

# La discrecionalidad administrativa y los derechos de carrera del personal activo de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

Administrative discretionality and career rights of active personnel of the military officials and subofficial officers

Luis Rafael Vergara Camargo<sup>1</sup>

RECIBIDO: 28-02-18

ACEPTADO: 27-07-18

## Resumen

En el sistema jurídico colombiano para la administración pública, la discrecionalidad es fundamental y con ella se materializan los fines y la función del Estado, preocupa que se legitime la actuación cuando puede darse la desviación y abuso del poder, por ende, es menester abordar la temática a partir del discurso de los fenómenos de la teoría jurídica y política. De esta manera el presente documento científico tiene por objeto, desde la hermenéutica judicial y jurídica, realizar un análisis detallado de los factores, consecuencias y antecedentes históricos acerca del proceder de la administración pública, jurisprudencia administrativa y constitucional en materia de controversias y conflictos generados por la discrecionalidad de retiro en la carrera administrativa de Fuerzas Militares.

**Palabras clave:** discrecionalidad, carrera administrativa, Fuerzas Militares, poder, administración pública.

## Abstract

In the Colombian legal system for public administration, discretion is fundamental and with it the function of the State is materialized, the activity is legitimated, it realizes the deviation and the abuse of power, therefore, it is necessary to address the thematic from the discourse of the phenomena of legal and political theory. In this way the present scientific document has an object, from the judicial and legal hermeneutics, performs a detailed analysis of the factors, the consequences and the antecedents from the public administration, the administrative jurisprudence and the matter in the matter of controversies and conflicts generated by the discretion of the withdrawal in the administrative career of the Military Forces.

**Keywords:** discretion, administrative career, Military forces, power, Public administration.

<sup>1</sup> Abogado, Especialista en Ciencia Política y Magíster en Derecho.  
luisrafaelvergaracamargo@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

Es importante precisar que con las facultades discrecionales que la ley le concede a la administración pública, se otorgan libertades que no son propias de la responsabilidad objetiva, las decisiones para obrar o abstenerse desconfiguran el contenido legítimo de la actuación.

Ahora bien, al abordar el tema de la discrecionalidad administrativa y los derechos de carrera del personal activo de las Fuerzas Militares (oficiales y suboficiales), es cierto que la facultad discrecional, en principio, encuentra su justificación constitucional en lo complejo de la valoración de las conductas y en sus comportamientos dependientes, por lo cual de ahí parte la justificación intrínseca de los elementos objetivos, que tienen como fuente principal los comportamientos de los funcionarios en la entidad estatal.

De esta manera, cabe destacar que cuando se dé uso de la discrecionalidad, las causales que sustentan el retiro deben ser objetivas; en virtud que dentro de los fines esenciales del Estado está contemplada la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, que se ven reflejados en el servicio militar, propio del ejercicio de la Institución, lo que evitaría un perjuicio de carácter general.

Es preciso afirmar en este orden esquemático de ideas que, si bien Colombia se ha consolidado como un Estado Social de Derecho, y que a su vez sus fines esenciales son de suma importancia en cuanto a la estabilidad de las instituciones que estructuran el Sistema de las Organizaciones Democráticas, en las cuales algunas de estas actúan en torno a la legitimidad que se le da en el marco de nuestra Constitución Política colombiana, se hace necesario el presente artículo de reflexión, por cuanto describe la situación real de los miembros de las Fuerzas Militares (oficiales y suboficiales) en cuanto a su retiro, bajo la institución de la discrecionalidad administrativa.

También es de resaltar, que en el análisis de la norma que sustenta la discrecionalidad administrativa sobre el retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, se trata de encontrar en ella cuál es su carácter especial y si vulnera el derecho fundamental al debido proceso y por consiguiente, los derechos de carrera; e inclusive si se infringe el principio de legalidad cuando la decisión se toma por los superiores, quienes están facultados para la expedición de los actos administrativos de retiro de carácter discrecional.

Es por lo anterior que el presente artículo científico se elabora bajo los parámetros de la metodología cualitativa, de índole documental hermenéutica, haciendo uso del análisis documental jurisprudencial, doctrinal, conceptual, teórico de orden jurídico y político que permitan discernir, interpretar y argumentar de forma rigurosa en atención al estudio de la institución de la discrecionalidad en el retiro del personal activo de las Fuerzas Militares (oficiales y suboficiales), por tal este documento se enfoca en los siguientes aspectos: la discrecionalidad y su margen de libertad en el marco legal, vulneración a los derechos de carrera del personal activo de las Fuerzas Militares (oficiales y suboficiales), vulneración al derecho de igualdad.

## **METODOLOGÍA**

El presente artículo se construye bajo los parámetros del enfoque cualitativo que busca definir las variables de orden epistemológico, basado en el tipo hermenéutico documental haciendo uso permanente en su desarrollo y elaboración de las técnicas tales como el análisis documental, revisión bibliográfica, observación, reflexión crítica y el ajuste prospectivo argumentativo.

## **DISCRECIONALIDAD: LECCIONES TEÓRICAS CONCEPTUALES DESDE LO JURÍDICO APLICADO EN LA FUERZA PÚBLICA**

La discrecionalidad administrativa no es solo una institución de aplicabilidad en Colombia, de ahí que ha sido un tema de análisis jurídicos y de discusiones de manera permanente por parte de autores como Soto (2000) que en busca de una mejor aproximación conceptual en países de América Latina, por el hecho que el derecho heredado que le ha dado origen a esta institución no ha sido de fuentes jurídicas latinoamericanas, sino de un derecho de origen francés que fue influyente de las instituciones legales que se establecieron como un absolutismo del poder político y jurídico.

Por lo anterior, al hacer la aproximación conceptual de la discrecionalidad, Soto (2000) no evidencia, en principio por así mencionarlo, que en países como Argentina y Brasil, en su derecho interno introdujeran la filosofía del poder absoluto como herederas de este, y evidenciando la carencia de un control jurisdiccional que hubiese permitido que sobre la institución de la discrecionalidad se diera un enriquecido debate que jurídicamente en virtud de los pronunciamientos que se llevasen sobre los hechos conocidos como consecuencia de las posiciones jurídicas de los tribunales de justicia, y como

resultado permita el control que se diera sobre ella. Al respecto Soto (2000) afirma que:

El tema de la discrecionalidad administrativa es de permanente discusión en otros países, como Argentina y Brasil, lo que se debe a que son herederos del absolutismo, aunque no hay análisis sobre el concepto de discrecionalidad, lo que habría facilitado su control (p.98)

Así también, Soto Kloss toma como referente los argumentos aristotélicos y tomasinos, al hacer referencia a Santo Tomás (citado por Alarcón (2000), p. 98) que *“Dios dejó al hombre en manos de su albedrío, no porque sea lícito hacer todo lo que él quiera sino porque puede obrar por libre elección o deliberación propia, no coaccionado por una necesidad natural como las criaturas irracionales”*.

Si bien es cierto que la discrecionalidad administrativa deja en la administración la decisión, y esta se apoya en la libertad de decidir la desvinculación del funcionario, ella debe tener su origen en argumentos razonables para garantizar el derecho, y no se dé el desconocimiento como consecuencia de la arbitrariedad administrativa, que vulnere derechos fundamentales y esa actuación sea mirada jurídicamente responsable.

Las facultades discrecionales son establecidas por el legislador, para que la administración pública o la actuación del ente administrativo, que tiene la potestad sobre esta, sea idónea para satisfacer la necesidad general del colectivo social y con ella se logre la solución, sin que sea guiada por intereses individuales.

El estudio de la discrecionalidad ha hecho del derecho latinoamericano que en algunos países como Chile, esta institución no ha tenido problemas; así lo manifiesta Pablo Andrés Alarcón (2000), quien destaca que el tema de la discrecionalidad administrativa se refiere en último término al ejercicio del derecho por parte del Estado, y teniendo en Chile el recurso de amparo, que se estableció en el gobierno del presidente Pinochet, la jurisprudencia fue atendida por de los Tribunales de Justicia.

Al analizar la discrecionalidad administrativa, se busca cómo ha sido su aplicabilidad en otros países, así como también su aproximación conceptual desde el punto de vista legal y/o doctrinal en Colombia y en el extranjero.

## **ASPECTO SUBJETIVO Y ASPECTO OBJETIVO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

Se considera importante esta investigación por cuanto con ella se pretende dar respuesta al interrogante, de si en la aplicabilidad de la discrecionalidad se vulneran derechos de carrera de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en Colombia. En caso de encontrar un respuesta afirmativa, jurídicamente cuál sería el tratamiento o el nuevo enfoque para establecer los términos, y así hacer del oficial y/o suboficial de la fuerza pública un profesional con garantías reales a los derechos garantizados en su carrera de servicio al Estado.

Así mismo, con este trabajo se analizará el margen de libertad en el marco legal y cómo ha sido la actuación del operador de justicia en torno a las posiciones en cuanto a un control jurisdiccional que resulte eficaz en garantizar los plenos derechos vulnerados; tampoco se dejará de lado el análisis de caso, ya que la jurisprudencia en Colombia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado han sido objeto de estudio y de relevancia jurídica.

Para el desarrollo de esta reflexión, se tendrá en cuenta que ella parte del contenido común a lo singular y su análisis se enfoca en el pronunciamiento jurídico de estudios y jurisprudencias. Se analiza en primer lugar cómo ha sido la dinámica de la discrecionalidad en el Derecho Administrativo, su desarrollo y su aplicabilidad en los contextos europeos y en América Latina; e igualmente cómo ha sido la dinámica en diferentes estudios y pronunciamientos sobre el tema en desarrollo del derecho en otros contextos, y cómo ha sido estudiada y cuál ha sido la tendencia sobre su aplicabilidad en las Fuerzas Militares de Colombia.

Es de tener claro que la facultad discrecional por razones del servicio a la ley se la ha dado a la administración pública como fuente de garantía de su buen servicio y se permita recurrir en forma permanente en la institución de la discrecionalidad para el retiro de los miembros de la fuerza pública, pero muchas veces al ser empleada se olvida que ella debe tener categoría de legalidad y aproximarse al respeto del derecho fundamental del debido proceso, orientada siempre con la objetiva, de la cual no debe carecer el funcionario que la emplee y sea alejada de juicios antivalores que conlleven a la desviación o abuso de poder; para que la decisión tomada cuando esté bajo el control de la jurisdicción contenciosa administrativa, no sea cuestionada

por la evidente violación de derechos fundamentales plasmada en el acto administrativo.

En este sentido, no cabe duda de que el problema jurídico hoy está dado, y se reclama como consecuencia la garantía jurídica del derecho vulnerado, cuando es violado y se predica el amparo en la presunta legalidad del acto de carácter administrativo emitido, cuyo sustento jurídico ha sido de representación normativa, donde la filosofía de la norma va en beneficio de la administración del Estado y en perjuicio de los miembros de la fuerza pública.

El Análisis Sobre El Tema Que Da Forma a Este Artículo, Se Fracciona En Las Sigüientes Partes: Un aspecto objetivo y su aspecto subjetivo. Es por esto que cuando nos entramos a la Constitución colombiana, esta dispone los Principios y Derechos Fundamentales. En tal sentido se puede decir que “el derecho subjetivo tiene en el derecho de incidencia colectiva, lo que la clasificación jurídica de la función administrativa, no podrá ser alterada por las leyes que reglamentan su ejercicio” (Gordillo, 2016, p.42), o bien, que las normas jurídicas que contienen las disposiciones discrecionales, no pueden en su aplicación acudir a la subjetividad, haciendo del derecho una incidencia colectiva, lo que alteraría el ejercicio de las normas supletorias que lo reglamentan.

Lo anterior significa que ni las leyes, ni por lo tanto las decisiones de la administración, pueden destruir la esencia de los derechos subjetivos que ella reconoce y garantiza, al igual que el derecho internacional, los derechos humanos. Así, aunque la actividad administrativa no se haya reglada ni en forma directa ni en forma inversa, le resta esta regulación residual que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho.

### **VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE CARRERA DEL PERSONAL ACTIVO DE LA FUERZA PÚBLICA –OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA**

La discrecionalidad en los actos administrativos de retiro vulneran los derechos de carrera del personal activo de la fuerza pública –oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; de ahí que en Colombia la Corte Constitucional, viene haciendo reiteraciones del desconocimiento del precedente, cuando con esta se dé vulnerabilidad de un derecho fundamental, y en el pronunciamiento la

decisión judicial que es aplicada al caso por parte del juez, teniendo como fundamento el imperio de la ley.

Más allá de esto, la decisión del alto tribunal puede trascender mucho más el marco legal; de ahí que se hace necesario hallar las respuestas que se han dado por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción constitucional; esto se logra cuando se haga el respectivo análisis de la jurisprudencia de estos dos órganos en sus posturas finales de los casos tratados en relación al tema de la discrecionalidad.

Al respecto de la vulneración al derecho de igualdad, la Constitución Política de 1991 (Gómez, 2016), al enmarcar un Estado Social de Derecho y darle prevalencia a su contenido propio por encima de otras normas jurídicas cuando existe incompatibilidad, exige de ella la aplicación de sus disposiciones, lo que lleva la exigencia que, en defensa de los principios y derechos de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares, se le dé amparo a estos dos principios fundamentales.

Una anotación importante es, que la Constitución colombiana, limita a los funcionarios del Estado funcionalmente a la aplicación de ella en primer lugar y a la ley en segundo lugar, y esto es lo que dispone el artículo 121, cuando establece los límites al ejercicio del desarrollo de sus funciones que le son atribuibles como funcionarios estatales; es más, se refrendan las funciones de los empleos, cuando en las dispersiones del artículo 122 se trate que todo empleo público en Colombia debe tener sus funciones, sea que estas se encuentren en la ley o en el reglamento de cada entidad estatal.

Así mismo, se obliga desde estas mismas disposiciones constitucionales, conforme al artículo 123, que cuando se actúe por parte de un funcionario del Estado, solo puede actuar bajo la órbita de sus competencias que le son entregadas en virtud de la norma de normas o la ley y su reglamento; por ello, cuando la Corte se ha pronunciado sobre la discrecionalidad, sus decisiones se hacen en defensa del debido proceso y recalando que la discrecionalidad normativa, no puede pasar los límites de la Constitución colombiana.

En las decisiones de la aplicabilidad de una ley que tiene como objeto la regulación de condiciones que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos de las personas, la administración pública debe estar dotada de

contendidos mínimos comunes para garantizar los derechos fundamentales, que constitucionalmente le han dado protección.

De ahí que cuando se tome una decisión discrecional, esta debe ser proporcional a los hechos que le dan fundamento, y razonable objetivamente en los supuestos fácticos que la originan. La Corte Constitucional en Sentencia C-525-95 aborda esta situación arguyendo 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”.

Al hacer las manifestaciones en relación al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional se encuentra que en esta ha establecido que el referido principio gira en torno a dos funciones; una de ellas es que sirve de criterio, para hacer sustento en aquellas actuaciones que se dan en los diferentes organismos estatales, y su realización debe aplicarse a casos concretos; así mismo se pronuncia que el criterio también es de control, correspondiéndole al juez de la causa hacer su adaptación y así poder hacer la evaluación de la proporcionalidad en la respectiva actuación de la administración (Consejo de Estado, 2008).

### **ASPECTO SUBJETIVO Y ASPECTO OBJETIVO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

Al hablar del aspecto objetivo y su aspecto subjetivo, se hace necesario buscar en el origen de la discrecionalidad administrativa, desde cuando se dio su surgimiento en el derecho francés y hasta el día de hoy en el contexto colombiano, hallar fuente de esta institución que es de aplicabilidad en numerosos países, y encontrar su evolución que inicialmente la ubican en el proceso de desarrollo de la justicia contenciosa administrativa, irrumpiendo con su nacimiento cuando se dio la división de poderes, y el esquema de división de estos en el origen del derecho francés.

En este sentido, Fernando Garrido Falla (2014), citando a Eva Desdentado plantea la concepción del Estado Social que respeta los derechos de las personas y determina:

Una concepción de la administración evidentemente nueva, de una radical novedad frente a esa administración que se basaba, sobre

todo, en la preocupación de respetar la libertad de los particulares. En el Estado social, la sociedad, en su conjunto, se convierte en objeto mismo de la actividad administrativa. (Desdentado Daroca, 1999, p.190)

Cuando a la administración no se le podían juzgar sus actos por los tribunales judiciales, ni tampoco en relación a la discrecionalidad administrativa en su aspecto funcional, por cuanto su naturaleza es de carácter administrativo, conllevó más tarde a una mirada con conceptos nuevos de lo que debía ser la administración pública, generando una corriente de pensamiento administrativista, que reclamaba el respeto por los derechos y libertades de las personas, lo que deja de ser una concepción rígida del Estado de Derecho, para ser garantista en el Estado Social de Derecho, cuyo objeto va a ser la protección de las personas, convirtiéndose en un proceso de la administración y la salvaguarda del mismo Estado.

La doctrina de la discrecionalidad administrativa se ubica en el derecho público, en el origen de la jurisdicción contenciosa administrativa, y conlleva que al surgir la jurisdicción administrativa, esta se limitaba al control de legalidad solo en la forma y la competencia que se le había dado, e inclusive sobre los fines del acto administrativo, haciéndolo en forma de recurso; pero de ninguna manera sobre la toma de decisiones de fondo de la administración; convirtiéndose en los primeros pronunciamientos de la discrecionalidad administrativa en sus inicios en Francia.

La administración pública en su proceso de afianzamiento ha hecho de ella, un proceso de interés general, convirtiéndola en una actividad administrativa propia de los Estados de Derecho, todo esto ha sido evidente desde su surgimiento como un derecho desligado de lo privado; el incremento de su actividad ha sido no solo cuantitativo, sino cualitativo en todo el proceso en el cual ella interviene, lo que ha permitido que sea ampliada de facultades, y que ha posibilitado a sus actividades en las distintas áreas de la administración, lograr los objetivos propuestos.

Pero con esa serie de facultades que le fue entregada a la administración, surgen en ellas la discrecionalidad que es propia del Derecho Administrativo, y es esta facultad que ha venido generando debates y/o posturas en relación a su justificación y contenido, así como sus alcances siendo la posición

doctrinal la que ha tomado postura jurídica, en encontrar en ella la juridicidad de la actuación de la administración. Es en tal sentido, que se han venido reclamando controles de esas decisiones, que se adoptan bajo esa facultad.

Algunos doctrinantes han expuesto la necesidad de un control de discrecionalidad, en relación al tema tratado, en lo que tiene que ver en lo militar, si bien el escenario que se expone no es Colombia, los fundamentos como derecho comparado sirven de fuerza a los argumentos que se dan en esta investigación, y es que el legislador ha tomado la institucionalidad de la discrecionalidad del derecho europeo.

De lo anterior, cuando se reclama que a ella no debe mirársela como una decisión de la administración en su arbitrio, y muy distinta de un acto de gobierno, es decir con absoluta separación, y colocándosele como una institución fuera del control constitucional, lo que le ha permitido a la administración un exceso del Poder Ejecutivo, generando recelo en el campo jurídico y como consecuencia, se ha propuesto que llegaren a conquistar una justicia administrativa equilibrada en la garantía de los derechos ciudadanos.

El debate de la discrecionalidad, la manera como se hace su interpretación, y cómo es ese acercamiento entre lo que se interpreta como tal y la institución discrecional no debe ser analizada desde la ley que la contiene, sino ir mucho más allá, buscando en el campo constitucional, como fuente creadora de Derecho, y así se viene aceptando en el contexto jurídico moderno cuando se habla de Estado Social de Derecho; entendiendo que la actividad legislativa, no es un complemento soberano.

En Colombia, se parte de la Superioridad Constitucional, cuando en su artículo primero (Gómez, 2016) en nuestra Carta Política, se le establece como un Estado categorizado con un derecho social, con una mirada aplicable desde las formas mismas de la organización, en todas las estructuras de su sistema jurídico desde la máxima organización estatal, como lo es su forma de república, respetando la autonomía a todas las entidades territoriales, el mismo sistema de democracia, con su forma participativa y pluralista; con el respeto a todo lo que concierne al hombre como la máxima expresión del ser humano, y en la dignidad de este como persona, que le corresponde los derechos al trabajo y siempre prevaleciendo el interés general(Gómez, 2016).

Cuando se encuentra establecido el Estado Social de Derecho en el régimen jurídico de un Estado, y en este caso en una norma de carácter constitucional, mal pueden verse vulnerados los derechos fundamentales de las personas que son el eje central de la formación de la estructura jurídica de ese Estado; y es que a los miembros de las Fuerzas Militares, no pueden desconocerles los derechos que nuestra Constitución instituye en el artículo 1, porque desde la norma que contiene la direccionalidad para el retiro de la institución, tal como lo estableció el legislador con ese elemento subjetivo, permite la vulneración de un régimen jurídico de amparo constitucional.

Así mismo, este debate entre el aspecto de la subjetividad y objetividad de la Discrecionalidad Administrativa, se hace más dicente en la medida que se le da un tratamiento más de carácter constitucional que legal, a donde a claras luces se va desplazando la subjetividad por un derecho más objetivo y es entonces cuando se toma la tesis del abogado peruano Marcial Rubio Correa (2006), que hace énfasis a lo planteado por el Tribunal Constitucional de su país; y desde el cual hizo un aporte importante en materia de discrecionalidad, que si bien es cierto es una facultad que se entrega como origen de un derecho o sistema jurídico de un Estado.

Al respecto de lo anterior, Marcial Rubio Correa (2006) afirmó que:

La discrecionalidad es una facultad derivada del mismo Derecho, nunca de la mera voluntad humana, pues el hecho de que exista la libertad de decisión, no implica, que esta deba de actuar de un modo arbitrario, al contrario, al regirse bajo el principio de legalidad, el cual justifica la existencia de actos no reglados como explicamos antes (pues no todo está estipulado en la norma), es totalmente concordante con el Derecho, pues la calidad interpretativa del ente administrativo responde también a los criterios valorativos intrínsecos a su función.

No puede entenderse la discrecionalidad fuera del principio de legalidad, pues cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento. (p.33)

No debe imperar la voluntad del hombre como funcionario de este, ahora a él se le entrega la función discrecional, y debe entenderse que ella no puede tomarse como una libertad absoluta de decisión, en la cual se actúe por fuera del contexto jurídico y en forma arbitraria, lo que implica que en la toma de una decisión discrecional, debe aplicarse siempre el principio de legalidad, que se categoriza constitucionalmente en todos los Estados civilizados, y debe entenderse que como todo no está estipulado en la norma, el papel de la interpretación del Derecho es de suma importancia cuando se ponen en riesgo y hay vulneración de derechos de carrera, por eso si no se hace una adecuada decisión de la administración estatal que esté sustentada sobre criterios valorativos propios de las funciones administrativas públicas, no se garantizarían los derechos de las personas.

En los avances de la consolidación del derecho, la discrecionalidad administrativa se hace estableciendo límites, en su aspecto subjetivo que no están blindados con la concepción absolutista de lo que en principio se dio en el Estado de policía, sino todo por el contrario, hoy se encuentra permeada por un Estado de Derecho donde se le establece con rigurosidad al amparo de los derechos humanos y fundamentales que al hombre le corresponden y es ahí donde se presentan las nuevas características y elementos jurídicos, para que las razones impregnadas subjetivamente se controviertan como eje central de la discrecionalidad, y tengan un fundamento legal y constitucional que garantice los derechos en mención.

Las posiciones acogidas por las nuevas tendencias del derecho, que se reflejan en los pronunciamientos de los tribunales constitucionales y contenciosos cuando de ellos emerge la importancia de la jurisprudencia, en los sistemas jurídicos de los Estados que tienen establecida la institución de la discrecionalidad al igual que en Colombia, y donde esta institución administrativa entra a desconocer derechos de carrera de los miembros de la Fuerza Pública.

Se ha buscado la protección de los mismos, pero bajo una interpretación legal desde la órbita constitucional como fuente de derecho principal, y es ahí donde se reclama la defensa de los derechos de carrera vulnerados a los miembros de las Fuerzas Militares a la justicia contenciosa administrativa, en busca de que con el amparo de esos derechos no sean desconocidos por parte del ordenamiento jurídico que en Colombia tienen un respaldo desde la Constitución Política, yendo mucho más allá de los simples preconceptos

jurídicos discrecionales, y acudiendo a principios de orden más que legal, moral.

Al respecto de la discrecionalidad y su fundamento en la ley, en el proceso de la sustentación de la misma, no pueden excluirse tesis como la de Dworkin (citado por Bautista, 2006), quien expone que: “A la luz de distintos casos jurisprudenciales, cómo cuando los jueces resuelven las controversias, apelan de hecho a distintos principios morales de una forma no meramente discrecional u optativa” (p.12).

Se concluye que si bien es cierto, la discrecionalidad en Colombia es para las Fuerzas Militares una disposición reglada excepcional propia de un régimen de carrera administrativa especial, no debe ser mirada con sentido normativo, sino con el respeto de los principios de nuestra Constitución Política colombiana, que siempre en la jurisprudencia constitucional ha tenido la defensa de la Corte y en especial cuando del principio de legalidad se trata, el cual tiene una conexidad entre la discrecionalidad normativa y la competencia de la administración que se dispone como una regla legal en su aplicabilidad funcional.

Lo que más se ha debatido desde el Sistema Jurídico, es el aspecto subjetivo del acto discrecional que se produce por la administración, este no se antepone ante la ley (violándola) y vulnerando su aspecto objetivo con ese poder que se le entrega a la administración, desviándolo de los fines normativos; de ahí que la discrecionalidad no puede estar fuera del control de la misma y en algunas sociedades de avanzada jurídica se han limitado con una mínima libertad de discrecionalidad sometiéndola a control cuando se evidencia la desviación de poder. En el caso de Colombia cuando se vulneran los artículos 1 y 13 de nuestra Constitución solo a merced de la Corte Constitucional se ve la defensa de estos dos principios que forman parte de su columna vertebral.

La justicia contenciosa administrativa mantiene su posición en relación a la defensa legal en estricto cumplimiento de la institución de la discrecionalidad, poniendo a los miembros de las Fuerzas Militares en condiciones desiguales, o bajo una legislación sujeta a un régimen especial; y de vulneración de los derechos de carrera sin garantías legales, muy distante de los otros funcio-

2 Por ejemplo, en *The Model of Rules I*, en el apartado tercero, Dworkin analiza dos casos que a su juicio permiten observar con claridad las diferencias entre las normas y los principios. Estos son el caso Riggs vs. Palmer resuelto por un tribunal de Nueva York y el caso Henningsen vs. Bloomfield Motors resuelto por un tribunal de Nueva Jersey. Cfr. DS, pp. 72-74.

narios del Estado, a los cuales esas garantías jurídicas se ven refrendadas por la justicia contenciosa administrativa, cuando de su ejercicio se evidencia la violación de un Derecho Fundamental que se ve vulnerado por un elemento no objetivo.

Despejando el concepto de la subjetividad, y haciendo la aproximación conceptual de la objetividad de la discrecionalidad, ella no puede estar ajena a la imparcialidad del ejecutor que viene a ser el funcionario de la administración; es por esa que la primera es una consecuencia de la segunda, y en su proceso de la aplicabilidad en la objetividad es de suma importancia, por cuanto la fidelidad de la aplicabilidad de la norma jurídica, no puede ser viciada en su aplicación, interpretación, anteponiéndose a la subjetividad y a la opinión del que actúa.

Analizando la tesis de Morell Ocaña (1993), en su obra titulada *El Principio de Objetividad en la actuación de la Administración Pública* al hacer alusión a este principio expone que “*la voluntad de la Administración no puede, pues, ser otra cosa que la voluntad de la ley [...]*”. Y así mismo también conceptúa en cuanto a la objetividad que “*La exigencia de objetividad no apunta, pues, tanto a la ejecución de la Ley –cuestión propia del principio de legalidad– sino al modo como dicha ejecución ha de hacerse. (p.357)*”; no olvidando que como principio de objetividad en la actuación misma de la Administración Pública se busca” (Morell, 2001, pp.148-149).

Lo que se pretende con la discrecionalidad legal, que tiene un margen de subjetividad, es ir mucho más allá de este que como un principio preestablecido que ha venido aplicándose con toda la rigurosidad, e ir en busca del principio de la objetiva administrativa que en nada se desprende de la objetividad de la aplicación de la voluntad de la administración pública, que trae consigo las disposiciones legales que predicen algunos regímenes especiales de carrera y para funcionarios de libre remoción; de ahí que las decisiones de la administración pública, aunque tengan como causal institucional la de la discrecionalidad en su ejecución legal, se le debe al principio de legalidad.

Es evidente que el derecho administrativo y su fundamento jurídico se halla en la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que aún en pleno siglo XXI, no ha terminado su formación por el mismo avance de la sociedad y el surgimiento de nuevas corrientes de pensamiento jurídico que

le permiten ajustar el Derecho a realidades sociales nuevas y superar las pasadas. El principio de legalidad con que se ha tratado a la discrecionalidad en este campo de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares (oficiales y suboficiales), en el marco de la Constitución de 1991 se ha ido superando ese oscurísimo de la discrecionalidad que surge en el año 2000 con el Decreto 1790, y que enmarca su régimen de carrera.

De todo lo anterior, se hace en estos tiempos una aproximación de la superación a medida de que la subjetiva se amplía a una subjetiva relativa y un concepto más cerca a la objetividad de la discrecionalidad, enmarcada en las nuevas posiciones doctrinales y jurisprudenciales de los fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

### **LA DISCRECIONALIDAD Y SU MARGEN DE LIBERTAD EN EL MARCO LEGAL**

Cuando se entra al análisis de la discrecionalidad y su margen de libertad en el marco legal, se encuentran diferentes tesis que le han dado fundamento conceptual que de una u otra manera también han contribuido a la sustanciación jurídica en la garantía de los derechos de carrera y en defensa del principio de legalidad en una competencia funcional legal, y cuando se permite desde el mismo sistema jurídico que la administración pública decida con su accionar en la decisión discrecional, se evidencia ese margen legal.

Según Marcial Rubio (2006), la discrecionalidad es “el margen de arbitrio que el Derecho da a los órganos y organismos del Estado para ejercitar sus competencias en atención a los fines para los que fueron establecidas y en atención al interés público” (p.152).

Así las cosas, la institución de la discrecionalidad que es sustentada jurídicamente en el marco legal y se deja al quehacer de la administración pública en libertad de su aplicación de los funcionarios del Estado, en cumplimiento de sus competencias regladas, deben estar sujetas para que se cumplan los fines del Estado y siempre con el propósito al interés público, pero esas competencias no son ilimitadas, ni pueden desbordar el ordenamiento jurídico estatal.

En Colombia la discrecionalidad como causal de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares se encuentra enmarcada en el régimen especial de carrera que se estableció y su aplicación es entendida con un margen de libertad en

cumplimiento del interés público; también desde el Estado Social de Derecho, como principio y columna vertebral de la Constitución colombiana, la cual establece en su artículo 13 que de ejercerse la libertad, ella tiene las limitaciones del respeto del derecho de los otros.

Gabino Fraga (2007) agrega que se trata de aplicar la discrecionalidad a través de una ley que le da facultades a la Administración, así:

Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si ella concede a las autoridades una facultad discrecional. Así, normalmente, cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará frente al otorgamiento de un poder discrecional. Igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público, etc., lo mismo que cuando en la ley se prevean dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio. (p.232)

Así las cosas, se puede concluir que si esta libertad se ejerce sin un control sobre las decisiones que toma la administración, no se estaría actuando de acuerdo con este principio y se estaría frente a un desconocimiento, que desde su nacimiento las personas en el Estado colombiano gozan de este principio constitucional, que se encuentran blindadas ante cualquier vulneración de sus derechos, entendido que contra estos no debe existir ningún desconocimiento ni exclusión, sea por su raza, o porque su origen es familiar, o lo adquirió por su doble nacionalidad, etc.

En Colombia las Fuerzas Militares se encuentran integradas con el fin de salvaguardar la soberanía nacional, y constitucionalmente el llamado se hace a todos los ciudadanos en el sentido que se garanticen los derechos o privilegios que se adquieren a partir de la vinculación, entre los que se encuentran los derechos de carrera; pero el mismo marco constitucional le ha entregado al legislador colombiano plenas facultades para expedir un régimen de carrera exclusivo que se le aplicará a las Fuerzas Militares, y así lo hizo, estableciendo en su contenido legal, una causal de retiro que predica la discrecionalidad administrativa.

Así mismo el régimen constitucional colombiano establece las garantías y el derecho de carrera para los otros funcionarios de la administración pública, en donde se evidencia en los regímenes de carrera grandes diferencias sustanciales, y el régimen de carrera de los militares ha sido entendido como una disposición normativa que es aplicada sin que se den la garantías de los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, y donde se dan grandes diferencias sustanciales en comparación con lo que ocurre cuando se aplica el régimen de carrera de la Rama Ejecutiva.

Si bien en el Decreto 1790 de 2000 se enmarca el régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares y dispone en su artículo 104 el retiro discrecional, cuyas razones son las del servicio y se pueden hacer en cualquier tiempo para los oficiales y suboficiales, ella trae consigo que el retiro se hace solo con recomendación previa del Comité de Evaluación, rigiéndose el acto administrativo de acuerdo al artículo 99 del decreto en referencia.

Hablar de la prevalencia del interés de la sociedad, anteponiéndolo al interés individual con la toma de la decisión discrecional, que no debe ir más allá de los fines específicos que traen consigo la norma, y reclamando lo que la propia carta constitucional garantiza que cuando se hace el retiro de cada miembro en particular de las Fuerzas Militares, oficiales y suboficiales, la situación y los hechos que consolidan los motivos de retiro muchas veces no son de interés general, porque afectan verdaderos intereses particulares del afectado.

Se hace necesario, para despejar el concepto de interés general y la expedición de un acto administrativo, que se encuentra fundamentado en la discrecionalidad, el contenido de la Sentencia BEAUGE (Consejo de Estado de Francia, 1963) atendiendo a que:

La noción de interés público y la determinación por el juez de los fines específicos de la norma a todo acto de la Administración debe tender, en último término, al beneficio de la colectividad, por lo que sí es otro el fin que ha presidido su dictación, el acto será nulo. Sin embargo, la noción de interés público, aun cuando es clara en su contenido, no lo es tanto para los efectos de su aplicación a cada caso concreto.

Al hacer referencia al concepto de interés público y lo que le corresponde al juez en la búsqueda de los fines particulares, se está al frente de un control

directo de las decisiones de la discrecionalidad administrativa y es en ella donde se debe acudir para hallar los móviles de los funcionarios de la administración en cada caso en particular, porque las decisiones que se toman sobre los aspectos reglados en nada influyen en ese concepto subjetivo, porque trae consigo la base jurídica sobre la cual se tomó la determinación y su legalidad e ilegalidad se determina con fundamento en la norma reglada.

Al hacer referencia a la discrecionalidad María Navarro (2012), en su tesis se puede evidenciar que ella no se antepone a los criterios de su aplicación por parte de la administración pública sino que al momento de hacer aplicación normativa es donde se da la desviación de la misma bajo los criterios del funcionario encontrando la única garantía de salvaguarda al régimen especial que la contiene.

La justicia contenciosa administrativa se encarga de la defensa de la legalidad, si se ha violado la norma con la expedición del acto carente de los elementos esenciales y siendo así que el funcionario en su actuación abusó de su poder, con las no garantías procesales, se debe acudir a la jurisdicción correspondiente en busca de dejar sin efecto el acto administrativo por falta de los elementos que integran a todo, y que son de exigencia para su validez jurídica. De no cumplir con estos elementos que sustentan las razones jurídicas, entonces acudiendo a la referida jurisdicción contenciosa e impugnado el acto, se lograría el fin de alcanzar a plenitud un derecho fundamental que se violó con la facultad discrecional.

Recurriendo al derecho colombiano, para obtener la institucionalización de la discrecionalidad como causal de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares que trae consigo el régimen especial de carrera que se consagra en el Decreto 1790 del año 2000, se hace necesario apelar a las concepciones jurídicas que se plasmaron en la sentencia de constitucionalidad de la norma cuando fue objeto de demanda de inconstitucionalidad (Sentencia C-179 de 2006). En ella la Corte Constitucional enmarca la seguridad jurídica de la norma demandada, por cuanto en su pronunciamiento dejó sentado que el ordenamiento jurídico aplicado –cuando se trata del retiro de los miembros de las Fuerzas Militares– no vulnera derecho alguno, ya que el régimen jurídico a aplicar es garantista, y este trae consigo los elementos que deben formar parte del contenido de todo acto administrativo, lo que no se puede colegir que la discrecionalidad para estos casos vulnere derechos fundamentales.

La posición en referencia está sustentada pues si es la Constitución la que da facultad al legislador en el establecimiento de causales de retiro de los servidores públicos, en los regímenes de carrera administrativa, este puede establecer con libertad las causales de desvinculación de la administración pública que a bien quiera.

Lo que se evidencia en el análisis de la sentencia de constitucionalidad es que con su posición la Corte dejó por sentado la libertad del legislador para que los regímenes de carrera se establezcan bajo su criterio y con la posibilidad de causales discrecionales, sin la advertencia que en ellos se deben garantizar los principios y derechos fundamentales de las personas que se encuentran establecidos en la Constitución Política, y que son el eje central del Estado de Derecho y Social de Derecho.

Por otro lado, en referencia a la libertad expresada en esta sentencia de constitucionalidad sobre el artículo 104 del Decreto 1790 del año 2000, en la aplicabilidad de la causal de retiro discrecional que se consagra se ve la vulneración del sistema de carrera administrativa, y la forma de terminación del vínculo laboral que se hace bajo un sistema de evaluación subjetivo, el cual dista mucho de los otros regímenes de carrera de los funcionarios estatales.

Estos regímenes traen causales precisas de carácter reglado, con contenido de factores determinantes de la desvinculación, los cuales son valorados bajo la aparente objetivamente, permitiendo que dicha valoración, sea la consecuencia objetiva de la capacidad laboral del funcionario estatal y el motivo de retiro de la carrera administrativa, garantizando el debido proceso; aspecto que dista en el examen crítico de evaluación subjetiva que para el retiro de los miembros de las Fuerzas Militares sector oficial y suboficial, viene a ser el fundamento de la causa discrecional por razones del servicio, de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares.

El pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, y haciendo énfasis en las sentencias que se originan en la Sección Segunda, Subsección B, se puede evidenciar en las Sentencia del 28 de septiembre de 2006 en cuyo contenido se deduce su posición jurídica en torno a la discrecionalidad administrativa, hace el llamado para que en su aplicabilidad no se desconozca la razonabilidad jurídica como principio del derecho administrativo, y cuya fuente

se encuentra en el poder, por lo que los actos administrativos deben estar sometidos a las razones del derecho.

La legislación actual en materia contenciosa administrativa y en su procedimiento ha establecido en la aplicabilidad de la institución de la discrecionalidad que, al momento de expedirse el acto administrativo, en su producción no debe desbordar a la misma ley que lo contiene, y ello en razón de lo mediable entre las proporcionalidades de derechos e igualdades que le dan fundamento jurídico al acto.

En Colombia, a las instituciones que como función normativa se les ha otorgado competencia para la aplicabilidad de la discrecionalidad, han hecho de esta una defensa en los estrados judiciales, cuando sus actos han sido cuestionados, por violación directa de derechos de carrera administrativa, o derechos fundamentales. En tal sentido, su ardua tarea de la defensa del régimen jurídico que establece la causal, se ha centrado en que sus actos, son expedidos en virtud de la ley que la contiene, y donde no se hace exigencia alguna que su constitución requiere de la existencia de los elementos del acto administrativo.

Las diferencias que emergen de actos administrativos expedidos con fundamento en la causal discrecional y aquellos que son reglados, radican en que los primeros se deben a solo conceptos subjetivos, sin contenidos, razonables, mientras que en los segundos su expedición debe sujetarse a la misma ley que es la regla principal de las garantías de los ciudadanos en sus derechos que se controvierten en defensa del debido proceso, garantías que se dan desde la notificación del acto; en cambio los discrecionales no son susceptibles de defensa en instancias administrativas.

Las justificaciones esbozadas por parte de quienes hacen la defensa de la discrecionalidad como mero concepto subjetivo, se encuentran alejadas de reconocer la vulneración jurídica de la norma que la profesa, consagrándose que su ejecución se hace bajo la mirada que al obligado, es decir el funcionario público, no se le debe a la razón porque el acto en su contenido, aunque no se exprese, se dio como origen a una situación que conllevó a expedirlo; ello como el conocimiento seguro del que lo expide.

La aparente legalidad de la discrecionalidad que se halla fundamentada en las causales de retiro que trae consigo el régimen especial de carrera de los

militares en Colombia, el aparentemente origen de su legalidad que se da en la interpretación jurídica que de él se hace, son razones suficientes por las cuales la norma no permite que ellas sean explícitas en el acto administrativo y es por eso que no se ha permitido que esta norma y su interpretación en las decisiones tomadas vislumbre su violación directa olvidándose que los vicios de legalidad en que está sometida la decisión de la administración, van en contravía del conocido bloque de constitucionalidad.

Los Estados democráticos como el español y el colombiano, donde se ha establecido la institución de la discrecionalidad administrativa partiendo de su consolidación de los principios que le dan fundamento al Estado Social de Derecho, tienen como base que la administración pública es la encargada de hacer cumplir como titular las decisiones y los fines esenciales del Estado con fundamento en las normas que entregan facultades funcionales. Al respecto de lo anterior, E. García de Enterría (1992) hace referencia a La Nueva Justicia Administrativa y toma posturas en relación a la discrecionalidad que la justicia contenciosa administrativa y la jurisprudencia constitucional han dicho en España así:

La justicia en lo contencioso es una garantía jurídica frente a los derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas... El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto o de protección de la sola legalidad objetiva: es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración, entre sí confrontados. (p.60)

Las mismas leyes traen consigo el alcance de las competencias de los funcionarios como ejecutores de un poder que para decidir, no pueden desbordar el orden democrático con la expedición de actos que afecten a los administrados, por lo que esas actuaciones deben tener los límites que la misma ley que exige la garantía de los afectados por un acto administrativo irregular, para lo cual la subjetivada de la administración sea objeto de control judicial.

Y es que en busca de aclarar las posiciones de la misma Corte Constitucional cuando se encuentra en algunas sentencias de constitucionalidad, como la C-371 de 1999, ella se ha pronunciado en el sentido que un acto administrativo para que tenga validez debe contener la motivación al menos sumaria que le dará legalidad, que de no hacerse, se estaría ante un abuso en el ejercicio de la autoridad con la responsabilidad de quien ha omitido el deber; y se consti-

tuiría en un acto arbitrario y en contraposición del Estado Social de Derecho y del respeto hacia el derecho fundamental al debido proceso administrativo cuando no permite agotar la vía gubernativa, porque el acto no admite los recursos de ley que son dados a los actos administrativos reglados de la administración.

La justicia contenciosa administrativa colombiana ha proferido fallos judiciales en relación a actos administrativos discrecionales, en que hace la exigencia reclamando y resaltando esas mínimas garantías como principio a los propios fines que la norma trae consigo y hace el llamado para que cuando se le dé aplicabilidad en las decisiones por parte de la administración, exista esa balanza de proporcionalidad jurídica entre los hechos que le sirven de fundamento de causa; en tal sentido, cuando se den las expediciones de actos administrativos para retirar a un miembro de las Fuerzas Militares sean expedidos con una mínima motivación, la cual es elemento garante al debido proceso y aproximación a la objetividad y razonabilidad que se deben tener en cuenta al ser estudiados los casos de retiro por la junta de las Fuerzas Militares.

En este sentido, se puede afirmar que se ha flexibilizado la posición jurídica inicial de la discrecionalidad bajo las nuevas corrientes de pensamiento jurídico que han surgido a raíz de las nuevas tendencias del derecho y de la Constitución colombiana que pregona que Colombia es un Estado Social de Derecho, y con el cual se garantizan los derechos fundamentales con un marco normativo de avanzada jurídica que no solo involucra la seguridad jurídica, sino que garantiza los Derechos Humanos implícitos en los tratados internacionales y en la Constitución misma.

### **VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE CARRERA DEL PERSONAL ACTIVO DE LA FUERZA PÚBLICA Y EL DERECHO DE IGUALDAD**

Es la Constitución colombiana la exponente máxima de la defensa del Estado democrático y como lo dice Atienza (2006), de las prácticas democráticas, donde no se debe imponer siempre la institucionalidad jurídica; es por ello que cuando se está en presencia del Estado constitucional, el poder debe someterse por completo al poder al derecho a la razón.

El preámbulo de la Constitución Política colombiana con el fin de garantizar ese marco jurídico, democrático y participativo y con ello el orden político,

económico y social justo, conlleva al establecimiento de los Principios y los Derechos Fundamentales como la Columna Vertebral del Estado Social de Derecho, y tuteantes de la democracia y sus principios que sustentan el Estado constitucional.

Dado el contexto de Colombia como un Estado Democrático que lo consolida como garantista de los derechos laborales y obliga la protección social que en nada puede ser vulnerada, como consecuencia las instituciones tienen la garantía en defensa de esos derechos centrando el equilibrio entre todos los miembros de la sociedad.

De otra parte, de las decisiones de la administración pública se reclama que los derechos y garantías constitucionales sean parte de la integralidad de los actos administrativos, que de no estar presentes como elementos de la estructura de los actos se estaría en contraposición del Estado democrático; y por tanto, según la regla general más universal que hace del hombre un ser racional que tiene como regla máxima la razonabilidad, esta se convierte en elemento de la controversia jurídica cuando no se exprese o no se valide la pretensión de la justicia o de la verdad.

La Constitución colombiana de 1991, al cambiar la inflexibilidad de la norma jurídica que se pregonaba en la Constitución de 1886, donde lo que se imponía era el estado de derecho en contra de la razón, por un Estado Social de Derecho y donde se den las garantías democráticas que conllevan a la reflexión sobre las decisiones de la administración pública, y no se aparten de sus postulados jurídicos, se evitaría que con ella se vulneren las garantías constitucionales que son de suma importancia para cualquier democracia del mundo, bajo el establecimiento de los límites a los abusos del poder que se encuentra en manos de las autoridades administrativas, ejecutivas y judiciales del Estado.

Por otro lado, la Constitución Política colombiana le da la categoría de carrera a los empleos de los órganos y entidades del Estado y en ella se hace excepción para los de libre nombramiento y remoción, los de elección popular y los de los trabajadores oficiales y deja una puerta abierta cuando la ley así lo determine, se puede concluir, que todo empleo en Colombia debe tener una garantía constitucional.

En el derecho al cargo se entra a dar las garantías no solo de carácter constitucional y con la relación de lo jurídico y sus funciones sino también cuando se habla de cargos públicos, siendo el motor el servidor público, no mirado desde la colectividad en procura de un beneficio general, sino que en el proceso de la materialización del servicio se deben alcanzar los propósitos que se predicen en la Constitución colombiana que ubica a la función pública al servicio de los intereses de todos los colombianos, y por lo tanto, este servicio se debe desarrollar con fundamento a los principios de la misma (Artículo 209, Constitución Política, 1991).

Al analizar este artículo que orienta los principios como columna vertebral de la administración se encuentra entre ellos el de imparcialidad, que viene a ser el faro que ilumina toda la actividad que trae consigo el concepto amplio de lo que es la administración pública en Colombia.

Si así se plantea en la Constitución colombiana, se entra a hacer una demarcación en torno a la vulneración a los derechos de carrera del personal activo de la fuerza pública, sector oficial y suboficial, y cómo el régimen de carrera trae marcada la discrecionalidad, entendida por lo que le da su aplicabilidad e incluso en la manera como ha sido interpretada por los jueces en casos llevados a su conocimiento, de lo que se ha tomado como una tesis cierta e invulnerable de los derechos de carrera de los desvinculados.

Surge entonces el cuestionamiento de hasta qué punto el margen de relación de la discrecionalidad conlleva a establecerse en el ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo que se ha predicado en el retiro de miembros de la fuerza pública con un régimen de carrera especial; entendido así que el Decreto 1790 del año 2000 lo ha enmarcado como régimen de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares que trae la institución de la discrecionalidad en su artículo 104; haciendo de él aplicable como una filosofía en razón del buen servicio.

El texto en referencia que se sometió a examen constitucional y su justificación con la decisión de la exequibilidad en cuanto se puede afectar el servicio público y por consiguiente, el interés general es entendiendo por sus dificultades y complejidad de la fuerza pública y si se establecen causales objetivas se afecta la buena marcha de la institución.

Se parte del interrogante en torno al retiro de los miembros de la fuerza pública que se encuentran en régimen de carrera especial, como respuesta como que la desvinculación se debe a la satisfacción del servicio público, conllevando a la evidencia que la aplicabilidad del retiro no se puede instaurar bajo el principio de imparcialidad 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 por cuanto solo se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Y es aquí donde se rompe el equilibrio jurídico al tomar la decisión de retiro por discrecionalidad que se encuentra fundamentada en un acto administrativo sin motivación alguna, y sin la procedencia de los recursos administrativos en la vía gubernativa, dando origen a la discriminación con una decisión alejada del principio de igualdad por cuanto ella no permite el debido proceso afectando así los derechos fundamentales y la defensa jurídica en sede de la producción del acto que retira los oficiales y suboficiales.

La sostenibilidad de la imparcialidad y del principio de igualdad para esta tipología de carrera administrativa se ve trancada cuando está no trae consigo una de desempeño laboral, como se dispone en el régimen de carrera para los servidores públicos sometidos al régimen de carrera que contempla la Ley 909 de 2004, la cual no se basa en una recomendación por razones del servicio y en forma de discrecionalidad previa por recomendación del Comité de Evaluación sino que se sujeta a una evaluación con sus parámetros y su calificación se debe a ellos, con fundamento en razón de su desempeño, aportes al cumplimiento de los objetivos institucionales y sobre la evaluación definitiva que garantiza al funcionario los recursos de reposición y el de apelación que en principio es parte de los derechos fundamentales que trae consigo el debido proceso.

Si bien las consideraciones que se establecieron para el retiro de los oficiales y suboficiales al elaborar el acto administrativo con causal discrecional, en la regulación de la carrera administrativa en todos sus aspectos desde su vinculación hasta su retiro pasando por los diferentes ascensos, se encuentra que este régimen de carrera tiene establecimiento de carácter constitucional; e igualmente cuando se hace referencia a la organización del cuerpo de Policía

y su régimen de carrera dejando que la ley sea la que determine para la institución en comento su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

Se puede afirmar que las disposiciones constitucionales anteriores que le dan fundamento a las leyes de régimen especial de carrera de las Fuerzas Militares, que con ellas se toman decisiones y se expide acto discrecional de retiro de unos de sus miembros es un cheque en blanco cuyos los límites dados a los superiores (nominador) encargados de aplicar el retiro se vuelven infinitos, menoscabando el Estado Social de Derecho y con ello la vulneración de principios y derechos fundamentales que son defendidos constitucionalmente, como son el debido proceso, la igualdad, el trabajo, generando resquebrajamiento al orden jurídico, ya que se origina la desviación del poder.

En este debate se analizará el avance que la Corte Constitucional le ha dado al tema de la discrecionalidad frente al retiro de los militares y su evolución ha tenido origen en sus jurisprudencias, dentro de las cuales resaltaremos las que se han originado después de la declaratoria de la exequibilidad del artículo 104 del Decreto 1790 del año 2000, como son las Sentencias SU-691 de 2011; II) SU-917 de 2010; III) T-289 de 2011; IV) 317 de 2013 de la Corte Constitucional.

Por otro lado, la posición de la jurisdicción contencioso Administrativa al entrar a resolver los litigios que le son encargados en virtud de su competencia legal, se han centrado al apego de la legalidad en que se encuentra sometido al acto legislativo que le dio origen a la discrecionalidad como casual, y ella es aplicada en el retiro de los miembros de la Fuerza pública que está en oposición a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-317 de 2013, M.P. Ignacio Pretelt Chaljub.

Lo anterior se evidencia en un Fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, de cinco de febrero de 2015 con Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03421-00 en la que el Consejo de Estado ratifica su tradicional posición jurídica en torno a la aplicabilidad de la discrecionalidad administrativa de los militares exponiendo su tesis como máximo Tribunal Contencioso Administrativo, al darse el retiro de un miembro de las Fuerzas Armadas, el acto de retiro no requiere motivación.

## **DOS MIRADAS DIFERENTES Y UNA SEGURIDAD JURÍDICA A DESATAR (CORTE CONSTITUCIONAL – CONSEJO DE ESTADO)**

Las dos posiciones jurídicas a resolver datan del mismo contexto legal (Decreto 1790 del año 2000), que en su artículo 104 dispuso la discrecionalidad para el retiro de oficiales y suboficiales, desde el momento mismo en que esta fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-179 de 8 de marzo de 2006, siendo ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Al hacer el estudio del problema jurídico, como consecuencia de la demanda de la norma en referencia se produce la sentencia que se dictó con carácter de constitucionalidad (Sentencia C-179 de 2006), y advierte que el régimen de carrera de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no puede ser un régimen inflexible en cuanto a la función misma de las Fuerzas Militares que tiene como fin todas las garantías y derechos que se promulgan desde la Constitución Política.

La Corte Constitucional, en el marco jurídico de la defensa de los derechos de carrera en la aplicabilidad de la discrecionalidad como causal de retiro de los oficiales y suboficiales de los miembros de la fuerza pública, ha establecido una Línea Jurisprudencial, que se enmarca desde la Sentencia C-179 de 2006, sobre la causal de discrecionalidad que se establece en el artículo 104 del Decreto 1790 del año 2000, y en esta misma forma se ha pronunciado sobre el retiro discrecional de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, que no es debate de este análisis.

Sí se hace necesario darle una mirada a la posición con que la Corte Constitucional ha hecho de discrecionalidad un pronunciamiento en el mismo sentido de la norma que la establece para los militares oficiales y suboficiales, ya que estas están contenidas en el Decreto Ley 41 de 1994, y las modificaciones que se dieron, con el Decreto 573 de 1995, y el Decreto Ley 262 de 1994, modificado parcialmente por el Decreto 574 de 1995; y sobre ellas en cuanto se pronunció que en el estudio sobre la constitucionalidad se dieron en el mismo sentido que en el retiro discrecional y por ello se pregonó de la razonabilidad y objetividad, con el fin de que no se vean truncados los derechos adquiridos conforme a la Constitución” (Sentencia C-179 -2006).

Del análisis mismo que se sustrae de este primer evento que surge de la constitucionalidad de esta causal de retiro y donde el debate debe darse

desde la conceptualidad misma como la Corte Constitucional ha enervado sus pronunciamientos desde su primer momento cuando afirmó que la discrecionalidad no es una *“actividad secreta u oculta de las autoridades competentes”*; ello en razón de que su aplicabilidad se da en acto administrativo y contra este se puede hacer uso de la acción contenciosa administrativa en caso de que se dé desviación o abuso de poder (Sentencia C-179, 2006); por esto la norma que trae consigo la discrecionalidad como causal no entra a desconocer el derecho fundamental al debido proceso, ya que el acto discrecional de retiro debe estar plenamente justificado.

En relación al principio de igualdad, la aplicabilidad del retiro discrecional no debe estar en un acto administrativo meramente lineal, teniendo en cuenta que cada caso es particular y se deben de apreciar sus circunstancias singulares que es aquí donde se concluye que se han cumplido los requisitos constitucionales y legales para producir el acto administrativo de retiro discrecional.

Ahora, como el primer acto administrativo que se produce en el retiro discrecional de los oficiales y suboficiales es el de la Junta de Evaluación o Clasificación, este acto administrativo es indiscutible en instancia en que se produce, quedando ejecutoriado dentro de los tres días siguientes, y sin la oportunidad de los recursos gubernativos de ley.

En las garantías de los derechos constitucionales el derecho ha venido evolucionando, de ahí que las tesis que se originaron en el siglo XIX se han superado, no solo por la evolución jurisprudencial, sino porque las nuevas disposiciones normativas contenciosas administrativas las han plasmado como garantía al debido proceso, dejando atrás la inmovilidad de los actos administrativos que escapaban del control legal y jurisprudencial.

Luis Berrocal (2001) sostiene que la tesis tradicionalista ha venido cambiando en cuanto a esa posición rígida de la discrecionalidad, lo que ha conllevado a que hoy no existan actos administrativos completamente discrecionales; y esta se encuentra dentro de la categoría de actos reglados, que depende de la potestad que se ejerce. En tal sentido, la discrecionalidad puede recaer sobre ciertas *“competencias y provecho, sobre la decisión administrativa, sobre su forma y su destinatario”*.

En líneas generales se puede hablar de actos discrecionales, pero no se puede desconocer que estas normas de carácter especial que regulan el retiro discrecional de la carrera administrativa de los oficiales y suboficiales que recoge el Decreto 1790 del año 2000, traen consigo límites al principio de legalidad, lo que no puede ser tomado como meros asuntos de hechos y no de derechos, con los cuales se da la violación de los principios, derechos fundamentales y derechos humanos.

En relación a planteamientos de tesis el Consejo de Estado también ha sentado su posición en torno a la discrecionalidad, y esta ha tenido una mirada desde la libertad que de ella se predica como una institución jurídica, muy apartada de la que se tiene por parte del funcionario estatal en que debe tomar las decisiones administrativas, donde no debe apartarse del debido proceso y sus garantías; en cambio la libertad que predica la discrecionalidad y en especial la motivación y el debido proceso no es necesaria cuando se trate de los miembros de las Fuerzas Militares, porque se estaría en contraposición de la norma que regula los actos discrecionales que no exige los requisitos de motivación o notificación del acto.

Ahora, las contradicciones que se dan en torno de la tesis del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, radican en que cuando el Consejo de Estado produce los fallos judiciales, ya sea en los que se han pedido en amparo constitucional, mediante mecanismos de la Acción de Tutela o en el agotamiento del recurso de apelación contra sentencias de primera instancia, al resolver las peticiones de amparo al debido proceso y la motivación de los actos administrativos discrecionales, mantiene su posición al precedente judicial negando todo amparo jurídico, situación que no sucede con otras sentencias que se han promulgado.

En ese orden de ideas, cuando se han solicitado los mismos derechos que se exponen ante los jueces nacionales de la jurisdicción contenciosa y han sido reclamados ante la Corte Constitucional o en instancias internacionales en los casos que se han puesto en conocimiento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ella ha destacado que los actos administrativos que contienen decisiones discrecionales, las faltas de motivación vulneran los derechos humanos.

La posiciones jurídicas que se han dado desde las instancias judiciales donde se evidencia la tesis de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se han incorporado en un solo sentido en Colombia desde el máximo órgano constitucional; contrario ha sucedido con estas mismas tesis que no han sido acogidas por el órgano contencioso administrativo, y ello se hace evidente en el análisis de sus jurisprudencias, donde se observa una distancia que aparta los propósitos de la Carta de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que exige que en todo proceso de organización administrativa, los derechos que se pregonan en la Carta los Estados no tienen ilimitación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

En el pronunciamiento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha sido colocado en medio de la posición de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado se puede encontrar hasta dónde las sentencias de la Corte Interamericana son fuente de garantías procesales en relación a los actos discrecionales.

Así pues las cosas, cuando se ha alegado vulneración de los derechos de carrera de los militares ante la Justicia Contenciosa Administrativa, se ha encontrado que se ha establecido en sus pronunciamientos la exigencia del precedente judicial en el sentido que actos discrecionales no deben ser objeto de motivación, porque los que deciden sobre el retiro de los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, el Director General de la Policía Nacional y el Comandante del Ejército, tienen plenas facultades a la luz de la norma que regula la carrera militar, siendo esta posición contraria al precedente judicial de la Corte Constitucional.

El Consejo de Estado ha hecho de sus postulados judiciales máximo organismo de decisiones finales en lo contencioso administrativo, que como reglas máximas para decidir los fallos judiciales ante demandas de Nulidades y Restablecimiento del Derecho, de carácter obligatorio como precedente judicial en virtud de que así se ha venido pronunciando en asuntos relacionados con el retiro del servicio de miembros de la fuerza pública, y desconociendo los amparos constitucionales que se hacen por parte de la Corte, tal como se evidencia en su llamado cuando se pronuncia en reiteradas ocasiones en sus sentencias.

Todo lo anterior concurre en un ambiente de constitucionalización de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales que se predicen en desarrollo de los mismos fallos de la Corte Constitucional; y donde el Consejo de Estado se aparta de esta constitucionalización, haciendo menor la doctrina nacional o foránea, como en la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos que se incorpora al ordenamiento jurídico nacional gracias al bloque de constitucionalidad (Art. 93. Constitución Política, 1991).

A partir del análisis de constitucionalidad, la Corte se ha pronunciado en diferentes fallos de tutela de la protección de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales que se amparan en la Constitución colombiana haciendo uso del fallo de exequibilidad aclarando los alcances de la discrecionalidad, pero no cerrando la posibilidad de la defensa de los derechos de carrera de los miembros de la fuerza pública.

La Corte Constitucional ha centrado la defensa de estos derechos, formando líneas jurisprudenciales, y lo ha hecho a través de las Sentencias de Unificación; de ahí que es de suma importancia tomar como referente la Sentencia SU-172 de 2015, sin dejar de precisar que anterior a esta sus pronunciamientos han girado en torno a tutelas en contra de Providencias Judiciales que se han dictado en la Justicia Contenciosa Administrativa.

En este sentido, la Sentencia SU-172 de 2015 explica:

Los órganos judiciales de decisiones finales deben de obligarse al papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico (Corte Constitucional, 2015).

Estas providencias traen consigo la posición del Consejo de Estado en cuanto al precedente judicial de la discrecionalidad, de ahí que la Corte ha sido contraria a sus posiciones jurídicas de los fallos judiciales del Consejo de Estado, en cuanto ha dado suma importancia a la Unificación de la Jurisprudencia cuando en procura como máximo organismo de cierre, ha sentado sus bases en busca de líneas jurisprudenciales que establezcan las garantías jurídicas de los derechos de carrera de los militares.

En otras sentencias que se han emitido, la Corte ha traído a colación las Sentencias T-995 de 2007 y la T-1168 de 2008 del M.P. Jaime Araújo Rentería. De ellas resaltó que, a la luz del examen de constitucionalidad de la discrecionalidad, el acto de retiro discrecional se debe ajustar al ordenamiento jurídico, y cumplir con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En tal sentido, la debida motivación que es entendida como los elementos que nutren la evaluación de las juntas asesoras y comités de evaluación en cumplimiento de sus funciones son las razones que deben garantizar el sentido jurídico normativo, en donde “la exposición de motivos” efectuada en el acto administrativo respectivo, guarda la correspondencia necesaria entre dicha motivación y la máxima garantía de los fines constitucionales de los miembros de las Fuerzas Militares.

La exigencia del Precedente Judicial y la importancia de su vinculación en una decisión judicial a los jueces en la cual la Corte Constitucional ha sido mucho más expresiva en torno a esa libertad judicial del funcionario judicial en cuanto a la aplicabilidad del precedente horizontal en el sentido que los fallos de los funcionarios judiciales sean aplicados sin el desconocimiento de esa libertad; en cambio, el Consejo de Estado hace el llamado en sus sentencias para que los Jueces y Magistrados Contenciosos Administrativos acojan sus lineamientos en cuanto a sus decisiones en demanda contra actos discrecionales por retiro de los miembros de la fuerza pública y donde no se vislumbra una defensa de los derechos de carrera.

## **CONCLUSIONES**

Haciendo un análisis sobre la temática de la discrecionalidad administrativa como una institución jurídica que ha hecho parte del ordenamiento jurídico colombiano, en la cual sus potestades han permitido de la administración pública una libertad en sus decisiones de desvinculación de algunos funcionarios que hacen parte de ella sin el requerimiento legal de las exposiciones de motivos y/o razones, se han podido identificar los elementos que constitucionalmente se les exige, y se han establecido, pero son carentes en la norma que la consigna como facultad discrecional y por consiguiente, se aplica bajo la estricta rigidez legal vulnerando derechos de carrera de los miembros de las Fuerzas Militares.

En tal sentido se puede manifestar que sus procedimientos de aplicación como causal de retiro a los miembros de las Fuerzas Militares, han afectado los derechos de la carrera del personal activo (oficiales y suboficiales del Ejército Nacional) y todo porque la discrecionalidad ha sido entendida como una institución única y aislada de los controles jurídicos que garanticen el debido proceso.

Su propia concepción jurídica de carácter legal ha hecho de ella una institución controversial en virtud de su subjetividad y en relación a la no exigencia de los elementos que se incorporan en otros actos de la administración pública que son establecidos de manera taxativa como garantía de derechos de los funcionarios a quienes se les ha hecho efectivo un acto de la misma administración.

La institución de discrecionalidad ha sido tomada desde las funciones administrativas de las Fuerzas Militares, como un apéndice establecido por la ley que la enmarca como causal de retiro y que en su filosofía del establecimiento militar la aplica en aras de salvaguardar el interés general; su aplicación con una rigidez exorbitante ha hecho que con ella, y en fundamento de la libertad absoluta como se ha interpretado, se olvide lo que en el marco jurídico colombiano se concibe como un Estado Social de Derecho, con principios filosóficos de garantías a todas las personas que constitucionalmente son consideradas nacionales y estos se vean vulnerados.

Las posiciones se han dado en cuanto a la discrecionalidad en su aplicabilidad entre los miembros de las Fuerzas Militares en defensa de sus derechos de carrera; se han hecho debates jurídicos ante instancias judiciales de diferentes jurisdicciones, como la contenciosa administrativa o constitucional. Sin embargo, en torno a sus postulados jurídicos ellos han sido divergentes, lo que ha enaltecido los debates jurídicos de académicos, abogados y miembros de las altas Cortes colombianas.

De ahí que se ha podido establecer que, en materia de derechos de carrera, no se pueden validar garantías jurídicas plenas, por cuanto en las máximas instancias judiciales como organismos de cierre, no se ha hecho una unificación de la jurisprudencia que establezca términos finales a la brecha jurídica que se originó normativamente, con el establecimiento de la discrecionalidad administrativa como causal de retiro.

## REFERENCIA

- Alarcón, P. A. (2000). *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena. Prólogo de Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.
- Atienza, M. (2006). El Derecho como Argumentación. *Revista de Derecho*, XIX(1), 285-286.
- Bautista, J. (2006). *El debate sobre el Positivismo jurídico incluyente: Un estado de la cuestión*. Primera Edición. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. ISBN 970-32-3798-3
- Benítez Rojas, V. F. (2009). La resistencia a la constitucionalización del Derecho Administrativo. *Revista Jurisprudencia*, 19(113), 114,115.
- Berrocal, L. E. (2001). *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Colombia. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011). Ley 1437 de 2011. Artículo 44. Librería Leyer.
- Colombia. Consejo de Estado (2008). Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Sección Tercera. Exp. 17009.
- Colombia. Consejo de Estado (2015). Sentencia del 16 de julio. Sección Cuarta. Sala de lo Contencioso administrativo. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00495-00. Bogotá D.C.
- Colombia. Consejo de Estado (2015). Sentencia del 5 de febrero. Sección Cuarta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03421-00.
- Colombia. Corte Constitucional (1995). Sentencia No. C-525. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional (1999). Sentencia C-371 de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional (2006). Sentencia C-179. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional (2010). Sentencia T-723 de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional (2010). SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencia SU-691 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencia T-289 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia T-26. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional (2015). Sentencia SU-172 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C.
- Colombia. Corte Constitucional Sentencias T-995 de 2007 y T-1168 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería. Bogotá D.C.
- Colombia. Decreto Ley 1790 de 2000. Diario Oficial No. 44.161. Bogotá D.C.
- Colombia. Ley 909 de 2004. Diario Oficial 45.680 Bogotá D.C.
- Consejo de Estado de Francia (1963). Sentencia Beauge. Citado por M. Waline. *Traite de Droit Administratif*. París: Edit. Sirey.
- Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B (28 de septiembre de 2006). Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 28 de septiembre de 2006. Radicación No. 25000-23-25-000-1999-06060-01(3972-04) Actor: Jhon Freddy Pérez Rojas. (Artículo 36 del C.C.A.)

- Consejo de Estado. Sección 2ª (26 de marzo de 2009). Sentencia Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.
- Constitución Política de Colombia (2011). Temis. Edición XXV.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aguado Alfaro y otros Vs. Perú. Sentencia 30 de noviembre de 2007.
- Desdentado Daroca, E. (1999). *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación, y administraciones independientes*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Fraga, G. (2007). *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa. Disponible en: <http://www.inap.org.mx/Portal/Images/Rap/Derecho%20administrativo.Pdf>
- Garrido Falla, F. (2014). El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, (013).
- Gómez, F. (2016). *Constitución Política de Colombia Anotada*. Edición 34ª. ISBN: 978-958-769-399-7.
- Gordillo, A. (2001). *Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo*. 2ª Ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Gordillo, A. (2016). *Clasificación Jurídica de la Función Administrativa*. Capítulo X, p.42. Recuperado De [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/capitulox.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capitulox.pdf) (Consultado, julio de 2016).
- Lifante Vidal, I. (2002). Dos Conceptos de Discrecionalidad Judicial. *Doxa*, 25, 415.
- Morell Ocaña, L. (1993). *El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública, en La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. tomo I. Madrid: Civitas.
- Morell Ocaña, L. (2001). La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (111), julio-septiembre, 357.
- Navarro, M. (2012). Discrecionalidad administrativa. *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, (3), 200-206. Disponible en: <http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/11/Eunomia3-final-revisado.pdf>
- Rubio Correa, M. (2006). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pucp.
- Vargas, A. (2015). *Arbitrariedad, discrecionalidad y libertad en la figura de la discrecionalidad administrativa*. *Derecho y Cambio Social*. ISSN: 2224-4131 [http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/arbitrariedad\\_discrecionalidad\\_y\\_libertad.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/arbitrariedad_discrecionalidad_y_libertad.pdf)

---

**Para citar este artículo:**

Vergara Camargo, L. R. (2018). La discrecionalidad administrativa y los derechos de carrera del personal activo de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. *Vis Juris*, 5(10), 115-150.

