, M. P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 50001-23-31-000-2002-00064-01 (5978-05); sentencia de 5 de octubre de 2006, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección B, Rad. 05001-23-31-000-2002-00825-01 (8116-05); sentencia de 7 de diciembre de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Subsección B, Rad. 44001-23-31-000-2002-00362-01 (4724-05); sentencia de 22 de febrero de 2007, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-2001-05808-01 (6408-05); sentencia de 1 de marzo de 2007, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Rad. 25000-23-25-000-1999-04162-01 (5644-05); sentencia de 14 de junio de 2007, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 76001-23-31-000-2001-01809-01 (6961-05); sentencia de 3 de diciembre de 2009, M. P. Víctor Alvarado, Sección 2, Subsección B, Rad. 05001-23-31-000-2002-03928-01 (2054-08).

¹⁶ Véase en el mismo sentido: sentencia de 21 de febrero de 2002, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 25000-23-25-000-1995-9552-01 (1569-00); sentencia de 7 de marzo de 2002, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 68001-23-31-000-1997-3030-01 (2955-01).

- Los motivos no deben expresarse y, en virtud del principio de legalidad, le incumbe al accionante (el afectado) demostrar la desviación de poder¹⁷.

Como se observa, la lectura del Derecho administrativo desarrollada por parte del Consejo de Estado, se mantiene en gran medida en el plano de la ley, y muy pocas veces recurre a la Constitución. Ahora bien, cuando utiliza la Constitución como fuente de derecho directamente aplicable, los artículos preferidos para argumentar su postura son los que se refieren a las Fuerzas Militares y la Policía (arts. 217 y 218 de la Constitución). En otras palabras, la interpretación de la Constitución se realiza desde la óptica de las instituciones (la inaplicación del derecho al debido proceso se justifica por las funciones que deben desempeñar las instituciones) y no desde la perspectiva de los derechos.

b. Una frágil posición intermedia

El grupo de sentencias que compone este grupo se identifica porque si bien es cierto que flexibilizan un poco la posición tan férrea sobre la no aplicación del derecho al debido proceso, se mantienen algunas restricciones muy fuertes al mismo. Igualmente, es una posición muy débil en la medida en que algunos de los avances logrados con la morigeración de la posición dominante son modificados (vale decir, hay un retroceso) en sentencias posteriores, que curiosamente en ciertas oportunidades son resultado de una ponencia del mismo magistrado que obtuvo los avances logrados:

- La hoja de vida del afectado es un criterio importante: en algunas sentencias¹⁸ se afirma que la administración tiene el deber de analizar la hoja de vida de quien se pretende desvincular. Entonces, si la hoja de vida presenta méritos *excepcionales* con una antelación no muy amplia desde la fecha del retiro, no resulta coherente retirar al servidor. A pesar de lo anterior, esa tesis fue modificada posteriormente sin completar las cargas de transparencia y de argumentación exigidas para todo cambio

¹⁷ Véanse sentencia de 10 de marzo de 2005, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Rad. 25000-23-25-000-2000-01435-01 (6207-03); sentencia de 2 de febrero de 2006, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Subsección A, Rad. 680012315000200100756 01; sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Tarcisio Cáceres, Sección 2, Subsección B, Rad. 05001-23-31-000-1998-00710-01; sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Tarcisio Cáceres, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-02449-01 (0890-05); sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 17001-23-31-000-2000-00832-02 (3207-04); sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-2002-08208-01 (2485-04); sentencia de 17 de agosto de 2006, M. P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 50001-23-31-000-2002-00064-01 (5978-05); sentencia de 5 de octubre de 2006, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección B, Rad. 05001-23-31-000-2002-00825-01 (8116-05); sentencia de 7 de diciembre de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Subsección B, Rad. 44001-23-31-000-2002-00362-01 (4724-05); sentencia de 22 de febrero de 2007, M. P. Jesús María Lemos Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-2001-05808-01 (6408-05); sentencia de 1 de marzo de 2007, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Rad. 25000-23-25-000-1999-04162-01 (5644-05); sentencia de 14 de junio de 2007, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 76001-23-31-000-2001-01809-01 (6961-05); sentencia de 3 de diciembre de 2009, M. P. Víctor Alvarado, Sección 2, Subsección B, Rad. 05001-23-31-000-2002-03928-01 (2054-08).

¹⁸ Cfr. sentencia de 25 de enero de 2001, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1997-4360-01 (1407-00); sentencia de 9 de mayo de 2003, M. P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-2002).

de precedente¹⁹ y, paradójicamente, en algunas de esas variaciones jurisprudenciales no argumentadas fueron ponentes los mismos magistrados que trataron de mitigar la doctrina dominante²⁰. Asimismo, en otra providencia, no se aceptó el requisito de la hoja de vida, debido a que el Consejo de Estado debía ajustar esa tesis, entre otras razones porque el ponente de este nuevo pronunciamiento no estuvo presente en las discusiones que llevaron a la toma de esa decisión²¹.

- Estar en curso de ascenso es un motivo suficiente para no desvincular: el Consejo de Estado también ha advertido que si la persona que se pretende desvincular está realizando un curso de ascenso de grado, no es coherente ordenar su desvinculación²². La fragilidad radica en que esa tesis es sostenida y defendida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mientras que la Subsección B de esa misma Sección no la comparte. De hecho, ni siquiera se refiere a ella²³.

c. Una posición insular: la constitucionalización del Derecho administrativo

Para finalizar este recorrido es preciso decir que tan sólo en dos sentencias (una de ellas de tutela) y de forma muy tímida, el Consejo de Estado ha admitido la influencia del derecho fundamental al debido proceso en los actos discrecionales, a través de la inversión de la carga de la prueba. Así, solamente en sede judicial (i.e. si hay demanda), la administración debe motivar su decisión de retiro²⁴.

2. LA CORTE CONSTITUCIONAL: CONSTITUCIONALIZACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La lectura dominante y constante en la Corte Constitucional, en ese caso, ha sido diametralmente opuesta a la del Consejo de Estado. A pesar de que se trata de un mismo asunto, las decisiones divergentes que se toman en una u otra Corporación obedecen a que la Corte Constitucional —por lo menos en este caso— sí se ha tomado en serio los derechos, la supremacía constitucional y, en consecuencia,

¹⁹ Cfr. sentencia C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar. En el mismo sentido véase Andrés OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, y Robert ALEX, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Lima, Editorial Palestra, 2007, pp. 377, 378 y 382.

²⁰ Cfr. sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 17001-23-31-000-2000-00832-02 (3207-04); sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-2002-08208-01 (2485-04); sentencia de 17 de agosto de 2006, M. P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 50001-23-31-000-2002-00064-01 (5978-05).

²¹ Sentencia de 16 de febrero de 2006, M. P. Tarcisio Cáceres, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-02449-01 (0890-05).

²² Cfr. sentencia de 14 de julio de 2005, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Rad. 76001-23-31-000-2000-02891-01 (2891-03); sentencia de 30 de noviembre de 2006, M. P. Jaime Moreno, Sección 2, Sub-Sección A, Rad. 25000-23-25-000-2000-07584-01(2903-03).

²³ Sentencia del 26 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1999-02870-01(4519-04).

²⁴ Cfr. sentencia de 28 de mayo de 2009, M. P. Susana Buitrago, Sección 5 (acción de tutela), Rad. 05001-23-15-000-2009-00203-01, y sentencia de 17 de abril de 2008, M. P. Alfonso Vargas, Sección 2, Subsección B, Rad. 250002325000199230152 01 (4743-2003).

aplica su propio precedente de forma constante. Como la misma Corte Constitucional ha expresado: “El juez administrativo con el fin de amparar y asegurar los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquellos”²⁵.

La Corte Constitucional soluciona el caso estándar reseñado anteriormente, en clave constitucional y no el plano meramente legal, lo cual es relevante desde el punto de vista práctico, puesto que en la gran mayoría de las sentencias analizadas, la decisión es que hay violación del debido proceso y, en ese orden de ideas, se ordena el reintegro del accionante. A continuación se narra la evolución jurisprudencial en la Corte Constitucional:

2.1. Un comienzo dubitativo

En primer lugar, es preciso decir que durante el primer periodo de la línea jurisprudencial (1995-2000) la Corte Constitucional respondió al problema jurídico planteado a través de sentencias de constitucionalidad. Asimismo, en esas primeras ocho providencias, el Tribunal Constitucional fue ambivalente. En efecto, en algunas oportunidades consideró que el debido proceso, junto con sus garantías, era plenamente aplicable²⁶ a los actos discrecionales que ordenan el retiro. Así por ejemplo, el Alto Tribunal determinó que debía garantizarse el debido proceso en sentido amplio (C-565 de 1995); el derecho de defensa (C-108 de 1995), y que los actos discrecionales que ordenan el retiro debían motivarse y ser notificados al afectado (C-564 de 1998).

A pesar de lo anterior, en otras providencias (minoritarias), la Corte Constitucional siguió muy de cerca la postura dominante del Consejo de Estado, argumentando que si bien la discrecionalidad no era absoluta, ésta era constitucional y que el afectado contaba con las acciones contencioso administrativas para defender sus derechos²⁷.

2.2. La posición dominante y constante: constitucionalización del Derecho administrativo

Con una interpretación de las normas administrativas a la luz de los derechos fundamentales y no desde las instituciones, la Corte Constitucional desde el año 2002 al 2009 ha mantenido una posición de acuerdo con la cual, el debido proceso y varias de sus garantías aplican plenamente en los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro. A partir de ese año, la jurisprudencia cons-

²⁵ Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera. Citada por Manuel Fernando QUINCHE, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 85.

²⁶ Cfr. sentencias C-108 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo; C-525 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo; C-565 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo, y C-564 de 1998, M. P. Fabio Morón.

²⁷ Cfr. sentencias C-048 de 1997, M. P. Hernando Herrera, y C-368 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes.

titucional se estabiliza²⁸, especialmente —aunque no exclusivamente— a través de sentencias de tutela:

- En un acto administrativo discrecional que ordena el retiro, no es posible que la administración motive su decisión con una “explicación [que] comienza y termina, de manera circular, en la facultad discrecional”²⁹. En otros términos, afirmar que el retiro obedece a un acto discrecional, sin más, es inconstitucional. Con esta sentencia, la Corte precisa cuáles razones no son adecuadas para tomar una decisión amparada en facultades discrecionales.

- Por otra parte, la Corte Constitucional garantiza el derecho de defensa cuando dispone que los informes reservados de seguridad que sirvieron de fundamento al retiro discrecional no pueden ser secretos o reservados para el afectado, es decir, la reserva de los informes no aplica para el afectado, en aras de garantizar el derecho de defensa³⁰.

- Si bien es cierto que el retiro discrecional no implica una sanción disciplinaria, no es menos cierto que el debido proceso también aplica en el caso de los retiros discrecionales, así sea de forma distinta al debido proceso reglado que debe observarse en los casos de sanciones disciplinarias. Por lo anterior, i) los motivos que originaron el retiro deben darse a conocer a los afectados³¹; ii) la flexibilidad y rapidez que caracterizan la decisión de retiro discrecional, “exige la aplicación rigurosa y generosa de las pocas garantías que lo componen”³², y en ese sentido la decisión “debe estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario”³³, y iii) los motivos que dieron origen al acto deben ser expuestos (debe existir motivación) en todos los casos (no es relevante si es del DAS, Inpec, Fuerzas Militares o Policía Nacional). De lo contrario, hay violación del debido proceso³⁴.

3. LA INSEGURIDAD JURÍDICA Y ALGUNAS SALIDAS

Como se evidencia, existen dos soluciones frente a un mismo problema jurídico. Esa situación encajaría perfectamente como uno de los casos clásicos de *insegu-*

²⁸ En esta segunda etapa del análisis jurisprudencial solamente hay una sentencia en la cual se restringe el debido proceso, cuando se afirma que el afectado tiene la carga de la prueba de demostrar la desviación de poder de un acto no motivado. Cfr. sentencia T-575 de 2008, M. P. Nilson Pinilla.

²⁹ Sentencia T-816 de 2002, M. P. Jaime Córdoba.

³⁰ Cfr. sentencias C-872 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas; C-942 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán; C-1173 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda; T-432 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda, y T-111 de 2009, M. P. Clara Elena Reales.

³¹ Cfr. sentencia T-120 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy.

³² Sentencia T-327 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas.

³³ T-995 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería.

³⁴ Cfr. T-569 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar; T-1168 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-1173 de 2008, M. P. Jaime Córdoba; T-205 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio, y T-456 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas.

riedad jurídica. En efecto, una persona afectada por un retiro discrecional tendrá una respuesta si su caso es conocido por el Consejo de Estado, y otra muy distinta si su problema es abordado por la Corte Constitucional. No sobra recordar que ambos Tribunales hacen parte de la jurisdicción de un mismo Estado (art. 116 de la Constitución) y están sometidos al mismo ordenamiento jurídico (art. 230 de la Constitución).

Ante este panorama, a continuación se intentará realizar una valoración para efectos de determinar cuál de las dos respuestas es la más adecuada. Esa evaluación tendrá como punto de referencia algunos criterios objetivos, tales como la doctrina, la jurisprudencia internacional y la eficiencia de la administración.

3.1. La doctrina

a. *La Teoría de la Argumentación Jurídica*

Es pertinente, en primer lugar, analizar el fundamento constitucional de la teoría de la argumentación jurídica, en la medida en que gran parte de la controversia gira en torno a si se deben motivar los actos discrecionales que ordenan el retiro. Esa teoría de la argumentación nos diría que sí es necesaria una argumentación que soporte la decisión del retiro. Para no extender mucho esta parte se puede traer a colación uno de los doctrinantes más conocidos en Colombia sobre el particular, se trata del jurista español Manuel ATIENZA.

Para este autor, el auge de la argumentación jurídica se produce gracias al tránsito del Estado de Derecho Legislativo al Estado Constitucional³⁵. Así las cosas, el surgimiento de los Estados Constitucionales, con Constituciones normativas, ocasiona que los operadores jurídicos deban tener muy en cuenta los derechos fundamentales que “limitan y condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho”³⁶.

En esa misma línea es posible decir, entonces, que el poder de cualquier órgano estatal es “limitado y [...] tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (el órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido”. En síntesis, el Estado Constitucional exige explicaciones y justificaciones más robustas por parte de las autoridades, en la medida en que el Derecho debe estar sometido a la razón y no a la autoridad de quien emana el Derecho³⁷.

³⁵ Sobre el particular véase Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007.

³⁶ Manuel ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 17.

³⁷ Según ATIENZA, “El Estado Constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional [...] supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: a la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos”. Idem.

Ahora bien, desde ese punto de vista, la argumentación surge como uno de los elementos indispensables que proporciona seguridad jurídica. De acuerdo con Aarnio,

“en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiada. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no sólo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral)”³⁸.

Lo dicho hasta aquí podría resumirse de la siguiente forma: la justificación de toda decisión del Estado que limite o restrinja derechos es necesaria en un Estado Social y Constitucional de Derecho por las siguientes dos razones: i) en las sociedades occidentales es un deber moral dar las razones del caso, debido a que éstas “constituyen una justificación del poder [...] y el poder puede ser usado sólo dentro de los límites de su justificación”³⁹; y ii) en el Estado Constitucional, el individuo es el centro de protección a través de la garantía y el respeto de sus derechos. Esa premisa permite concluir que no es concebible que en un Estado sometido al Derecho existan decisiones sin motivación, todo en aras de evitar la arbitrariedad que supone una decisión que aunque tenga motivos, éstos no son conocidos al menos por los afectados.

b. La doctrina del Derecho administrativo acepta mayoritariamente la constitucionalización de los actos discrecionales: deber de motivar

Para corroborar la afirmación que encabeza este apartado, simplemente se va a hacer referencia a la teoría preponderante que sostienen los administrativistas, y se citarán al pie los autores que apoyan la influencia del Derecho constitucional en los actos administrativos discrecionales.

Así pues, es casi que unánime la doctrina del Derecho administrativo al advertir que:

“el derecho positivo colombiano obliga por regla general a la motivación del acto, sea este reglado o discrecional [...] En relación con los actos discrecionales, el artículo 36 del mismo Código, en la creencia de que la discrecionalidad no puede ser sin ánimo de arbitrariedad o ilegalidad, obliga a expresar las razones de su expedición”⁴⁰.

Asimismo, la doctrina del Derecho administrativo europeo se ha pronunciado sobre el particular. En España, es pacífica la postura de acuerdo con la cual los actos

³⁸ Aulis AARNIO, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8, 1990, p. 26.

³⁹ Gunnar BERGHLOITZ, “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8, 1990, p. 81.

⁴⁰ Jaime Orlando SANTOFIMIO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 155. En el mismo sentido véase a Hugo Alberto MARÍN, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 485 y 486; José Roberto DROMI, *El acto administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, p. 69, y Juan Carlos CASSAGNE, ob. cit., pp. 204, 220 y 232.

administrativos deben motivarse, todo esto con el fin de evitar la arbitrariedad⁴¹. Así por ejemplo, se dice que el deber de motivación de los actos administrativos discrecionales contenido en el artículo 54 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) proviene de sendos preceptos de la Constitución Española, como el 24 (prohibición de la indefensión); 9.3 (prohibición de la arbitrariedad o no racionalidad) y 1.1 (Estado democrático: deber de transparencia)⁴². Por su parte, Marín pone de presente que aunque en Francia el Consejo de Estado no comparte totalmente la postura Ibérica, a través de la acción judicial se puede exigir a la administración que se hagan explícitos los motivos (algo que no sucede en Colombia)⁴³.

3.2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La postura de ese alto Tribunal, con respecto a la aplicación del derecho fundamental al debido proceso en los actos discrecionales del Estado que ordenan el retiro de funcionarios, es muy similar a la de la Corte Constitucional y a la de los tratadistas que se han nombrado anteriormente.

En diversos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la potestad que tiene el Estado para reorganizar su administración tiene límites en los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente los artículos 8 y 25 de ese instrumento. El listado de los casos *hito* que merecen algún comentario lo encabeza el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú, en el cual se dijo expresamente que:

“ciertamente los Estados disponen de facultades discrecionales para reorganizar sus instituciones y, eventualmente, para remover personal en función de las necesidades del servicio público y la gestión de intereses de orden público en una sociedad democrática, si bien el ejercicio de esas facultades no puede ser sustraído del pleno respeto a las garantías del debido proceso y protección judicial, pues lo contrario podría someter a los afectados a una actuación arbitraria”⁴⁴.

A pesar de lo anterior, podría pensarse que las garantías previstas en los artículos 8 y 25 de la Convención solamente tendrían cabida en procesos judiciales, y como el acto administrativo de retiro no es resultado de una actuación judicial, tales derechos no tendrían incidencia en estos actos discrecionales. No obstante, en otro caso de retiros inmotivados⁴⁵, la Corte afirmó que:

⁴¹ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1974; Juan IGARTUA SALAVERRÍA, *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Pamplona, Civitas, 2007, y Hugo Alberto MARÍN, *ob. cit.*

⁴² Vid. Juan IGARTUA SALAVERRÍA, *ob. cit.* p. 21.

⁴³ Hugo Alberto MARÍN, *ob. cit.*, p. 469.

⁴⁴ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 158, párrafo 110.

⁴⁵ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71. En ese caso se evaluó el debido proceso ante una sanción no judicial sino política. Guarda semejanzas con el margen de libertad que tiene la administración en la expedición y aplicación de los actos discrecionales.

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos [...] a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”⁴⁶.

La conclusión que se impone es que para la Corte Interamericana, cualquier tipo de acto que provenga del Estado y que afecte derechos y obligaciones de los trabajadores debe cumplir las garantías consagradas en los artículos 8⁴⁷ y 25⁴⁸ de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, debido proceso y acceso a un recurso judicial efectivo.

3.3. La eficiencia en la administración de los recursos

Un último criterio que puede ser útil para efectos de determinar cuál de las dos interpretaciones puede ser la más adecuada, se relaciona con la eficiencia en la administración de los recursos.

La tesis es de carácter práctico, pero no por ello menos importante, y es sostenida por el profesor Javier RINCÓN⁴⁹ quien afirma que la incorporación de elementos cons-

⁴⁶ Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párrafos 69 y 70.

⁴⁷ Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

⁴⁸ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁴⁹ Cfr. Javier RINCÓN SALCEDO, “Facultad discrecional’, Planeación y eficiencia en la Gestión del Recurso Humano

titucionales (léase debido proceso) a los actos discrecionales que ordenan el retiro de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, es saludable porque

“la imposición que se expresa a través de los límites impuestos al ejercicio de la Facultad discrecional, trae como consecuencia una presión para que el Estado realice una planeación más eficiente de sus recursos humanos, so pena de verse sancionada y condenada al pago de indemnizaciones de perjuicios como consecuencia de desvincular a sus funcionarios, por la vía de la facultad discrecional, fundamentado en argumentos carentes de objetividad. En este orden —teniendo en cuenta que la motivación del Acto sólo puede ser racional si se encuentra en adecuación con una causa o motivo objetivo— dentro del marco de esta primera vía la lógica consiste en afirmar que los límites impuestos por la jurisdicción, generan una correlativa presión sobre la administración para que enmarque toda desvinculación dentro de políticas estructuradas y claras de recursos humanos.

Lo anterior por cuanto resultaría irracional tanto desde el punto de vista económico como jurídico y por ende contrario al principio de eficiencia que, fundamentado en una apreciación puramente subjetiva y desprendida de una política clara de utilización de los recursos humanos, decidiera prescindir de los servicios de un funcionario en cuya preparación ha invertido importantes recursos públicos, los cuales está en la obligación de utilizar de manera eficiente”⁵⁰.

4. LA POSTURA A ASUMIR POR EL CONSEJO DE ESTADO DEBE SER EL RESPETO AL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En este punto del artículo es preciso hacer una evaluación desapasionada, pero firme, sobre cuál de las dos posturas debe ser asumida de forma unificada por los órganos jurisdiccionales de cierre en Colombia. La explicación práctica que subyace a esa necesidad de optar por una de las dos soluciones es la exigencia de seguridad jurídica que en este caso viene de la mano del principio constitucional de igualdad, de modo tal que resulte razonablemente previsible una solución similar a casos análogos, sin que el Tribunal ante el cual se ventila el caso sea un factor determinante para saber cuál solución se debe adoptar. En otros términos, la inseguridad jurídica surge porque aparentemente la respuesta dada no tiene como fundamento un parámetro racional objetivo (el ordenamiento jurídico), sino por el contrario, depende en últimas de la Corporación que conozca el caso y su lectura más o menos legalista o constitucionalista del asunto.

Varias razones son más que suficientes para sostener que la lectura que hace la Corte Constitucional de los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro, es la adecuada.

Militar”, *Revista Prolegómenos* 23, 2009, en http://works.bepress.com/javier_rincon_salcedo/10/ (Fecha de consulta: 9 de marzo de 2010).

⁵⁰ Javier RINCÓN SALCEDO, ob. cit.

i) En primer término, un argumento de carácter positivista es que según el artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es el intérprete máximo de los derechos fundamentales y uno de ellos es el debido proceso.

ii) Así las cosas —y esta es la segunda razón— el Consejo de Estado, en virtud del principio de igualdad y de la sentencia C-335 de 2008 (M. P. Humberto SIERRA) *está en el deber* de seguir la jurisprudencia que la Corte Constitucional emita sobre la interpretación y el alcance de un derecho fundamental o, de lo contrario, eventualmente podría incurrir en el delito de prevaricato.

iii) Además de lo dicho, y en relación con lo anterior, el Consejo de Estado ha fallado notablemente al momento de consolidar su posición con respecto al tema que se viene estudiando: se podría decir entonces que otra vía mediante la cual el Consejo de Estado niega la constitucionalización del Derecho es a través del irrespeto constante al principio de igualdad (art. 13 de la Constitución y sentencia C-836 de 2001). Efectivamente, hay tres situaciones que permiten inferir que el Consejo de Estado no ha respetado si quiera su propio precedente, en franca violación de la Constitución (principios de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe):

- Es muy dicente que dentro de la misma Sección Segunda del Consejo de Estado, sean disimiles los criterios para fallar casos similares, únicamente bajo el argumento de que *el ponente de esta nueva sentencia no estuvo presente en las deliberaciones de la anterior*. Además, la subsección A tiene fallos diametralmente opuestos a los de la subsección B⁵¹.
- Asimismo, es preocupante que criterios que son establecidos en algunas providencias (por ejemplo, recurrir a la hoja de vida del afectado o determinar si el accionante está realizando curso de ascenso) son abandonados o menguados en sentencias posteriores sin mayor explicación⁵².
- Por otro lado, no deja de llamar la atención que el caso es decidido de una forma si la acción instaurada es de carácter administrativo (de nulidad y de restablecimiento del derecho), y de otra si es decidida por una acción constitucional (tutela)⁵³.

iv) Por otra parte, y como ya se analizó, la posición del Consejo de Estado no encuentra fundamento en la doctrina nacional o foránea, así como tampoco en la

⁵¹ Véase por ejemplo, sentencia de 25 de enero de 2001, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1997-4360-01 (1407-00), y sentencia de 11 de octubre de 2001, M. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, Rad. 63001-23-31-000-1999-0418-01 (845-01). Asimismo, sentencia de 9 de mayo de 2003, M. P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-2002), y sentencia de 2 de febrero de 2006, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Subsección A, Rad. 680012315000200100756 01.

⁵² Véase, Asimismo, la sentencia de 9 de mayo de 2003, M. P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-2002) (se refiere a la hoja de vida), frente a las sentencias que no mencionan nada sobre el particular: de 2 de febrero de 2006, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Subsección A, Rad. 680012315000200100756 01, y sentencia de 9 de mayo de 2003, M. P. Alejandro Ordóñez, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-2002), del 2 de febrero de 2006, M. P. Alberto Arango, Sección 2, Subsección A, Rad. 680012315000200100756 01, y del 7 de diciembre de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Subsección B, Rad. 44001-23-31-000-2002-00362-01 (4724-05).

⁵³ Cfr. sentencia de 28 de mayo de 2009, M. P. Susana Buitrago Sección 5 (acción de tutela), Rad. 05001-23-15-000-2009-00203-01, frente a todas las sentencias citadas en la nota al pie número 15 *supra*.

Convención Americana de Derechos Humanos que se incorpora al ordenamiento jurídico nacional gracias al bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Constitución). Podría decirse que es una tercera vía a través de la cual el Consejo de Estado niega la constitucionalización del Derecho administrativo: ni la Convención Americana de Derechos Humanos, ni los pronunciamientos de la Corte Interamericana juegan papel alguno en la toma de las decisiones analizadas.

v) La lectura meramente legalista y defectuosamente constitucionalista del Consejo de Estado, contribuye de manera indirecta a la ineficiencia en la administración de los recursos, en la medida en que sin motivación no hay una política adecuada de planeación.

vi) Desde el punto de vista de la estructura del Estado, el control judicial del Consejo de Estado sobre la administración es muy débil, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales como parámetro de razonabilidad de la actuación de las autoridades tienen un papel muy secundario⁵⁴.

vii) Los seis defectos denunciados con anterioridad son subsanados con la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional sobre este asunto. Adicionalmente, esta es adecuada para efectos de lograr una verdadera constitucionalización del Derecho, fortaleciendo de esta forma el carácter normativo, vinculante y supremo de la Constitución (art. 4 de la Constitución).

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A lo largo de este escrito se ha tratado de analizar cuál ha sido la influencia de la Constitución en un punto específico del Derecho administrativo y, a su vez, cuáles han sido las respuestas de la jurisprudencia. Además de lo anterior, con parámetros objetivos se explicó cuál de las posturas jurisprudenciales es la más conveniente en términos jurídicos y de eficiencia en la administración de los recursos públicos.

Pero más allá de las consideraciones anteriores, creo que la razón más importante que apoya la lectura de la Corte Constitucional es el respeto por el artículo 4 de la Constitución y los derechos fundamentales. Así las cosas, tomarse la Constitución y los derechos en serio⁵⁵ implica, para el juez (en general, no solo el constitucional) el deber de analizar toda situación de hecho que deba conocer, bajo el prisma constitucional.

Seguir la postura del Consejo de Estado —que es bastante entendible y razonable desde el punto de vista de la mera legalidad y de la estructura constitucional del

⁵⁴ Llama poderosamente la atención que en las sentencias del 26 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 25000-23-25-000-1999-02870-01(4519-04), y de 16 de febrero de 2006, M. P. Jesús María Lemos, Sección 2, Subsección B, Rad. 17001-23-31-000-2000-00832-02 (3207-04), se utilicen frases como la siguiente “[...] debe decirse que la desvinculación se origina en un acto discrecional plenamente justificado, *sin que haya lugar a controversias* con el empleado porque ella se produce por voluntad del Gobierno Nacional” (énfasis agregado).

⁵⁵ Cfr. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

Estado, pero que no lo es tanto desde la perspectiva de los derechos fundamentales— implica una disminución dramática del carácter normativo de la Constitución y por esa vía del principio de supremacía constitucional, al preferirse la ley a la aplicación de los derechos fundamentales. Ahora bien, creo que esa interpretación del Consejo de Estado, en la cual se privilegia el principio de legalidad, en detrimento del principio de supremacía constitucional, responde en gran medida a la herencia francesa de la teoría de las fuentes del Derecho⁵⁶ según la cual, existe una tridivisión absoluta del poder y, en ese sentido, el juez desempeña un papel pasivo en el control de la legislación y de los actos normativos emanados del Estado⁵⁷.

Por otro lado, una conclusión adicional se impone y es que gracias a la impregnación de los principios constitucionales en los actos administrativos discrecionales, necesariamente se modifica su entendimiento y conceptualización en la medida en que la interpretación legalista y clásica de esos actos, tiene como fundamento un Código pre-constitucional. En consecuencia, en la práctica lo que debe ocurrir es que en la expedición y ejecución de esos actos debe respetarse ante todo, el debido proceso y las garantías que lo componen.

Por último, con este trabajo no se quiere negar de forma alguna la posibilidad que tiene la administración de expedir actos discrecionales que respeten el debido proceso para efectos de desvincular servidores públicos de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, el DAS o el Inpec. Por el contrario, esas intervenciones estatales son necesarias y serán legítimas, siempre y cuando la restricción de derechos fundamentales de los afectados no sea desproporcionada o irrazonable, como sucede con la interpretación dominante del Consejo de Estado, en la cual el derecho al debido proceso ni siquiera es limitado, sino anulado o negado por completo.

De lo anterior se sigue otra consecuencia insoslayable: si el Consejo de Estado no decide atemperar su tesis (a través del respeto de los derechos y de su precedente), esa situación podría ser un caldo de cultivo propicio para eventuales demandas contra el Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por violación de los artículos 8 y 25 de la Convención debido a que i) no hay respeto al derecho al debido proceso, y ii) no existe un mecanismo procesal en el derecho administrativo verdaderamente *efectivo e idóneo* que permita reparar la vulneración de ese derecho, teniendo en cuenta que, aunque formalmente existe, desde el punto de vista material y probatorio es tan exigente, que en la práctica no es útil en gran parte gracias a un entendimiento radical del principio de legalidad de los actos administrativos⁵⁸.

⁵⁶ Teoría que incluso ha sido morigerada en Francia, gracias al control de constitucionalidad.

⁵⁷ Cfr. Ignacio DE OTTO, ob. cit., pp. 287, 288, 292 y 293. Sobre la influencia del derecho francés en la cultura jurídica nacional puede verse a Diego Eduardo LÓPEZ, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, Universidad de Los Andes y Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 135 y ss., y 158 y ss.

⁵⁸ Sobre el particular pueden verse, entre otros, los siguientes casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154; Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125; Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, y Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Lima, Palestra, 2007.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8, 1990.
- BERGHLOTZ, Gunnar, "*Ratio et auctoritas*: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8, 1990.
- BERROCAL, Luis Enrique, *Manual del acto administrativo*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, vol. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot y Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2007.
- DROMI, José Roberto, *El acto administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Editorial Civitas, 1974.
- GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Pamplona, Civitas, 2007.
- LÓPEZ, Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.
- LÓPEZ, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, Universidad de Los Andes y Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- MARÍN, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- OLLERO, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- QUINCHE, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

QUINCHE, Manuel Fernando, “La lectura administrativa de la Constitución Política”, *Revista Vniversitas* 104, diciembre de 2002.

RINCÓN SALCEDO, Javier, “‘Facultad discrecional’, Planeación y eficiencia en la Gestión del Recurso Humano Militar”, *Revista Prolegómenos* 23, 2009, en http://works.bepress.com/javier_rincon_salcedo/10/

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 1988.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.