

**LA NECESIDAD DE MOTIVAR LOS ACTOS DE RETIRO DISCRECIONAL DE
SERVIDORES PÚBLICOS QUE PRESTAN SERVICIOS DE SEGURIDAD DEL
ESTADO, COMO CONSECUENCIA DEL ADVENIMIENTO DE LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO.**



CRISTIAN JOSÉ ROJAS GONZALEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS- SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TUNJA

2019

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Tunja, abril 2019

ÍNDICE

(I) INTRODUCCIÓN.....	5
1. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	8
2. MARCO TEÓRICO - ESCOGENCIAS EPISTEMOLÓGICAS	8
2.1. Constitucionalización del derecho Administrativo	9
2.1.1. Origen de la Constitucionalización del Derecho.....	10
2.1.2. Delimitación conceptual de la constitucionalización del derecho.....	12
2.1.3. Constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia	13
2.1.4. Críticas a la Constitucionalización	18
2.2. "Principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"	20
2.2.1. Postura Consejo de Estado Colombiano.....	22
2.2.2. Postura de la Corte Constitucional -Limitación a la discrecionalidad.....	23
3. PROBLEMA JURÍDICO:	26
4. METODOLOGÍA.....	26
5. HIPÓTESIS	27
CAPÍTULO PRIMERO: DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES	28
1.1. ANTOLOGÍA DOCTRINAL SOBRE EL RETIRO POR MEDIO DE ACTOS DISCRECIONALES	28
1.2.1. Posición del Consejo de Estado.....	32
1.2.2. Posición Corte Constitucional	34
1.3. DESVINCULACIÓN EN PROVISIONALIDAD Y ENCARGO.....	36
1.3.1. Posición Consejo de Estado.....	37
1.3.2. Posición Corte Constitucional	41
1.4. DESVINCULACIÓN DE FUNCIONARIOS DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN PROPIEDAD.....	43

CAPÍTULO SEGUNDO: MOTIVACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECIDEN LA DESVINCULACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS QUE DESARROLLAN LABORES RELACIONADAS DIRECTAMENTE CON LA SEGURIDAD DEL ESTADO	46
2.1. Fuerzas Militares, Policía Nacional	47
2.1.1. Posición de la Corte Constitucional	48
2.1.2. Posición del Consejo de Estado	54
2.2. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO- INPEC.....	58
2.2.1. Posición de la Corte Constitucional	58
2.2.2. Consejo de Estado	59
TERCER CAPÍTULO: RAZONES SOBRE NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DE ACTOS DISCRECIONALES DEL RETIRO DE SERVICIO DE EMPLEADOS QUE CUMPLEN FUNCIONES DE SEGURIDAD DEL ESTADO.....	60
3.1. GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONALIZADO	60
3.2. TELEOLOGÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. – MOTIVACIÓN COMO ELEMENTO DE FONDO O ESENCIAL.....	61
3.2.1. Motivación.....	61
3.2.1.1. Motivos vs Motivación.....	62
3.2.1.2. Fundamentos internacionales del deber de motivación vs Arbitrariedad.....	64
3.2.1.3. Naturaleza Jurídica de la Motivación. Elemento de Fondo vs Formal.....	66
3.2.1.3.1. Posición Doctrinaria	66
3.2.1.4. Diferencia Discrecionalidad y Arbitrariedad.....	69
3.3. CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA JURISDICCIÓN Y POR EL CIUDADANO.....	70
3.4. ABANDONAR EL ANTROPOMORFISMO	72
3.5. FUNCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA MOTIVACIÓN.....	73
CONCLUSIONES.....	82
V. BIBLIOGRAFÍA	84

INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Gráfica “telaraña” postura del Consejo de Estado sobre retiro de empleados de libre nombramiento y remoción.....	32
Tabla 2. Gráfica “telaraña” postura de la Corte Constitucional sobre retiro de empleados de libre nombramiento y remoción.....	34
Tabla 3. Gráfica “telaraña” postura del Consejo de Estado sobre retiro de empleados en provisionalidad.....	38
Tabla 4. Gráfica “telaraña” postura de la Corte Constitucional sobre retiro de empleados en propiedad.....	44
Tabla 5 Gráfica “telaraña” postura de la Corte Constitucional sobre retiro discrecional, o del gobierno nacional o director general de miembros de carreras especialísimas que desempeñan funciones de seguridad del Estado.....	51
Tabla 6 Gráfica “telaraña” postura del Consejo de Estado sobre retiro discrecional, o del gobierno nacional o director general de miembros de carreras especialísimas que desempeñan funciones de seguridad del Estado.....	55

(I) INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 marcó un antes y un después en la relación Estado - asociado al incluir dentro de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la protección de las garantías mínimas y derechos fundamentales de los administrados. Su denominación como norma superior (Const., Art. 4, 1991), llevó al indefectible acatamiento de los principios y reglas que reposan en ella, los cuales, como lo menciona Ballesteros Serpa, "gozan de un mayor protagonismo en la dinámica jurídica que se desarrolla en un terreno claramente garantista". (2013, p. 62). Su omnipresencia en todas las áreas jurídicas, condiciona el actuar del juez administrativo que no se puede limitar a un control desde el punto de vista puramente legalista o reglamentaria, pues se ve compelido a replantear sus métodos de manera tal que se garanticen de manera directa los derechos y principios constitucionales (Prieto Sanchís, 2005, p. 123, Monroy Cabra, 2002).

En el referido escenario, se pretende realizar un análisis de las normas que regulan la declaratoria de insubsistencia de los empleados que prestan servicios de seguridad a favor del Estado, las cuales, en su mayoría fueron promulgadas antes de la entrada en vigencia de la nueva Carta Política, y en cuyo texto no se exigió que se expongan los motivos del retiro, como quiera que la decisión del nominador está respaldada por el buen funcionamiento del servicio, el orden público, y la celeridad administrativa, lo que se ve reforzado por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos a través de los cuales se materializan tales situaciones.

En ese sentido, se observa que esa postura es respaldada por el derecho administrativo clásico que favorece la conservación incisiva del principio de legalidad meramente positivista descriptivo, en perjuicio de una comprensión más amplia a la que debe inclinarse la administración en virtud del fenómeno de la constitucionalización.

Esa posición es defendida en la actualidad por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, y a juicio de esta tesina y de varios tratadistas (Marín Hernández, 2014, Fernando Pablo, 1993) desconoce los derechos fundamentales y su supremacía dentro de un Estado Social de Derecho, en el cual el respeto del debido proceso, derecho a la defensa y contradicción, publicidad, acceso

efectivo a la administración de justicia, dignidad humana y las garantías constitucionales configuran sus fines últimos.

Debe tenerse en cuenta que se está haciendo referencia a servidores públicos escalafonados en regímenes especiales de carrera administrativa, quienes a través del mérito lograron obtener su cargo. Así lo considera la Corte Constitucional, la cual discrepa de la tesis del Consejo de Estado en la situación jurídica expuesta.

En este caso, salta a la vista como el Consejo de Estado, máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en su Subsección B, para el caso concreto de los actos de retiro del servicio en carreras especiales, como las fuerzas militares, la policía nacional y el INPEC, se resiste a darle primacía de los preceptos constitucionales y a realizar una interpretación flexible de la normativa, que sea garantista de los derechos fundamentales, tal como lo hacen la Subsección A de la Sección Segunda, así como la Sección Tercera en ciertos casos, y la Corte Constitucional.

Como consecuencia de dicha colisión de ambas Cortes y secciones del Consejo de Estado, se genera innegablemente una falta de certeza y confianza legítima para los asociados. En esta pugna, se respaldará la tesis de la Corte Constitucional, y de ciertas posturas de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por las razones que se analizarán en el desarrollo del trabajo investigativo, a través de un soporte doctrinal internacional, con especial atención al derecho español, debido a su amplio desarrollo en el tema objeto de estudio. Adicional a los argumentos adoptados por la Corte, se expondrán consideraciones que contribuyen a reforzar tal posición, sobre de la garantía de los procedimientos mínimos y derechos fundamentales.

Se ahondará en la teoría del acto administrativo y en el rol de la motivación en este, así como en la importancia de fundar las decisiones en un escenario de un Estado de Derecho, Constitucional, Democrático, pues materializa la fiscalización de la Administración y su control social por parte de los asociados. De lo contrario se estaría ante arbitrariedad y discrecionalidad absoluta que rayan con los modelos de Estado Social y Democrático de Derecho, que claman por una protección absoluta de los derechos fundamentales sobre las reglas establecidas, como medio de control y participación social.

1. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

En la presente investigación se realizarán en primera medida unas *consideraciones preliminares*, en las cuales se introducirán conceptos que forman parte del marco teórico que estructurará el estudio; en el *primer capítulo* se expondrá el desarrollo legal y jurisprudencial de las desvinculaciones de los empleados de libre nombramiento y remoción, carrera administrativa, encargo y provisionalidad, para, en el *segundo capítulo*, poner en contexto al lector respecto de las vicisitudes que se presentan con ocasión de la desvinculación de los empleados que cumplen funciones de seguridad del Estado (Fuerzas Militares, Policía Nacional y el INPEC), en donde se podrá apreciar que las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado son cada vez más distantes en relación con los dos primeros regímenes especiales, (esto es el de las Fuerzas Militares y el de la Policía), mientras que para el caso del retiro del servicio de empleados del INPEC, la controversia es más armoniosa.

La división en el estudio sirve como referente para analizar la dicotomía entre las Cortes en situaciones de hecho y de derecho similares, al estar ante la desvinculación "discrecional" de servidores públicos escalafonados en regímenes especiales de carrera administrativa con funciones de seguridad del Estado.

Finalmente, en el tercer capítulo se expondrán las razones de la necesidad de motivación para los mencionados servidores desde los lentes de la constitucionalización del derecho y del principio de interdicción de la arbitrariedad. Se hará un llamado a la unificación de posturas por ambas Cortes como quiera que la discrepancia lleva a una incertidumbre para los administrados, pues dos Tribunales de cierre poseen distintas posturas sobre la misma situación de hecho.

2. MARCO TEÓRICO - ESCOGENCIAS EPISTEMOLÓGICAS

El presente análisis se estructurará a través de dos conceptos generales que encausarán la tesina y estarán presentes como un marco teórico a lo largo del desarrollo del trabajo que son: a. La constitucionalización del derecho administrativo, cuyo objeto central de estudio es la primacía de los derechos fundamentales. b. La interdicción de la arbitrariedad.

Tal como se desprende de manera clara de lo expuesto anteriormente, la escogencia epistemológica que gobierna el estudio es la posición que adopta la Corte Constitucional y la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, como quiera que hace prevalecer la garantía de derechos fundamentales, especialmente el debido proceso, derecho de contradicción y defensa sobre el interés público y seguridad del Estado. Desde una perspectiva dogmática que se soporta de la constitucionalización del derecho, garantiza una defensa propia dentro del trámite de la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios que prestan servicios de la seguridad del Estado.

2.1. Constitucionalización del derecho Administrativo

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B en relación con la desvinculación de los funcionarios que desarrollan labores relacionadas con la seguridad del Estado, entiéndase INPEC, Fuerzas Militares y Policía Nacional, considera que los actos administrativos de retiro, en virtud a la discrecionalidad, han de ser inmotivados, y solamente se requerirá en ciertos casos el aval del Comité de Evaluación designado para cada entidad.

Dicha postura, no garantiza el derecho a la defensa, contradicción, juicio justo, publicidad, y acceso efectivo de la administración de justicia del servidor público. Estos presupuestos y derechos constitucionales son desconocidos con fundamento en el imperio de la Ley, y en la prevalencia del interés general sobre el particular (constitucional), sin efectuar un análisis contextualizado de la situación, razón por la cual, desde los lentes de la constitucionalización se abordará dicha problemática.

La finalidad del examen de la constitucionalización en el caso objeto de estudio, radica en que, como se analizaba anteriormente, este concepto proclama por la protección de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales sobre el imperio de la Ley. En ese sentido, se hace necesario su estudio cuando colisionan sus supuestos con disposiciones legales, o inclusive cuando se presenta un choque entre disposiciones constitucionales.

Para dar más claridad, a continuación se hará referencia al origen de la constitucionalización del derecho administrativo.

2.1.1. Origen de la Constitucionalización del Derecho.

Kelsen, Rubio Llorente, Cicerón, y Kant entre otros notables doctrinantes históricamente reconocidos han definido las fuentes jurídicas a partir de la órbita de la validez (Kelsen, 1934) desde su alcance *erga omnes* (Rubio Llorente, 2000), en su materialización como leyes, plebiscitos, senados consultos, decretos (Cicerón, s.f., Papiniano, s.f., citado por Monroy Cabra, 2002, p. 14), o como cristalización de la razón humana.

La doctrina en general define la acepción “fuentes” como el origen del derecho. La definición más concreta es la de Savigny, quien ubica la fuente del derecho como espíritu del pueblo, esto es, como "las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas formadas por abstracción de aquella" (Savigny, 1879, p. 63).

La Constitución como fuente suprema y elemento regulador estatal, no solamente se encarga de establecer reglas jurídicas, además, le es inherente un carácter deontológico y axiológico. O, en otras palabras, es un "conjunto de normas que fundamentan la legitimidad del poder estatal" (Rubio Llorente, 2000, p. 21) cargada de significado político al evocar los ideales de libertad y democracia, garantía de los derechos del ciudadano y limitación del poder. (De Otto, 1980, 1987, p. 11, 2007)

En ese sentido para poder hablar de constitucionalización en el contexto actual, tenemos que situarnos en el modelo de Estado Social de Derecho.

Al respecto, a Heller se le atribuye el concepto de Estado Social de Derecho, pues fue el primero en usar dicha expresión en 1929, momento en el cual, buscaba criticar la dictadura fascista desde el Estado de Derecho en relación a la desigualdad que históricamente han dado lugar las dictaduras. Heller, en su entonces, explicó que, el Estado de Derecho en su versión material debía llegar a la democracia social (Villar Borda, 2007; Arana-Muñoz, 2015).

Este Estado Social de Derecho, significó reconocer y propugnar los valores de la justicia social y de solidaridad entre los asociados que integran el Estado autonómico, para él, la majestad del ser humano es imprescindible, como eje central de la sociedad, la cual se deriva de sus connotaciones lógicas, ontológicas y deontológicas que se materializan en las Constituciones como cartas políticas.

De un lado, el carácter deontológico de las constituciones se puede consolidar a través de la primacía del derecho internacional, como cristalización de un ordenamiento jurídico unitario global defendido por la corriente Kelseniana, o de otro lado, puede materializarse a través del derecho estatal interno como Heller (1985) quien contrario a Kelsen, afirma que, la primacía del Derecho estatal frente al Derecho Internacional se deriva del realismo político de la soberanía del pueblo dentro de un territorio estatal, y no en abstracciones metafísicas como la presunción de la norma fundante de Kelsen (1998). Para Heller, el pueblo es el "único titular de la soberanía" (1985, p. 34).

No obstante lo anterior, su deber ser se concentra en "la existencia del Estado, de un lado, y de la Sociedad de otro" (Ociel Castaño, 2007, p. 188). Sin embargo, también trae visos normativos e interpretativos que van más allá de dicho positivismo kelseniano y que deben interpretar el ordenamiento jurídico en favor de los derechos fundamentales.

Es decir, no se limita al establecimiento de reglas jurídicas, o de normas deontológicas y axiológicas, principios y valores, que en una primera medida orientarán la actuación de los órganos del Estado, sino, que incluso, "legitiman la posibilidad de emitir juicios jurídicos de validez o de invalidez respecto al espectro normativo que de ella, de la Constitución, se desprendan o puedan girar a su alrededor, como eje central y dimanador de derecho". (Ociel Castaño, 2007, p. 198)

Desde un ángulo deontológico, la Constitución como Ley Fundamental de un país, es la estructuración jurídica de toda ideología auténticamente revolucionaria que promueve una correcta regulación de desigualdades de la sociedad y busca superarlas, y así contrarrestar la condenación del "*injustum jus*" o la suma injusticia de los romanos (Burgoa, 2000).

De esta manera, su importancia radica en que es entendida como el querer del constituyente primario, -respetando minorías y diferencias- materializada en unos parámetros que regulan a la sociedad y que son de estricto cumplimiento. De allí se desprende el término “constitucionalización”, el cual, se ha definido para nombrar a un fenómeno que ha introducido cambios radicales en los ordenamientos jurídicos de algunos países de Europa continental, especialmente en países como España, Francia, Alemania e Italia.

Sin embargo, dicha constitucionalización recientemente ha mutado a una interpretación jurídica de las disposiciones constitucionales con flexibilidad, amplitud, con carácter normativo y crítico en pro de los principios, reglas y derechos fundamentales que se desprenden de la Carta Política. Así como la idea del Estado Constitucional vista como una materialización de la soberanía del pueblo llegó a proporciones extraordinarias al final de la Segunda Guerra Mundial (Isensee, s.f., p. 15), sucedió lo mismo con la dinámica actual en relación con la constitucionalización del derecho, la cual, en principio, irradiaba todas las esferas del ordenamiento jurídico, y en especial, el Derecho Administrativo (Schmidt, 1934, 1983, 2014).

A luces de Pierre Devolvé el rol constitucional del Consejo de Estado - en ese caso francés- "hace prevalecer la Constitución frente a actos administrativos que pretenden desconocerla" en ese sentido reitera que, "El rol del Juez Constitucional del Consejo de Estado se ejerce siempre a través del control de los actos administrativos" (Devolvé, 2018, p. 375)

Así la constitucionalización se percibía como una respuesta a las limitaciones que se desprendían de la formalidad y arbitrariedades estatales. Sin embargo, su materialización era armoniosa, todo lo contrario, presentaba controversia en cuanto a su definición, delimitación, rol que desempeñaba y naturaleza jurídica. Pese a ello, globalmente se ha convertido en una de las más notables fuerzas del desarrollo del Derecho (Schuppert & Bumke, 2000), de soberanía y respeto del constituyente primario.

2.1.2. Delimitación conceptual de la constitucionalización del derecho

Para delimitar su naturaleza jurídica y noción, es necesario dejar de lado, la imprecisión de la “constitucionalización del derecho”, no obstante, la reiterada invocación del término en diversos usos. Como bien lo recopila Santaella Quintero (2011) al compilar una antología de definiciones de varios expertos en el tema, se le ha endilgado a dicho término, el de "reconocimiento de la superioridad normativa de sus disposiciones" (Cruz Villalón, 1989, p. 43), así como el impulso de la omnipresencia de la Constitución (Guastini, 2011), además de su supremacía y eficacia directa (Favoreu, 1996; Hernández Becerra, 2012)

A su vez, se ha expresado que la constitucionalización es un "proceso" (Arango, 2004, p. 229), el cual materializa la interrelación entre la Constitución y sus destinatarios, esto es, la ciudadanía en general, dentro de las diferentes esferas sociales -política, jurídica, económica-(ibíd), dicho proceso materializa la interrelación entre las disposiciones constitucionales (artículo 29 superior) y los funcionarios y/o empleados de las fuerzas armadas, INPEC y policía nacional cuyos nombramientos son declarados insubsistentes.

De igual forma refiere a la aplicación e interpretación de principios y valores constitucionales en la "resolución de asuntos propios del Derecho ordinario o infraconstitucional" (Rengifo García, 2011, p. 34; Calderón Villegas, 2011) como vendría siendo la declaratoria de insubsistencia mencionada.

2.1.3. Constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia

Como consecuencia de nuevos cambios en lo económico, así como en las teorías y prácticas del Estado, lo que dio paso a una corriente denominada “solidarista”, que de la mano de autores franceses como León Duguit, -quien desarrolla en un concepto del Estado como una entidad que tenía obligaciones frente a los ciudadanos- (Batista Pereira & Coral Lucero, 2010), logró tener un gran impacto en los congresistas y teóricos colombianos de la época. (Tirado y Velásquez, 1984a: 11).

En últimas, este factor "solidarista" llevó a través de su consolidación en el tiempo a la materialización del Estado Social de Derecho el cual entiende la dignidad humana como fin último

del modelo estatal. Se debe entender sujeto al principio de juridicidad, con apego a normas diferentes a la ley en sentido formal y material, incluyéndose contenidos normativos superiores de raigambre constitucional y de derecho internacional en el cual están incluidos los derechos fundamentales que llevan a la renovación de la realidad social. (Henaó, 2014, p. 186)

De otro lado, en Colombia, antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, dentro de un Estado liberal de Derecho, el Código Civil era el de mayor importancia pues contenía el valor de los principios generales de Derecho. Si bien, era un Estado Constitucional, debido a que ya se disponía de una Constitución promulgada en el año 1886, dicho instrumento no tenía el carácter de fuente jurídica suprema, ni consagraba una parte dogmática (Rincón Córdoba, 2014) además, la interpretación del Derecho constitucional estuvo monopolizada por el Derecho administrativo (Quinche, 2002).

Su importancia radica en que, desde la promulgación de la Carta Política de 1991, la interpretación del ordenamiento jurídico se consagra en el favorecimiento de las garantías fundamentales en relación con las formas, como en los asuntos de retiro de servicio de miembros de fuerzas militares. De tal forma que, con su incursión, se produce el desencuentro con el Derecho administrativo- las cuales juegan a imitarse o mimetizarse, bien sea para el debate político y en la praxis legislativa, o bien en el plano académico, perdiendo entonces la función específica y recíprocamente complementaria que le es propia a cada una de ellas. (Barnes; 2008, 2014, p. 501)

Es así como, el deslinde entre una y otra se difumina entonces: cuando se deforman y pierden sus contornos, la “constitucionalización del Derecho Administrativo y la “administrativización del Derecho Constitucional” se convierten en las dos caras de un mismo problema, en una amalgama que pierde su virtualidad”. (Barnes; 2008, 2014, p. 501)

El *momentum* clave en el surgimiento de la constitucionalización emerge al elevar dicha Carta a la categoría de norma, esto es, en el Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución nro. 03 de 1910, cuyo artículo 40 pregonaba que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales" (Acto Legislativo 03, 1910, art. 40)

artículo que deroga la tímida disposición del artículo 6 de la Ley 153 de 1887, que se erigía con ciertos visos de constitucionalización.

A juicio de Mendieta González, el referido acto "encaminó al país por la senda del constitucionalismo garantista" (2010, p. 70), fue una de las reformas constitucionales más importantes, consecuencia de la Unión Republicana, un movimiento político liderado por Carlos Restrepo quien combatía el bipartidismo y buscaba una Constitución incluyente.

La importancia de esta norma radica en que sentó un precedente sobre la potestad judicial de un Tribunal sobre la determinación de la vigencia o no de una Ley o Decreto contrario a la Constitución, por petición ciudadana. En otras palabras, llegó al punto de apostar por abolir el autoritarismo que trajo consigo la Constitución de 1886, la cual favoreció la regeneración conservadora liderada por un gobierno dictatorial denominado el "Quinquenio de Reyes".

Según Mendieta González, en Colombia con la reforma de 1910 la Corte Suprema de Justicia se desempeñó "como legislador negativo, 10 años antes de que se creara el Tribunal Constitucional austríaco y 19 años antes de que Kelsen expusiera su teoría sobre el tema". (2010, p. 71)

Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la Carta de 1991 que se incursionó en una parte dogmática con principios, derechos y valores. (Rincón Córdoba, 2014) En esta nueva Constitución, en su artículo 4, se estableció expresamente su naturaleza como "norma de normas", es decir, previamente su carácter era eminentemente como Carta Política, esto es, como una norma jurídica, aunque carecía de carácter vinculante sobre las demás disposiciones. No obstante, con su implementación empezó a adquirir una jerarquía normativa, característica propia del derecho constitucional. (Monroy Cabra, 2002)

Junto a la caracterización como Estados de Derecho, Sociales y Democráticos, las Cartas de Derechos y sus garantías constitucionales (amparo o tutela), se acompañó de la creación de la Corte Constitucional, como tribunal supremo, guardián de los derechos fundamentales, su justiciabilidad y del nuevo orden constitucional establecido (Matías, 2016, 32).

Como lo atribuye García de Enterría, en relación a la Carta Política, refiriéndose a la española "el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y Tribunales del sistema y no solo al Tribunal Constitucional" (García de Enterría, 1991, pp. 66-67). En este caso, se extiende su carácter vinculante a todos los jueces, incluidos los de la jurisdicción contenciosa administrativa y esto es aplicable en nuestro sistema jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de nuestra Constitución Política.

Actualmente, se parte de la premisa expuesta por Rincón Córdoba en relación al rol del juez administrativo, según la cual, a pesar de que sigue siendo garante de la legalidad, le es requerido garantizar que la administración pública adapte su actuar no solo a normas legales sino constitucionales (2014).

Lo anterior, toda vez que el *contenido material* de la Constitución, de obligatorio cumplimiento por las ramas del poder público, sirve de herramienta deontológica para el sistema jurídico y decisiones que se adopten en el devenir administrativo. Se conforma de valores, principios y de derechos fundamentales que delinear además de quien y como manda, "qué puede mandarse" (Marín, 2014). Dicha caracterización del Estado Constitucional es lo que en palabras de Alexy traído a estudio por Hugo Marín, puede considerarse como denominado el "constitucionalismo contemporáneo: Más Constitución que Ley (...) Mas jueces que legislador". (Ibid.).

Dicho auge de la argumentación jurídica se produce gracias al tránsito del Estado de Derecho Legislativo al Estado Constitucional (Zagrebelsky, 2007). Así las cosas, el surgimiento de los nuevos Estados Constitucionales, con Constituciones normativas, críticas, flexibles y garantistas, ocasiona que los operadores jurídicos consideren los derechos fundamentales como instrumento que materializa un rol activo que "limitan y condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho" (Atienza, 2006)

El nuevo 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 Derecho. (Atienza, 2006, p, 17) En relación a ello, Schmidt-Assmann ha referido que, actualmente la constitucionalización es "una de las más notables fuerzas del desarrollo del

Derecho" (2014, p. 13). De esta manera, es menester traer a debate el punto de vista de Santaella en relación a la influencia de la Constitución en el derecho administrativo. Para dicho autor:

La ciencia jurídica administrativa y el derecho administrativo en sí mismo no solo han adquirido un rumbo constitucionalmente trazado, **que ha llenado de contenido y de sentido material sus disposiciones e institutos; además, se han abierto a innovaciones y a cambios que, informados y amparados por las fuerzas que irradia la Constitución, resultan indispensables para poder encarar de manera adecuada los retos que plantea la realidad actual.** Negrilla fuera del texto. (2014, p. 83)

Es indispensable referirse sobre cómo la constitucionalización del derecho administrativo sentó las bases para la necesaria motivación de los actos discrecionales como resultado de la injerencia de los mandatos establecidos en la Constitución que proclama el carácter jerárquico de las disposiciones, principios, valores y derechos que la conforman, como lo afirma Rengifo García (2011) y cómo lo defiende la Corte Constitucional, específicamente hablando del derecho fundamental al debido proceso, derecho a la defensa, contradicción, efectivo acceso a la administración de justicia, entre otros.

De esta manera, la constitucionalización del Derecho Administrativo ha llevado a que esta última rama del derecho busque la protección del derecho sustancial y los derechos fundamentales en los procesos judiciales ante la jurisdicción contenciosa administrativa. De tal forma que se ha mutado del principio de legalidad al principio de juridicidad, para la construcción del moderno Derecho Público, reformulándose el principio de legalidad (Santaella, 2014, p. 83).

En el Proyecto de Ley 198 de 2009 del Senado, por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el legislador, a juicio de Santaella Quintero, tuvo como fin último amalgamar las leyes administrativas con las "condiciones jurídico-constitucionales, sociales, políticas y tecnológicas de hoy" (Santaella Quintero, 2011, p. 7; 2014, p. 355). Para de esta manera, superar las dificultades sustanciales de carácter operativo con el fin de garantizar un "mejor cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales" (ibíd.).

Como consecuencia de lo anterior se observa un CPACA, suficientemente protector de las garantías y derechos fundamentales.

Su importancia radica en que este Código incluyó en su articulado los presupuestos constitucionales, como, por ejemplo, la incursión del debido proceso en su dogmática, por tal razón es un apoyo a la constitucionalización de las distintas ramas del derecho colombiano desde la promulgación de la Constitución de 1991.

2.1.4. Críticas a la Constitucionalización

El estudio de este acápite se debe a que la aplicación de la constitucionalización del derecho no es del todo armoniosa, es decir, a pesar que la tendencia jurídica global es acoger esta corriente, algunos consideran, como García Amado, que el concepto todavía es ambiguo y que da lugar a dificultades interpretativas, pues al aplicarlo, se le puede llegar a dar un alcance que no tiene, toda vez que, no es fácil delimitar en qué momentos se debe intervenir y hasta dónde debe llegar esa posibilidad.

Si bien, todavía hay muchos contradictores de esta concepción de un sistema jurídico moderno., para muchos, esta figura, dista de ser la materialización del derecho administrativo garantista. Existen ciertos críticos que señalan que, mediante la constitucionalización del Derecho, en especial del derecho Administrativo, este último pierde su propio perfil de autoridad. Especialmente tal crítica es representativa en el Derecho Francés como quiera que el Consejo de Estado ha conservado una línea independiente y autónoma creada por la Jurisprudencia (Schmidt-Assman, 2014).

De otro lado, se argumenta que la tarea de la constitucionalización es función del legislador elegido democráticamente. Además, se considera que la constitucionalización parte de un modelo jerárquico que colisiona con la pluralidad de ordenamientos jurídicos actuales.

Ciertos doctrinantes como Prieto Sanchís, (2005) aducen que por interpretación de los principios y derechos fundamentales como el del debido proceso, -sin que exista una norma que exprese

explícitamente-, es necesaria la motivación de actos discrecionales en aras de garantizar el debido proceso de todas las actuaciones administrativas como jurisdiccionales.

Esta posición, trae al debate un problema central que consiste en determinar si de la Constitución se desprende de manera directa el deber de motivar los actos administrativos de retiro de servidores públicos de carreras especiales, o, si se trata de una interpretación extensiva que va más allá de lo que esta quiere decir. En otras palabras, se está aduciendo que tácitamente la Constitución contiene un mandato que no se encuentra en la literalidad de su texto.

Lo anterior porque desde la puesta en marcha de la Corte Constitucional en el año de 1992, se estableció una brecha entre dos posiciones distintas respecto al derecho administrativo enmarcado en la Constitución de 1991. Si bien el sistema de fuentes lleva impregnado la teoría iuspositivista, de supremacía legal impuesta por Kelsen, la postura de dicha Corte y la que actualmente asume la doctrina constitucional se basa en que hay que replantear la supremacía constitucional, más allá de esa esfera. Todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen carácter de norma jurídica, lo que deja entrever que no hay normas constitucionales carentes de eficacia jurídica (Monroy Cabra, 2002, p. 20)

Esta situación lleva a la controversia entre Prieto Sanchís y García Amado, el primero le confiere facultades extraordinarias y omnipresentes a la Constitución, en un proceso denominado neoconstitucionalismo, mientras el segundo critica tal postura. En resumen, este último afirma que se le está endilgando a la Constitución una extensión y una interpretación excesiva que no consagra.

En casos prácticos como el del objeto de estudio, esta discrepancia se vislumbra aún más y no en sede de doctrina, sino en sede judicial con efectos jurídicos para las personas que acuden a la administración de Justicia, así, en cuanto a la motivación de actos administrativos de retiro de funcionarios que prestan sus funciones para la seguridad del Estado, la Corte Constitucional y la Subsección A de la Sala Segunda del Consejo de Estado, le confiere facultades extraordinarias a la Constitución endilgándole un carácter extensivo a las garantías mínimas y derechos

fundamentales como el del debido proceso, con base al “principio de interdicción de la arbitrariedad”, al propender por una necesaria motivación, postura similar a la de Prieto Sanchís.

De otro lado, el Consejo de Estado, Sala Segunda, Subsección B, recoge una postura similar a la de García Amado, consagrando que se está asumiendo una posición excesiva en relación con los postulados de la Constitución, la cual, no deben extenderse hasta las formalidades de carácter administrativo, como el retiro de los funcionarios con funciones de seguridad del Estado, en el cual, solamente basta con mencionar las razones del servicio.

De este modo, al compartir la primera postura expuesta, es menester analizar a fondo el principio a partir del cual se pretende sustentar la necesidad de motivación de los actos administrativos que estructurará el presente trabajo investigativo.

2.2. "Principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"

El segundo elemento estructurador de la tesis es el *principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, el cual, edifica la necesidad de motivación de todos los actos administrativos, pues considera que fundamentar es la materialización del derecho al debido proceso, defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia, independientemente si el acto es discrecional o no. Este principio es ampliamente defendido por la Corte Constitucional.

Este principio lleva implícita la obligación general de la administración en lo concerniente a la motivación de sus decisiones dentro del marco del Estado Constitucional (Martín, 2016, p. 454). Sus bases fundantes se desprenden del derecho español. García De Enterría fue uno de los precursores que introdujo en el artículo 9.3 de la Constitución Española, el cual manifestaba la exigencia imperativa e inexcusable de fundamento adicional de la razón para cualquier decisión en que se expresara poder. (García de Enterría, 1991, p. 160).

Pese a que dicho principio a nivel nacional no se encuentra expresamente en la Constitución Política de 1991, tanto la Jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, como lo menciona Marín "no dejan de hacer referencia [a este] - convirtiéndolo prácticamente en

cláusula de estilo de los pronunciamientos en los que se ocupa del análisis de la actividad administrativa desarrollada en ejercicio de facultades discrecionales". (2016, p. 466)

Este principio es el fundamento en la diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario emanada de la Constitución actual, “pues la Carta admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública” (Corte Constitucional, C-318, 1995). Así, la potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria e indispensable, para una correcta administración pública, pues bajo un buen juicio, puede decidir sin acudir a trámites burocráticos, que se desprenden de una reglamentación detallada ajena a la situación que se quiera superar o enfrentar. (*ibíd*)

De otro lado, la arbitrariedad se excluye del sistema jurídico colombiano. De forma que, "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" se encuentra tácitamente consagrada en la Carta. El primer artículo consagra a Colombia como Estado social de derecho fundado en la prevalencia del interés general, lo que implica que los administradores estatales no puedan ejercer sus atribuciones de manera caprichosa.

Del mismo modo, el artículo subsiguiente delimita los fines del Estado y los objetivos de las autoridades públicas, “lo cual muestra que las atribuciones ejercidas por las autoridades deben estar destinadas a realizar esos valores constitucionales y no a satisfacer el arbitrio del funcionario” (Corte Constitucional, C-318, 1995).

Igualmente, se complementa en el artículo 123 *ibidem*, que establece expresamente que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y sus funciones han de efercerse conforme a la Constitución, la ley y el reglamento. Finalmente, el artículo 209 enuncia los principios que orientan la función administrativa orientados al servicio de los intereses generales.

En tal sentido la potestad administrativa debe estar sometida al principio de mensurabilidad, esto es no puede ser en ningún caso, indefinido o ilimitado, de tal forma que “sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto

teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la conceda” (Corte Constitucional, C-318, 1995).

En cuanto a su conceptualización, García de Enterría (1991) manifestaba que, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos no se limitaba a abarcar la vulneración de la igualdad ante la Ley, si bien era un fin, no era el único. La arbitrariedad administrativa equivalente a la injusticia ostensible, en tal sentido la interdicción de esta se entiende en tesis de principio como “toda manifestación caprichosa, subjetiva o antojadiza por parte de funcionarios públicos en ejercicio de la conducta administrativa” (Arguello Rojas, 2017, p. 117)

Este principio se materializa, como lo manifiesta Arguello Rojas (2017) por medio de la motivación de los actos administrativos, el principio de confianza legítima, transparencia administrativa, entre otros de este estilo. Principios que son concurrentes a la interdicción de la arbitrariedad, debido a que lo arbitrario tiene un solo cuerpo pero muchas cabezas.

2. 2.1. Postura Consejo de Estado Colombiano

Al igual que en el panorama internacional, la motivación de los actos administrativos es relativamente actual en el escenario nacional. Con anterioridad a la expedición del Decreto 01 de 1984 artículo 35, no era deber de las autoridades motivar las decisiones. En consecuencia, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo desarrolló la tesis de que la decisión administrativa debía fundarse y ser expresada con base en las pruebas e informes disponibles, y su motivación debía ser al menos sumaria, si se llegara a afectar los intereses o derechos de los particulares (Corte Constitucional, SU250, 1998)

Se justificaba dicha decisión, al hacer remisión al artículo 36 y 282 del Código Contencioso Administrativo: el primero señalaba literalmente que "en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa" (Ley 167, Art. 36, 1941).

En 1975 la Sala de Consulta del Consejo de Estado había soportado la tesis sobre la prohibición de facultades discrecionales al anotar que, "no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y

acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios". (Consejo de Estado, Sala de Consulta, Concepto de 22 de octubre de 1975)

2.2.2. Postura de la Corte Constitucional -Limitación a la discrecionalidad

En el escenario jurisprudencial constitucional se ha desarrollado lo concerniente al deber de motivación de los actos administrativos, indistintamente la naturaleza del cargo, esto es, bien sean de funcionarios de libre nombramiento y remoción, carrera administrativa, cargos en provisionalidad entre otros. De esta manera la Corte Constitucional como Tribunal de cierre ha apelado a la naturaleza limitada de la discrecionalidad.

En Sentencia de Constitucionalidad C-054 de 1996, -la cual estudió la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 33 y 79 (parcial) de la Ley 190 de 1995-, se refirió a que el deber de motivar los actos administrativos no contradice disposiciones constitucionales, todo lo contrario, efectiviza el principio de publicidad pues consagra el deber de expresar los motivos que conducen a cierta decisión administrativa "como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración" (Corte Constitucional, C-054, 1996). El mentado principio de publicidad es recogido por el inciso primero del artículo 209 de la Carta Política de 1991.

En la sentencia de unificación SU250 de 1998 inclusive la Corte Constitucional concluye que, el principio de publicidad implica motivación, la cual es esencial en el sistema jurídico, inclusive recoge la sentencia de tutela T-297 de 1994, en la que manifestó que "la falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo". (Corte Constitucional, T-297, 1994, párr. 4)

Por otro lado, en la sentencia SU-250 de 1998 hito en el tema, por primera vez la Corte Constitucional unificó los parámetros, para casos con los mismos supuestos de hecho en sede de tutela sobre el deber de motivación de los actos administrativos de declaración de insubsistencia o retiro, en esa oportunidad reiteró que, "la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad" (Corte Constitucional, SU250, 1998).

Postura que ya había sido adoptada en las sentencias de constitucionalidad C-031 y C-318 de 1995; así como en la C-100 de 1996 cuando señaló que la "Carta admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública ya que en Colombia, aun cuando no cuente con consagración expresa, es enteramente aplicable el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos" (Corte Constitucional, C-100, 1996)

Años más tarde, en la sentencia de unificación SU-917 de 2010, el máximo Tribunal Constitucional señaló que la discrecionalidad excepcionalmente establecida por la ley, no se podía entender en ningún sentido como absoluta. Si se entendiera de esta manera se reforzarían las bases para una arbitrariedad y decisiones caprichosas de funcionarios al poder. En efecto, la discrecionalidad es relativa - afirma la Corte- (Corte Constitucional, SU917, 2010).

Si bien, la Corte Constitucional, atenuó de cierto modo el deber explícito de motivar, al darle crédito a la discrecionalidad *per se*, esto es, a una discrecionalidad relativa, respetuosa de garantías mínimas y derechos fundamentales de los asociados, que le permitía al administrador desarrollar sus funciones sin estar supeditado a trámites burocráticos ajenos a la situación que quería superar, sin embargo, seguía íntimamente relacionada con el principio de la arbitrariedad de los poderes públicos, en consecuencia, dicha potestad atenuada no era óbice para su liberación del deber de "obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder" (Corte Constitucional, SU917, 2010).

En tal virtud, los principios constitucionales disponen, a juicio de la Corte Constitucional, por regla general, el deber de motivación, toda vez que efectiviza la cláusula del Estado de Derecho, a su vez, llega a materializar "el principio democrático, y el principio de publicidad en las actuaciones de la administración" (Corte Constitucional, SU917, 2010), en consecuencia, permite controlar el abuso de poder y cristalizar el ejercicio del derecho de contradicción y defensa de la persona desvinculada. (ibíd.)

En suma, por regla general la Administración está en la obligación de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en sus instituciones, en otras palabras "pone de

manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico" (Corte Constitucional, SU250, 1998), esto es, de exponer detalladamente las razones de la desvinculación del cargo, ello es consecuencia de la materialización de los presupuestos adoptados por la Carta Política, al igual, es una expresión del principio de publicidad, constitucionalmente recogida en el artículo 209, según afirmó la Corte Constitucional (SU250, 1998; SU917, 2010).

El deber de motivación implica hacer expresas las razones y móviles que fundamentan su decisión en el acto administrativo de desvinculación. En otras palabras, es la explicación otorgada por la Administración, a través de fundamentos jurídicos, de la solución al caso de desvinculación (Corte Constitucional SU250, 1998, párr. 2). Al presentarse dicha motivación se abre la puerta para que en el evento de discrepancia por parte del desvinculado, este pueda acudir a la respectiva jurisdicción, a la que le "compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente". (Corte Constitucional, SU917, 2010)

Tanto los artículos 3, 36 y 85 del Decreto 01 de 1984 como los artículos 3, 44 y 138 de la Ley 1437 de 2011, refuerzan la idea de la aplicación del debido proceso en las actuaciones administrativas, con plena garantía de los principios de defensa y contradicción lo que consolida la posición de la necesidad de motivación como regla general de todos los actos administrativos.

Sin embargo, el Decreto 2400 de 1968 artículo 26, como el exponente más notorio de la controversia sobre la motivación de actos administrativos discrecionales, no establece obligación de fundar acto discrecional de retiro del servicio en cargos de libre nombramiento y remoción - si bien no hace parte del objeto principal de la tesis que es: servidores públicos que prestan funciones directamente relacionadas con seguridad del Estado-, de este artículo "general", se ha de desprender gran parte de la regulación especial.

Dicho artículo en el inciso siguiente le solicita al nominador, dejar constancia en la hoja de vida sobre los móviles generaron el retiro (Marín Hernández (2014)). Este inciso, respalda la línea jurisprudencial flexible y tendiente a ser defensora ulterior del derecho al debido proceso como piedra angular de la motivación en los actos discrecionales de retiro de los servidores que prestan servicios directamente de seguridad estatal. La Sentencia C 734 de 2000, considera que este inciso

es, efectivamente una limitación a la facultad discrecional en aras de evitar la arbitrariedad (Corte Constitucional, C-734, 2000)

Se anota que los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no son el objeto de estudio de la presente investigación, sin embargo, se hace necesario su análisis para desembocar en los servidores que prestan servicios de seguridad, que pese a que han cursado una carrera por ejemplo en policía pueden ser retirados del cargo "por razones del servicio", el régimen de destitución se asemeja al de libre nombramiento y remoción. En ese sentido, es necesario motivar los actos, lo cual se desprende de la constitucionalización del derecho.

3. PROBLEMA JURÍDICO:

Debido a la incertidumbre que genera la no uniformidad de decisiones judiciales por parte del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, como por la Corte Constitucional, Sección Tercera y Sección Segunda, Subsección A en relación con la motivación de actos discrecionales de retiro del servicio de empleados que desarrollan labores relacionadas con la seguridad del Estado se genera inseguridad jurídica y falta de confianza legítima en los asociados. Por tal razón, se presenta como pregunta de investigación: ¿En virtud del proceso de constitucionalización del derecho administrativo es necesario motivar los actos de retiro en los cargos que pertenecen a los servicios de seguridad del Estado?

4. METODOLOGÍA

El presente trabajo se desarrollará a través de un enfoque de investigación cualitativo y un alcance descriptivo, cuya metodología corresponde a la revisión documental o bibliográfica que permite analizar estudios teóricos y dogmáticos jurídicos existentes sobre la materia sobre la constitucionalización del derecho, que contrastan el estudio de autores positivistas como Kelsen, Ross, cuyas teorías son punto de partida en la narrativa legalista.

Lo anterior dentro del componente analítico pues se pretende explorar a través de una posición doctrinal el punto de colisión entre la jurisprudencia administrativa y constitucional en aras de cimentar empíricamente las afirmaciones presentadas que demuestran la resistencia del Consejo

de Estado, Subsección B de la Sección Segunda frente al constitucionalismo y a la aplicación de derechos fundamentales sobre la legalidad (Sarabia, 1999 citado en Martínez Carazo, 2006, p. 170) (Yin R, 1994)

En esta instancia es necesario aclarar que en este trabajo no se pretende elaborar un estudio analítico de la fórmula política de un estado constitucional, neoconstitucional o Estado Social de Derecho, sino tan solo un análisis jurídico desde la teoría constitucional del papel del operador jurídico, cuyos supuestos el lector, sabrá analizar claramente. La importancia de esta investigación y aporte al conocimiento jurídico radica en que, como lo afirma Quinche (2002) es lamentable que los estudios sobre la interpretación de la Constitución de 1991 en el Derecho administrativo han sido escasos.

5. HIPÓTESIS

Se parte de la necesidad de la motivación de los actos administrativos de desvinculación del cargo de los servidores públicos que prestan funciones directamente relacionadas con la seguridad del Estado, esto es Fuerzas Militares, Policía Nacional e INPEC, debido a que (i) se sustenta constitucionalmente en el artículo 29 superior, que en virtud a la constitucionalización del derecho materializa el Estado Social de Derecho (ii) La disparidad de decisiones adoptadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, generan un ambiente de falta de certeza a los asociados.

CAPÍTULO PRIMERO: DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES

En el presente capítulo se procederá a exponer (I) en primera medida la antología doctrinal sobre el retiro de empleados públicos por medio de actos discrecionales. Después (II) se procederá a trificar los empleos públicos, para así analizar su forma de desvinculación a través de un estudio de su sustento legal y el desarrollo jurisprudencial. Se empezará con los funcionarios de (III) libre nombramiento y remoción, posteriormente (IV) provisionalidad y encargo y (V) se cierra con la carrera administrativa.

La finalidad de este capítulo es analizar, bajo los lentes de la constitucionalización del derecho y el principio de interdicción de arbitrariedad, el devenir jurisprudencial entre el Consejo de Estado, en sus diferentes secciones y la Corte Constitucional. Lo anterior, con el fin de avizorar las discrepancias de posiciones entre estas Corporaciones, lo que en últimas, genera incertidumbre jurídica.

1.1. ANTOLOGÍA DOCTRINAL SOBRE EL RETIRO POR MEDIO DE ACTOS DISCRECIONALES

Para efectos de retirar del servicio a un servidor público existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano dos vías. De un lado, como lo refiere López - Paneque (2006) se presenta la potestad reglada y del otro la potestad discrecional de la administración pública. La primera, exige expresar los motivos en el cuerpo del acto administrativo, por ejemplo, los procesos sancionatorios de carrera administrativa.

Dicha potestad no es tan polémica como la segunda- la discrecional- debido a las implicaciones y colisiones que presenta con la constitucionalización del derecho en especial con el derecho fundamental al debido proceso.

La controversia se suscita porque la potestad discrecional de retiro se sustenta en el interés público, y está prácticamente exenta de procedimiento (Lopez-Paneque, 2006, Torres,1995), situación que

contraría sendas garantías y principios constitucionales, pues puede desembocar en decisiones arbitrarias.

Como el Consejo de Estado, los defensores de la tesis de la discrecionalidad basada en la legalidad, como Valdés-López (2009), postura que no se comparte, consideran que para los cargos de libre nombramiento y remoción, el retiro no necesita motivación, solamente basta la insubsistencia en razones del servicio sin especificar cuáles. Por el contrario, con la motivación se expresa desde un criterio valorativo las razones que fueron tenidas en cuenta para adoptar la decisión aplicando las normas que le permiten ello (Marín Hernández, 2014). Sin embargo, argumenta Marín que para los cargos de carrera administrativa ocupados por personal en provisionalidad sí se requiere de motivación, como la expresión de los motivos que la fundamentan, en el acto discrecional de retiro.

Guevara-Carrillo (2006) y Torres-Fernández (2009) comparten la posición de Marín. Torres Fernández manifiesta que el retiro discrecional debe ser impuesto bajo los límites dispuestos en la ley, y que para ello es suficiente aducir razones del servicio, se reitera, no se comparte esta tesis, en el entendido que dicha valoración y apreciación solamente se considera efectuada obedeciendo a las reglas de la moral, bienestar colectivo, interés público, y utilidad pública dejando de lado el debido proceso.

Para Sánchez Gutiérrez, el acto discrecional es una libertad plena del nominador que no necesita exponer los móviles en que se inspira, sino que está respaldado por el carácter subjetivo discrecional, el cual es fundamentado en el interés de la colectividad. Razón por la cual el legislador le ha reconocido un espacio permisivo a la administración (Sánchez Gutiérrez, 2002).

Los poderes discrecionales, generalmente no se ejercen caprichosamente, o para satisfacer intereses personales, clientelistas o de animadversión, todo lo contrario, se despliegan por razones atinentes al servicio, así lo refiere Expósito Velez (2011, p. 23). Razón por la cual, si lo defendido no es el interés general, de contera el acto discrecional de retiro se convierte en ilícito y se demandaría por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por encontrarse vicios en su contenido.

De otro lado, Marín (2007) ejecuta un análisis del acto discrecional desde una de las causales de nulidad como lo es la desviación de poder, si bien alega que no es fácil identificar dicha causal en

un acto discrecional inmotivado, si habrá una mayor claridad para el juez hacerlo en un acto discrecional motivado. Afirma que ciertamente en el acto demandado existen una serie de intereses de tipo arbitrario que aquejan la voluntad administrativa y por lo tanto constituyen una desviación de poder. (Marín, 2007)

De igual manera, Pierry-Arrau (1984) en su estudio de los actos discrecionales dentro del marco teórico de la desviación de poder, afirma que siempre y cuando dicho poder discrecional se adhiera a los principios al interés público dichas decisiones no podrán ser anuladas por el juez al estar consagradas en una disposición legal, postura que desconoce los intereses de la persona declarada insubsistente, solamente centrado en el interés de las instituciones.

No obstante lo anterior, para la presente tesina, en el entendido que dicha facultad no obedezca al interés general correspondería decretar la ilegalidad por desviación de poder, como por ejemplo, cuando se acuden a motivos como el orden político, o religioso. En el derecho comparado Mesquida Sampol (2003); Vivern- Mayrata (1992) comparten tal postura.

Posición que es compartida al igual por Ortíz-Nieto, Rodríguez- Ocampo y Perdomo-Perdomo (2011), toda vez que dentro de un Estado constitucionalizado, el derecho fundamental del debido proceso ha sido uno de los principios de gran relevancia establecidos en la Carta Política de 1991 que inclusive, fue introducido en la dogmática de la Ley 1437 de 2011 que no estaba consagrado en el anterior Código Administrativo o Decreto 01 de 1984 no lo consideraba (Carvajal-Bernardo, 2010, Sánchez-Gutiérrez, & Gozaíni-Osvaldo, 2002).

Ya analizada la postura doctrinal, se dedicarán líneas para estudiar la forma de desvinculación de los diferentes empleados públicos, clasificados en tres, los primeros serán los de libre nombramiento y remoción; segundo los de encargo y en provisionalidad, finalmente los de carrera administrativa.

1.2. DESVINCULACIÓN DE FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Existen ciertos cargos en los cuales, por disposición legal, se ha expresado que los actos administrativos de desvinculación o insubsistencia del nombramiento no necesitan motivación. Entre estos se ubican los de libre nombramiento y remoción.

El Decreto 1732 de 1960 bifurcaba los empleos públicos. De un lado, consagraba los de carrera administrativa, como regla general, y de otro lado, los de libre nombramiento y remoción, como excepción. Dicho decreto fue derogado por el Decreto 2400 de 1968, el cual modificaba las normas que regulan la clasificación de los empleos.

El Decreto 2400 de 1968 en su artículo 26 consagra el nombramiento para ocupar un empleo del servicio civil, que no perteneciera a uno de carrera administrativa. En dicho evento, podía "ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deb[ía] dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida" (Decreto 2400, art. 26, 1968).

El Decreto 1950 de 1973 en su artículo 107 consagra la "facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados", más adelante dispuso que debido a que se trata de una facultad discrecional, dichos empleos deben estar señalados explícitamente por parte del legislador, por su carácter subjetivo. Lo anterior, toda vez que la escogencia del colaborador atiende a motivos personales o a razones de confianza, o en otras palabras a una relación *intuitu personae*.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 909 de 2004, concerniente a la forma de retiro por medio de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción. El artículo 41 estableció que la competencia para el retiro del servicio " es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado". "(Ley 909, Art 41, 2004).

Recientemente con la expedición del Decreto 648 de 2017 por el cual se modificó y adicionó el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública 1083 de 2015 modificadorio de las provisiones de empleos públicos y causales de retiro en su artículo 2.2.11.1.2 estableció que "en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario,

sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados". Se observa que guarda igual relación en cuanto a la no motivación de los cargos de libre nombramiento y remoción que no cumplan con protección especial constitucional.

1.2.1. Posición del Consejo de Estado

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, en sentencia con radicado nro. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006 al aseverar que:

La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. (Consejo de Estado, 2002-00188-01, 2006)

En este sentido, obsérvese como el Consejo de Estado respalda su decisión acudiendo al principio de legalidad y al buen servicio como materialización de la función pública. Deja de lado en su argumentación los principios de publicidad, y debido proceso, basándose en la presunción de legalidad que goza el nominador.

De igual forma dicha Corporación en posterior sentencia ratificó su línea jurisprudencial al indicar que el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia nro. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008, afirmó que:

En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la

justificación del retiro debe propender por (sic) la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública. Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio. (Consejo de Estado, Sección Segunda, 4425-2004, 2008)

En las referidas providencias se expone que puede ser desvirtuada a través de prueba en contrario, lo cierto es que le impone dicha carta al administrado, que de cierta manera se encuentra en situación de desventaja ante la Administración, a consecuencia de la relación de poder. Sobre este argumento se ahondará en el acápite relativo a las razones jurídicas que justifican la necesidad de motivación.

Más adelante en providencia del 8 de mayo de 2008 aseveró que el nominador goza de una amplia facultad o margen de libertad al ser representante de la Administración, para que elija a los funcionarios que a su juicio desempeñen una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han confiado, "por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo". (Consejo de Estado, 2447-07, 2008)

Desde la posición de este trabajo investigativo, si bien la postura del Consejo de Estado, se ha flexibilizado en situaciones de población con especial protección constitucional, esto indica que de un lado reconoce las posturas superiores de la Corte Constitucional y no se vislumbra una rigurosidad en sus decisiones. Lo cierto es que, por una disposición legal explícita y por los motivos y razones que fundamentan los empleos de libre nombramiento y remoción, la motivación desnaturalizaría su fin mismo, es decir, la confianza. Situación que inclusive, se comparte por la Corte Constitucional como se observará a continuación.

Tabla 1. Gráfica “telaraña” postura del Consejo de Estado sobre retiro de empleados de libre nombramiento y remoción

<p>¿Según el Consejo de Estado, deben los nominadores de empleos de libre nombramiento y remoción motivar los actos administrativos de retiro del cargo?</p>		
<p>No hay deber de motivar basado en el principio de legalidad y buen servicio, el acto de retiro se puede controvertir en sede judicial, aunque la carga de la prueba es del afectado. El interés particular cede ante el general.</p>	<p style="text-align: center;">  S. 00188-01/06  S. 4425-04/08  S. 2447-07/08 </p>	<p>Se deben motivar los actos de retiro, con base en el principio de publicidad y debido proceso.</p>

1.2.2. Posición Corte Constitucional

En Sentencia T 686 de 2014, la Corte determinó en una postura que no tiene grandes reparos y ha permanecido uniforme que, el acto de desvinculación no requiere motivación por pérdida de confianza. En esa oportunidad manifestó que los actos administrativos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, toda vez que la escogencia de quien va a ocupar el cargo, obedece a motivos personales o de confianza.

En tal sentido, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que con ello quiera decir que se está vulnerando algún derecho fundamental, siempre y cuando no se produzca arbitrariedad. Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia SU003 de 2018, unificó jurisprudencia en relación con los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, y concluyó que estos no gozan de estabilidad laboral reforzada, y reiteró la postura del precedente anterior.

Si bien, esta tesis de la Corte Constitucional es relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, no se puede olvidar que el objeto del presente estudio es la desvinculación de funcionarios que prestan funciones de seguridad del Estado que dista, ostensiblemente en cuanto a las características de vinculación de cargo, de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, verbigracia aquellos, ingresan al servicio por medio de un curso concurso, por virtud de sus méritos, y no por grado de confianza como ocurre con últimos, de ahí la diferencia en cuanto a su desvinculación y la crítica que se despliega en esta tesina.

La Corte Constitucional remite a los artículos 123 y 125 de la Constitución superiores y el artículo 5.2.a de la Ley 909 de 2004, para argumentar que a estos cargos les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte, de más alto nivel jerárquico en las ramas del poder público y los órganos de control. Argumenta que, como consecuencia de la alta calidad y elevadas responsabilidades, son empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, de contera de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. (Corte Constitucional, SU003, 2008) En ese sentido, sostiene que este tipo de empleos, que deben ser expresamente establecidos por el legislador, por el alto grado de confianza obedecen generalmente a razones políticas, reiterada en reciente sentencia de unificación SU691 de 2017.

Tabla 2. Gráfica “telaraña” postura de la Corte Constitucional sobre retiro de empleados de libre nombramiento y remoción

¿Según la Corte Constitucional , deben los nominadores de empleos de libre nombramiento y remoción motivar los actos administrativos de retiro del cargo?

<p>No hay deber de motivar por pérdida de la confianza, los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, y el nominador goza de discrecionalidad. Se motivan los empleados con situación constitucional reforzada</p>	<p style="text-align: center;">  ST-686/04  SU. 003/18  SU. 691/ 17 </p>	<p>Se deben motivar los actos de retiro.</p>
--	--	--

1.3. DESVINCULACIÓN EN PROVISIONALIDAD Y ENCARGO.

La desvinculación de empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa ha sido un debate que paulatinamente se ha desarrollado en la jurisprudencia colombiana y que tiene posiciones encontradas, de un lado se encuentra el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, que generalmente apela a la no obligación de motivación de los actos discrecionales por el principio de legalidad.

De otro lado se encuentra la Corte Constitucional, así como la Sección Tercera y la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que apelan por la protección inmediata del derecho a la defensa, contradicción, publicidad y el control social de los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula al servidor público.

Un empleado se encuentra en provisionalidad, cuando hay una vacante de manera temporal o definitiva en un empleo de carrera administrativa, que se suple con aquella persona que reúna los requisitos para desempeñarlo y, puede coincidir con el período de tiempo en el que surte el respectivo concurso de méritos para proveerlo.

Así lo indica Caicedo Gutiérrez al afirmar que “la naturaleza temporal del nombramiento en provisionalidad implica para el empleado, a diferencia del cargo de carrera administrativa, una permanencia efímera en el empleo”. (2014, p, 129). Por tal razón el ámbito jurídico que lo gobierna no puede ser equiparable con el de empleados de libre nombramiento y remoción del todo, o con empleados de carrera administrativa.

Al referirse a un empleado en encargo, se está hablando de una situación administrativa según el Decreto 2400 de 1968 y Decreto 1950 de 1973. En otras palabras, es un mecanismo de provisión de empleo. Como lo afirma Comisión Nacional del Servicio Civil en su concepto del 28 de mayo de 2013, desde la estructura normativa de la carrera administrativa se consolidó como un medio de movilidad vertical, temporal para los empleados que ingresaron por concurso. El encargo permite acceder a un empleo superior, con todos los beneficios que esta situación administrativa conlleva.

1.3.1. Posición Consejo de Estado

La postura del Consejo de Estado en torno a la declaratoria de insubsistencia de los empleados en provisionalidad o encargos en empleos de carrera administrativa no ha sido armoniosa. Específicamente hablando de las subsecciones de la Sección Segunda.

Antes del año 2003 la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado afirmaba que los funcionarios en provisionalidad gozaban de una "estabilidad restringida", en consecuencia, debía mediar acto administrativo motivado en aras de garantizar el debido proceso si la voluntad de la Administración era la de desvincularlo. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, 408-01, 2002; 4117-01, 2002; 118298-815-2000, 2002)

Después de la entrada en vigencia del artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 que consagraba "antes de cumplirse el término de duración del encargo, prórroga, nombramiento provisional, el nominador **por resolución motivada**, podrá darlos por terminados" (Decreto 1227, Art. 10, 2005, negrilla fuera del texto), el Consejo de Estado, en su Sección Segunda, Subsección A ratificó la postura precitada al exigir la motivación de los actos administrativos con posterioridad a la

expedición del referido Decreto. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, 0319-08, 2010; 0451-11, 2011)

En el caso de la Subsección B, la posición de la Sala era que no existía fuero de inamovilidad para dichos funcionarios, por tanto, quedaban sujetos a la potestad discrecional del nominador, cuya consecuencia era la desvinculación a través de providencia sin motivación. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 5093-01, 2002)

Para dicha Sala, como lo expone Rincón Córdoba, los empleados en encargo o en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, al estar en situación de interinidad no podían reclamar fuero de inamovilidad alguno, como quiera que, este solo puede reconocerse a las personas que han ingresado al servicio tras haber aprobado un concurso-oposición; cuando esta condición no se presenta, queda sometido a las decisiones discrecionales del nominador, esta situación en el punto de vista del Consejo de Estado es ajustada derecho, así como la no obligación de ofrecer los motivos que sustentan su decisión. (Rincón Córdoba, 2014)

En el año 2003 la Sección Segunda unificó la jurisprudencia, acogiendo la postura de la Subsección B, postura que se mantenía hasta la entrada en vigencia del artículo 10 del Decreto 1227 de 2005. En esa oportunidad aseveró que “cuando se remueve a esta clase de personal [vinculado en provisionalidad], sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables”. (Consejo de Estado, Sección Segunda, 4972-01, 2003)

Esta postura se ratificó en sentencia del 19 de octubre de 2006 (Consejo de Estado, 3934-05, 2006) la cual, se fundamentó en el artículo 107 del Decreto 1850 de 1973 que rezaba "Podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados" (Decreto 1850, Art. 107, 1973). Se reitera que esta postura se adoptó en una situación anterior a la entrada en vigencia del Decreto 1227 de 2005

A juicio de Marín Hernández (2014, p. 465) resulta equivocada tal posición al considerar que dicho artículo fue derogado tácitamente por el artículo 35 del Decreto-Ley 01 de 1984 que exigía

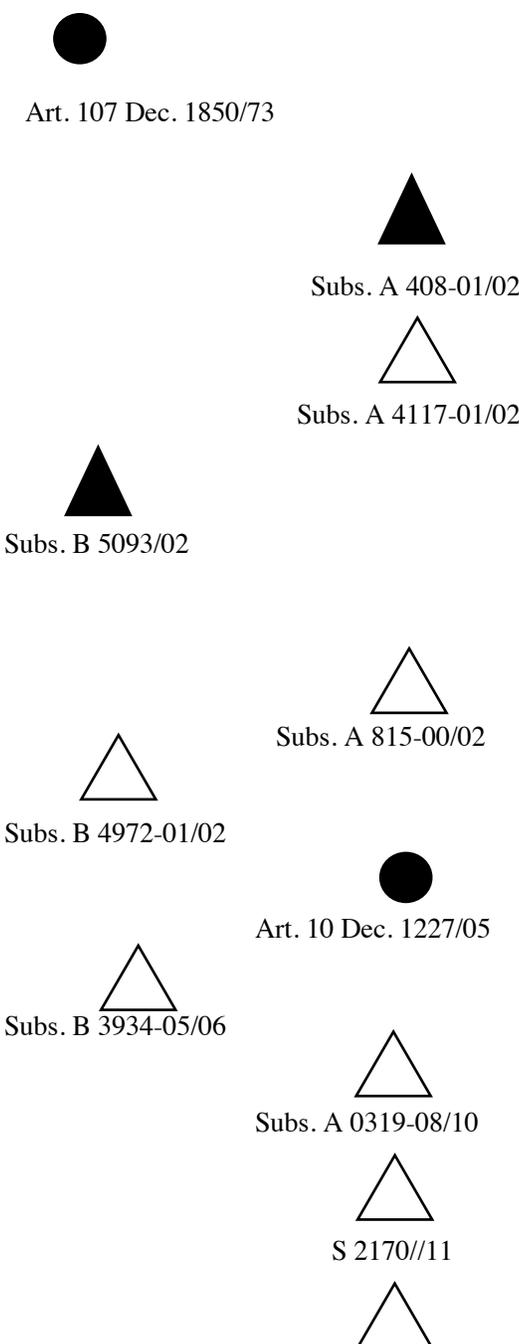
motivación así fuera sumaria para los eventos en los cuales los particulares se pudieran ver afectados por la decisión, lo cual fue reiterado e inclusive reforzado por el artículo 42 del CPACA, pues en este se expresa la obligación de motivar de manera pura y simple.

Adicionalmente, en un punto sumamente interesante, afirma que el apego al artículo 107 del Decreto 1850 de 1973, aparte de hacer acudir a la persona destituida a la jurisdicción como consecuencia del puro ritualismo, pone al ex funcionario ante la difícilísima situación de tener que hacer frente a la generalizada postura jurisprudencial, aplicada casi sin ambages por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de conformidad con la cual la carga de la prueba dentro del proceso judicial, encaminada a desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña al acto de desvinculación, debe asumir por entero el demandante, quien se verá ante la kafkiana situación caracterizada por deber hacer acopio de material probatorio encaminado a cuestionar las razones de la administración para desvincularlo pero desconociéndolo por completo (Marín Hernández, 2014, p. 466).

En dicha providencia, (3934-05) el Consejo de Estado considera que el servidor público retirado del servicio mediante acto administrativo inmotivado tendrá la posibilidad de conocer las razones en sede contenciosa, con lo cual, sus derechos a la defensa, contradicción, debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia se encuentran respaldados.

Es necesario anotar que tal situación contraría los presupuestos de la dignidad de un Derecho Administrativo civilizado como lo refiere Vedel (1980), es un sinsentido que para tener conocimiento de las razones del retiro se tenga que acudir a la vía contenciosa. Que se complementa con la afirmación de Navarro González (2017) cuando afirma que el deber de motivación es una "garantía mínima pre contenciosa". Finalmente, si bien es cierto antiguamente se permitía la falta de motivación, actualmente la postura pacífica es que se requiere. (Consejo de Estado, 0355, 2012; 1023, 2014; 3660, 2004; 0377, 2015; 3651, 2013; 2170, 2010; 2698, 2011).

Tabla 3. Gráfica “telaraña” postura del Consejo de Estado sobre retiro de empleados en provisionalidad.

<p>¿Según el Consejo de Estado los funcionarios en provisionalidad en cargos de carrera administrativa deben ser retirados del servicio mediante acto motivado?</p>		
<p>No hay deber de motivar acto de desvinculación de cargos en provisionalidad debido a que estos empleados no gozan de fuero de inamovilidad, en consecuencia, quedan sujetos a potestad discrecional del nominador.</p> <p>Sin embargo, puede conocer las razones del acto en sede contenciosa.</p>	 <p>Art. 107 Dec. 1850/73</p> <p>Subs. A 408-01/02</p> <p>Subs. A 4117-01/02</p> <p>Subs. B 5093/02</p> <p>Subs. A 815-00/02</p> <p>Subs. B 4972-01/02</p> <p>Art. 10 Dec. 1227/05</p> <p>Subs. B 3934-05/06</p> <p>Subs. A 0319-08/10</p> <p>S 2170//11</p>	<p>Gozan de la estabilidad reforzada que gobierna al cargo.</p>

	<p>S 0451//11</p>  <p>S 2698//11</p>  <p>S 0355//12</p>  <p>S 0377//15</p>	
--	---	--

1.3.2. Posición Corte Constitucional

La desvinculación de los cargos en provisionalidad se ha venido desarrollando por medio de la vía jurisprudencial. En tal medida, la Corte Constitucional en la Sentencia de unificación SU 917 de 2010 unificó diversas controversias jurídicas en relación con la falta de motivación del acto administrativo en el que se trata la desvinculación de funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

De igual forma dicha providencia trató lo concerniente a la "discrecionalidad relativa y la excepción de motivación de actos administrativos" (*ibíd.*), correlativo al "vicio de nulidad por falta de motivación de los actos de retiro de cargos en provisionalidad" (*ibíd.*), así como "la procedencia de la acción de tutela contra providenciales judiciales que desconocen el inexcusable deber de motivar los actos administrativos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad" (*ibíd.*).

Asimismo, sentó las bases sobre el deber de motivación de los actos administrativos de insubsistencia o retiro de los funcionarios que ejercen un cargo de carrera administrativa en provisionalidad o encargo. Sus argumentos se centraron en que si bien, su acto de retiro - funcionario en provisionalidad o encargo- no puede predicársele estabilidad laboral propia de los derechos de un servidor público en carrera, ello no obsta para que el nominador, en cualquier caso, tenga el deber de motivarlo. (Corte Constitucional, SU917, 2010)

De la misma forma, el funcionario destituido, "conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión" (*ibíd*, párr. 12). La carencia de motivación de dichos actos genera *per se*, un vicio de nulidad. Primero, afirma la Corte Constitucional, se quebranta el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), de otro lado, desconoce otras normas superiores jerárquicamente como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), "el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva".(Corte Constitucional, SU917, 2010, párr. 15)

Como lo menciona Rincón Córdoba (2014), para el juez constitucional, el derecho a la estabilidad en el empleo que se consagra en el artículo 53 superior, se puede aplicar a los empleados nombrados en provisionalidad, sin embargo, hay que anotar que, dicho precepto constitucional, es un mandato para el legislador, no para todas las ramas del poder público así se haya entendido de esa manera por parte de la jurisprudencia, aunque es de gran relevancia en la situación objeto de estudio. En consecuencia, la afectación de esta garantía solo puede presentarse si convergen motivos de interés general, los cuales deben plasmarse en el acto administrativo de desvinculación.

La postura que actualmente la Corte mantiene, y que ha defendido a lo largo de 11 años es la de la diferenciación entre discrecionalidad y arbitrariedad, argumenta esta postura manifestando que la motivación de los actos administrativos de retiro del cargo en provisionalidad es obligatoria en aras de garantizar los derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.

En este sentido manifestó que, si bien la postura de la Corte Constitucional es de una explícita motivación, para el Consejo de Estado dependiendo de la subsección considera que no tiene ningún fuero de estabilidad reforzada por tanto el retiro de los empleados de provisionalidad se somete a la discreción del nominador.

Inclusive en la segunda sentencia de unificación SU917 de 2010, consecuencia de los pronunciamientos del Consejo de Estado afirmó que, los funcionarios en provisionalidad

desvinculados de su cargo no deben necesariamente acudir a la jurisdicción contenciosa, debido a que el acto de retiro debía haber sido motivado, sino, acudir por vía de tutela para reclamar la protección de sus derechos vulnerados.

Para la Corte Constitucional la divergencia de posturas entre el Consejo de Estado y la Corte genera diferencia de trato, la cual afecta otros derechos fundamentales como el de igualdad, acceso efectivo de la administración de justicia, confianza legítima, la coherencia sistémica y la seguridad jurídica debido a que los asociados no pueden recibir un trato diverso según el juez natural del proceso. De igual forma asevera que dicha divergencia desconoce tanto el principio de confianza legítima como los artículos 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Corte Constitucional, T-251, 2009)

Frente a la misma situación Rincón Córdoba adujo que el juez constitucional y el administrativo ofrecen soluciones diametralmente opuestas ante un supuesto de hecho idéntico, situación que genera problemas de inseguridad jurídica (2014).

1.4. DESVINCULACIÓN DE FUNCIONARIOS DE CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN PROPIEDAD

Con la finalidad de entender en contexto la desvinculación o declaratoria de insubsistencia de funcionarios de carrera administrativa, es menester dedicar ciertas líneas a la finalidad de esta figura de vinculación laboral estatal. En primera medida, es de observar que, los cimientos de un régimen de carrera administrativa están basados en la consecución de un "aparato burocrático idóneo, técnico, eficiente y eficaz, comprometido con los fines esenciales del Estado".(Corte Constitucional, SU917, 2010).

Una de sus finalidades es la garantía de la estabilidad laboral del administrado, como consecuencia del desempeño exitoso, un concurso de méritos entendido abierto y transparente, ajeno a consideraciones políticas, partidistas, y clientelistas-bien sea que haya quedado de primero o en lista de elegibles-. Todo lo contrario, se fundamenta en el principio constitucional de "igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública" (ibíd.).

Sin embargo, integrar el referido aparato burocrático idóneo ha tenido varias complicaciones y ha tomado su tiempo, debido a la difícil implementación práctica. En un principio la Constitución de 1886 dejó en manos del legislador la implementación de este sistema meritocrático, a través de la Ley 165 de 1936 que establecía sus parámetros. Sin embargo, dos décadas después fue elevado a jerarquía superior por medio de una reforma constitucional consecuencia del plebiscito de 1957 en materia de la Carrera Administrativa y del Régimen del Servicio Civil.

Como se anotaba en anterioridad, el Decreto 2400 de 1968, modificó las normas que regulaban la clasificación de los empleos. En su artículo 26 inciso primero señaló que los nombramientos de funcionarios de carrera administrativa, únicamente serían declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, el Constituyente consolidó la importancia de la carrera administrativa y el mérito "como principal forma de provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado" (Corte Constitucional, SU917, 2010).

Para la Corte Constitucional, (C-501, 2005) en virtud del precitado principio consagrado en los artículos 53 y 125 constitucionales, principios orientadores de la función administrativa, todos los funcionarios de carrera administrativa, independientemente si son del sector público o privado, son acreedores de una "expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales", idea que recoge de providencia anterior. (Corte Constitucional, C-479, 1992).

Se entiende dicho principio como "la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo" (Corte Constitucional, C-479, 1992). En efecto, su finalidad es la de evitar la discrecionalidad de la autoridad administrativa para destituir a los funcionarios de carrera.

Lo anterior no quiere decir que este principio de estabilidad laboral, que no es lo mismo, al principio de estabilidad reforzada de personas en situación especial como madres cabeza hogar, mujeres embarazadas, o retén social-, se oponga a la posibilidad de que sean estatuidas causales de separación del cargo para aquellos servidores que no cumplan con las labores encomendadas. (Corte Constitucional, C-023 de 1994; C-048 de 1997)

Tabla 4. Gráfica “telaraña” postura de la Corte Constitucional sobre retiro de empleados en propiedad.

¿Según la Corte Constitucional, se deben motivar los actos de retiro de empleados vinculados por carrera administrativa?		
<p>En virtud de los principios de los artículos 53 y 125 constitucionales los empleados vinculados por mérito dentro del marco de la carrera administrativa gozan de expectativa cierta y fundada de conservar el empleo, por tal razón se debe indiscutiblemente motivar.</p>	<p style="text-align: center;">● Art. 53 y 125 CN</p> <p style="text-align: center;">▲ C-479/92</p> <p style="text-align: center;">△ C-501/05</p> <p style="text-align: center;">△ SU 917/00</p>	<p>No se debe motivar</p>

CAPÍTULO SEGUNDO: MOTIVACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECIDEN LA DESVINCULACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS QUE DESARROLLAN LABORES RELACIONADAS DIRECTAMENTE CON LA SEGURIDAD DEL ESTADO

En este acápite se desarrollará en específico la desvinculación de los empleados escalafonados en carreras administrativas especiales como las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el INPEC, los cuales cumplen funciones relacionadas con la seguridad del Estado y son retirados por actos discrecionales y por el gobierno nacional o su Director General.

La escogencia de este tipo de empleados públicos se debe a la controversia jurisprudencial que se suscita especialmente entre el Consejo de Estado en algunas de sus subsecciones y la Corte Constitucional, se aclara que no se hará alusión a empleados que son llamados a calificar servicios, pues es una controversia diferente, que desde ya, se critica a la Corte Constitucional que por medio de la Sentencia de Unificación SU-091 de 2016, viró su precedente jurisprudencial y concluyó que para el retiro de estos funcionarios no se requería de motivación, sin embargo su decisión se mantuvo respeto de los miembros retirados por actos discrecionales y por el gobierno nacional o su director general, que aún no son llamados a calificar servicios, tema objeto de estudio.

El análisis se bifurca: de un lado, se estudiarán las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y de otro lado, el INPEC. El motivo radica en que, en el desarrollo jurisprudencial de los primeros, ambas Cortes han tenido posiciones distantes, en cambio en el último, su posición ha sido más armonizada. Con ello, se observa que ante un grupo similar, es decir, el de empleados que cumplen funciones relacionadas con la seguridad del Estado y son retirados por actos discrecionales y por el gobierno nacional o su director general, que aún no están llamados a calificar servicios, se presenta una discrepancia de posturas entre las Altas Cortes, como se desprende de varios de sus pronunciamientos, que si bien con el paso del tiempo se ha armonizado, del estudio se desprende que la diferencia sostenida en el tiempo de posturas, ha llevado a una falta de certeza y seguridad jurídica para los retirados del servicio.

2.1. Fuerzas Militares, Policía Nacional

La Ley 857 de 2003, en su artículo 4 consagró el retiro de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, allí estableció que puede proceder por llamamiento a calificar servicios, o voluntad del Gobierno Nacional o del director general de la Policía Nacional, por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los oficiales o el director general de la Policía Nacional para el caso de los suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando sea de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los suboficiales. (Ley 857, arts. 2 y 4, 2003)

Para el caso de las Fuerzas Militares, el artículo que hace lo propio es el 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, el cual establece que el retiro del servicio de las Fuerzas Militares es la situación administrativa en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. Dichos retiros, se someterán al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Dicho artículo se complementa con el 104 del Decreto 1790 de 2000, que consagra el procedimiento para el retiro discrecional en el caso de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual requiere del aval previo del Comité de Evaluación. Este dispone que, por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales con cualquier tiempo.

Como se observa, el retiro de los miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Militares por disposición legal se materializa a través de actos administrativos discrecionales, en cualquier tiempo y aduciendo a las razones del servicio, sin constar motivación o fundamentación adicional a ello, en virtud del poder discrecional que los nominadores poseen.

Sin embargo, si se observa frente a la constitucionalización del derecho, en la cual la dogmática jurídica es el eje central del Estado Social y Democrático del Derecho, además del principio de

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que se cristaliza con la motivación como garante del principio de publicidad, igualdad y transparencia, además de los derechos de defensa y contradicción del desvinculado que le proporciona una coherencia sistémica y una seguridad jurídica, se ha de analizar su desarrollo jurisprudencial.

2.1.1. Posición de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, como ocurre con el retiro de funcionarios en provisionalidad y encargo, conserva una postura garantista de los derechos fundamentales, especialmente el del debido proceso, en relación con la potestad discrecional de los nominadores inscritos en el régimen especial de carrera administrativa de las Fuerzas Militares y de Policía, frente a retiros discrecionales y retiros por parte del gobierno nacional y Director General.

No sucede lo mismo con los miembros llamados a calificar servicio, pues en sentencia de unificación SU091 de 2016 consideró que no se debían motivar los actos administrativos de retiro, pues esta situación se enmarcaba dentro de una renovación de cuerpos armados que garantizaba la dinámica de la carrera militar o policial, motivación que desnaturalizaría la figura misma.

En Sentencia C-525 de 1995, el máximo Tribunal Constitucional, avaló conforme a la Constitución, la potestad de retiro excepcional del servicio, por considerar que la declaratoria de insubsistencia por parte del nominador cuando viene de la Dirección General de la Policía, justificaba la discrecionalidad por sustentarse en las razones de servicio, es decir, avalaba la carencia de motivación. Dicha postura, se reitera en las decisiones de las Sentencias C-193 de 1996, C-564 de 1998, C-1173 de 2005.

Más adelante, en la sentencia C-179 de 2006 al declarar exequibles los artículos mencionados, el 4 de la Ley 857 de 2003, y 104 del Decreto-ley 1790 de 2000, sobre el retiro discrecional de miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Militares, refirió que dicho ejercicio no es otro que el de garantizar el cumplimiento de las funciones de dichas instituciones, las cuales se relacionan con la Seguridad del Estado y de la ciudadanía.

Al respecto manifestó que, únicamente al cumplir esa finalidad, se evita que la facultad discrecional se torne en una potestad arbitraria, pues conlleva ajustarse a la racionalidad y razonabilidad, lo cual solo puede demostrarse a través de la motivación, en un cambio de postura más garantista. En consecuencia, el retiro discrecional debía ir acompañado de una sustentación de razones objetivas, razonables y proporcionales con el fin perseguido, pero sobre todo en garantía de los derechos del administrado. (Corte Constitucional, C-179, 2006)

Reiteró que, el ejercicio discrecional no implica una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes. Contrario a ello, ha de quedar “consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder” (Corte Constitucional, C-179, 2006)

En otra oportunidad, por medio de la sentencia T-955 de 2007, manifestó que todas las decisiones de las carreras especiales deben precederse de examen de fondo de los cargos que se invocan para el retiro, así como sus pruebas y fundamentos jurídicos. Posición avalada por la sentencia T-1173 de 2008 y la T 1168 de 2008 que refiere explícitamente que exponer los motivos en los actos administrativos discrecionales salvaguarda el derecho fundamental a la administración de justicia, pues le permite al ciudadano censurar la decisión.

Asimismo, en la sentencia T-829 de 2008, la Corte añadió que, la insubsistencia de un empleado de carrera especialísima, como los del objeto de estudio, pese a ser los actos administrativos discrecionales, en ningún caso están exentos de motivarse con el objeto de garantizar el principio de publicidad de tales decisiones, para que así el destinatario pueda controvertir tales decisiones ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Posición que fue ratificada por la sentencia T-205 de 2009.

En la sentencia T-569 del 29 de mayo de 2008, se hizo alusión a que el retiro de los precitados empleados obedece a la aplicación de una facultad discrecional motivada. En sentencia T-824 de 2009, reiterada por la sentencia T 265 de 2013, se hizo alusión a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, además de la debida motivación del acto de retiro. Dichos principios materializan el principio que estructura la presente investigación: "principio de interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos"

Este principio, según la Corte Constitucional (SC318,1995), si bien no se encuentra explícitamente en la Constitución Política de 1991, se desarrolla por medio de ciertos artículos consagrados en ella. En primer lugar, el artículo primero de la Carta Política enmarca el modelo de Estado colombiano, como uno Social de Derecho, en el cual prevalece el interés general, este último fundamento especial de la negatividad de la obligatoriedad de motivación en actos discrecionales.

Sin embargo, dicho “interés general” no fundamenta una discrecionalidad administrativa, como lo ve el Consejo de Estado, Sala Segunda, Subsección B. Todo lo contrario, excluye las decisiones caprichosas de los funcionarios, así lo argumenta la Corte Constitucional (SC318,1995). Porque, de no ser así, según Otero Parga (1995), el acto discrecional de retiro desviado de su fin incurriría en un vicio que debe ser fiscalizado por los jueces administrativos.

De otro lado, el artículo 2º delimita los fines del Estado y los objetivos o lineamientos a seguir por parte de las autoridades administrativas, lo que indica que sus actuaciones deben estar sujetas al cumplimiento de dichos valores constitucionales y no a satisfacer el arbitrio del nominador, como se dispone en el artículo 123 constitucional, el cual refiere que los servidores públicos se encuentran al servicio del Estado y de la comunidad, conforme a la Constitución, la ley y el reglamento.

En suma, el principio de interdicción de la arbitrariedad, consiste en que la potestad administrativa, y con más relevancia, la discrecional debe estar sometida al “principio de mensurabilidad” (Corte Constitucional, C-398, 1995), esto es, que en ningún caso la potestad es indefinida o ilimitada, sino debe sujetarse a lineamientos constitucionales dentro de un Estado Social de Derecho, en el que las competencias son regladas (Corte Constitucional, C-221/92), además de afines y proporcionales a los hechos que le sirven de causa.

Posteriormente, a través de la sentencia SU 053 del 12 de febrero de 2015, se unificaron todas las posturas relacionadas con la motivación de los actos de retiro, y en tal pronunciamiento la Corte Constitucional expresó que:

[N]o basta aducir en abstracto y para un conjunto más o menos amplio de personas, razones del servicio, pues en cada caso el retiro ha de ser objeto del análisis y de la

justificación que ponga al afectado en condiciones óptimas para controvertir el acto administrativo. La motivación es así, un presupuesto del derecho de defensa, por cuanto solo cuando se sabe a ciencia cierta cuál es la causa del retiro se puede recurrir o plantear con mayor acierto el problema ante los jueces competentes, cuya actuación se enfocará desde el principio en los motivos esgrimidos por la administración y no en desentrañar cuáles fueron esos motivos.

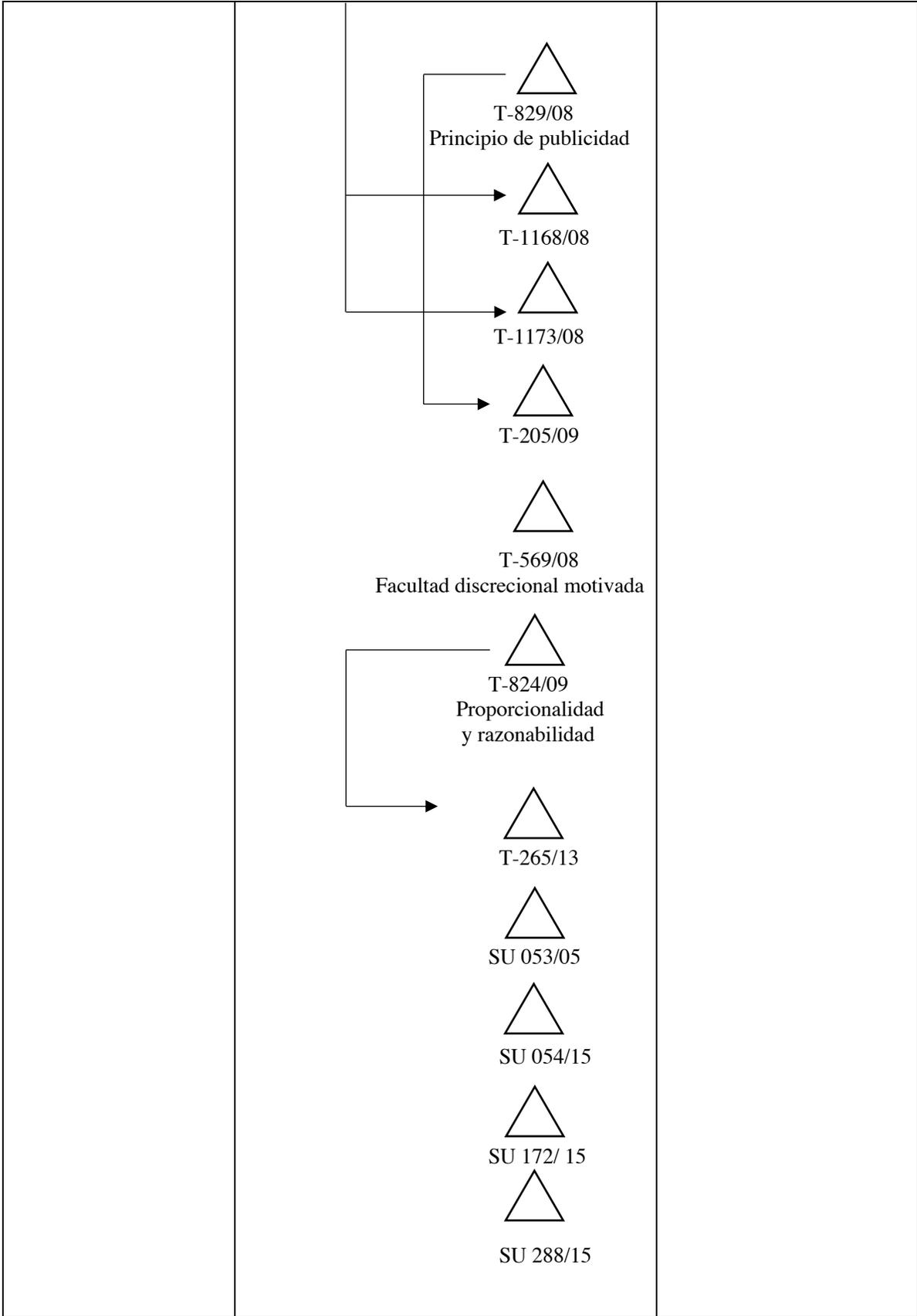
Para terminar, en la sentencia T-166 de 2016, recogió los pronunciamientos de las sentencias de unificación SU-053/15, SU-054/15, SU-172/15, SU-288/15, y afirmó que al tener en cuenta que la Carta Política de 1991 se erige como norma de normas, superior al ordenamiento jurídico, no puede el nominador aducir la aplicación de normas de inferior jerarquía o una interpretación que contraría la Carta para no motivar los actos "discrecionales de retiro", menos aún, se puede permitir que el administrado desvinculado de su cargo, ejerza su derecho de contradicción y defensa sin conocer las situaciones de hecho y de derecho que anteceden la decisión administrativa.

Finalmente, en Sentencia de Unificación SU-091 de 2016 la Corte Constitucional diferenció la situación jurídica entre los empleados que desempeñan funciones de seguridad del Estado que son, de un lado, retirados por acto discrecional de retiro, o retiro del gobierno nacional y director general, y de otro, los que son llamados a calificar servicios. En esa oportunidad manifestó que para los primeros existe un estándar mínimo de motivación, es decir ratifica la línea jurisprudencial.

Sin embargo para los segundos, vira su postura sobre que todo acto de retiro ha de ser motivado, y afirma que para los llamados a calificar servicios por cumplir ciertos requisitos, esto es, el tiempo mínimo de servicios, y ser acreedor de la asignación de retiro, no se deben motivar los actos, se aclara que el estudio en esta oportunidad se centra en los primeros, no obstante, llama la atención este viraje jurisprudencial. Para asumir esta postura la Corte apela a la renovación de cuerpos armados que garantizan la dinámica de la carrera militar o policial, en ese sentido, la motivación desnaturalizaría dicha figura.

Tabla 5 Gráfica “telaraña” postura de la Corte Constitucional sobre retiro discrecional, o del gobierno nacional o director general de miembros de carreras especialísimas que desempeñan funciones de seguridad del Estado.

<p>¿Según la Corte Constitucional, el acto de retiro discrecional, o del gobierno nacional o director general de miembros de carreras especialísimas que desempeñan funciones de seguridad del Estado debe ser motivado ?</p>		
<p>Sin motivar, se justifica en la discrecionalidad por sustentarse en las razones del servicio.</p>	<p>C-525/ 95</p> <p>C-193/ 96</p> <p>C-564/ 98</p> <p>Art. 99 Ley 1790 /00</p> <p>Art. 4 Ley 857 / 03</p> <p>C-1173/05</p> <p>C-179/06- Seguridad del Edo. y la Ciudadanía</p> <p>T-955/ 07 Examen de fondo de cargos y fundamentos jurídicos</p>	<p>Es necesario motivar, por medio de la sustentación de razones objetivas y proporcionales que persigan el fin ultimo por el que se retira, pero sobre todo, que se garanticen los derechos del administrado.</p> <p>Explícitamente, se deben exponer los motivos, en virtud del principio de publicidad, dentro de un marco de la facultad de discrecionalidad motivada.</p>



	 T-166/16  SU091/16	
--	--	--

2.1.2. Posición del Consejo de Estado

Este cuerpo colegiado considera que el retiro de personal uniformado o civil con funciones relacionadas con la seguridad nacional de las Fuerzas Militares y Policía Nacional comprende una potestad discrecional ejercida simplemente invocando genéricamente y sin necesidad de hacer referencia a presupuestos fácticos concretos, las "razones del servicio" como lo expone en sentencia del 07 de febrero de 2002 (3826-01).

Basa su pronunciamiento en la presunción de legalidad de todo acto administrativo, que, por tal motivo, queda relevada de la obligación de expresar y demostrar las razones que llevaron a decidir sobre la desvinculación del servidor público (Marín, 2016, p. 487). Como lo afirma Hugo Marín, la posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado, conduce a una absoluta situación de indefensión al afectado y lo somete a la exigencia de obtener una prueba diabólica de imposible consecución. (Marín, 2016, p. 487). Ello se predica, como se desarrollará más adelante, de la Subsección B, pues la Subsección A, de cierta forma ha sido garantista en ciertas ocasiones.

La postura primigenia del Consejo de Estado consistió en una apelación total a la discrecionalidad, de corte restrictivo en comparación con la segunda línea que se explicará a continuación. Ésta primera postura ratificó el argumento de que no era necesario expresar los motivos del acto y además, que el afectado debía demostrar la existencia de una desviación de poder bajo el principio de legalidad (Colombia, Consejo de Estado, 2054-08, 2009; 6408-05, 6207-03, 6961-05, 2007; 680012315000200100756 01, 05001-23-31-000-1998-00710-01, 0890-05, 3207-04, 2485-04, 5978-05, 8116-05, 4724-05, 2006).

Existe otro grupo de sentencias del Consejo de Estado más recientes o inclusive simultaneas con las de postura restrictiva frente al debido proceso. Este grupo de la Subsección A de la Sección Segunda se identifica por flexibilizar la posición férrea sobre la no aplicación de la motivación, en este caso refiere la obligación de la administración de analizar la hoja de vida de quien pretende desvincular (Consejo de Estado, S1407-00, 2001; 3274-2002, 2003).

Dicha postura asume que es indispensable motivar y fundamentar debidamente las decisiones administrativas, postura que igualmente adopta la Corte Constitucional, pese a que las mismas respondan al ejercicio de facultades discrecionales en aras de garantizar el debido proceso, derecho a la defensa, contradicción, acceso eficaz a la administración de justicia, y principalmente los principios constitucionales de publicidad, transparencia, moralidad y estabilidad en el empleo, tratándose de cargos de carrera administrativa, a los cuales se accede a través de concurso de méritos.

De esta manera, si al momento de analizar la hoja de vida previo retiro, existían méritos excepcionales con una antelación no muy amplia a la fecha del retiro, no resultaría coherente retirar al servidor (Benítez Rojas, 2010). Sin embargo, dicha postura fue modificada posteriormente sin motivo alguno. No obstante, se mantienen algunas restricciones muy fuertes al mismo y ciertos retrocesos con la línea hacia el corte restrictivo.

Sucede lo mismo cuando se está ante un ascenso, el cual en algunas ocasiones este Tribunal asumió que no era motivo suficiente para desvincular, inclusive cuando esté realizando un curso de ascenso de grado (Consejo de Estado, Sección 2, Subsección A, 2891-03, 2005; 2903-03, 2006). Claro está que dicha decisión no fue compartida por la totalidad de dicha Corporación (Consejo de Estado, sección 2, Subsección B, 4519-04, 2006).

Para el año 2009 el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en una tercera postura, viró tímidamente su posición sobre la defensa de los derechos humanos, en específico el derecho al debido proceso (Colombia, Consejo de Estado, 4743-2003, 2009). En este sentido, la Corporación en cabeza de la Subsección B, admitió que la garantía del derecho fundamental al debido proceso en los actos discrecionales, se efectúa 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 retiro.

Como se observa, la postura de ambas Cortes, inclusive de subsecciones del Consejo de Estado es distante, una más armónica, al conservar una línea sin tantas posiciones contrarias (Corte Constitucional) que la otra (Consejo de Estado), sin embargo, como se refería anteriormente, dicha discrepancia afecta la seguridad jurídica y certeza de los asociados, toda vez que, dos Corporaciones o inclusive Secciones de una misma Corporación poseen conceptos legales disímiles ante situaciones análogas.

En providencia reciente 2016-00387 de abril 7 de 2016, la Sección Segunda en su subsección B, unificó jurisprudencial al respecto, y sentó las bases de las nuevas decisiones diferenciando entre el llamamiento a calificar servicios y los retiros discrecionales por voluntad del gobierno nacional o el Director de la Policía Nacional. Al respecto manifestó:

Para los primeros, *llamamiento a calificar servicios* no es menester motivar, solamente se requieren dos requisitos, primero, cumplir el tiempo determinado de servicios, y segundo, ser acreedor de asignaciones de retiro. En este caso, el afectado puede acudir a la jurisdicción pero tiene la carga probatoria. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 00387, 2016)

Segundo, el *retiro discrecional* y *retiro por voluntad del gobierno nacional o director de la policía nacional*, requiere de expedición de un acto administrativo, previa recomendación mediante acta de Junta de evaluación correspondiente. El concepto de las Juntas Asesoras o Comités de Evaluación que hagan evidente las razones del servicio, deben ser puestas en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, para que puedan controvertirse en sede judicial.

Tabla 6 Gráfica “telaraña” postura del Consejo de Estado sobre retiro discrecional, o del gobierno nacional o director general de miembros de carreras especialísimas que desempeñan funciones de seguridad del Estado.

¿Según el Consejo de Estado, el acto de retiro discrecional, o del gobierno nacional o director general de carreras especialísimas que desempeñan funciones de seguridad del Estado debe ser motivado?

<p>No se deben motivar los actos administrativos de retiro discrecional o del gobierno nacional o director general, solamente basta anunciar genéricamente las “razones del servicio”. En tal medida, no es necesario expresar los motivos del acto.</p>	<p style="text-align: center;"> Subs. A S1407-00/01</p> <p style="text-align: center;"> Subs. B 3826-01/02</p> <p style="text-align: center;"> Subs. A 3274-02/03</p> <p style="text-align: center;"> Subs. A 2891-03/05</p> <p style="text-align: center;"> Subs. B 0890-05/06 Afectado deberá demostrar desviación de poder</p> <p style="text-align: center;"> Subs. B 3207-04/06</p> <p style="text-align: center;"> Subs. B 2485-04/06</p> <p style="text-align: center;"> Subs. B 5978-05/06</p> <p style="text-align: center;"> Subs. B 8116-05/06</p> <p style="text-align: center;"> Subs. B 4724-05/06</p> <p style="text-align: center;"> Subs. A 2903-03/06 Afectado en proceso de ascenso no hay motivo para desvincular</p> <p style="text-align: center;"> Subs. B 4519-04/06</p>	<p>Se flexibiliza la posición férrea de no motivación, y es deber analizar la hoja de vida, o en ciertos casos de ascenso, no se permite el retiro.</p>
--	---	---

	<p>Afectado en proceso de ascenso si se puede desvincular</p> <p style="text-align: center;">▲</p> <p style="text-align: center;">Subs. B 4743-03/09 En sede judicial debe el nominador exponer los motivos</p> <p style="text-align: center;">△</p> <p style="text-align: center;">Subs. B 00387/16</p>	
--	--	--

2.2. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO- INPEC.

En relación con los servidores públicos que prestan servicios de seguridad en el INPEC, la situación es más armoniosa en relación con los pronunciamientos de las dos Altas Cortes en comento.

2.2.1. Posición de la Corte Constitucional

La Sentencia C-108 de 1995 fue el primer pronunciamiento decisivo sobre el tema objeto de estudio proferido por la Corte Constitucional. En esta oportunidad, analizó la facultad atribuida por la Constitución Política al nominador del INPEC para retirar del servicio a servidores inscritos en su sistema de carrera en razón a la llamada "inconveniencia institucional" relacionada con la permanencia del cargo.

En la referida sentencia se relacionaron los casos de corrupción de la entidad justificada en el margen de la discrecionalidad que le permite al director general del INPEC remover del cargo a sus subalternos cuando su permanencia la considere inconveniente. En este caso, afirmó la Corte que, dicha facultad no le confiere al director potestades omnímodas ni libres, puesto que debe de todas formas respetar el debido proceso y la estabilidad de empleados de carrera penitenciaria y

carcelaria, y no obstante su retiro discrecional, debe ir acompañado de la motivación para todos los casos. La decisión se reitera en las sentencias C-565 de 1995, T 012 de 2003, T 1179 de 2003, T 1023 de 2006.

2.2.2. Consejo de Estado

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 7 de septiembre de 2006 (390-05) cuestionó la motivación asumiendo que el derecho de defensa se entiende satisfecho cuando se brinda la oportunidad de ser oído por la junta Asesora, sin que sea necesario motivar expresamente las razones del retiro.

Para la referida Sección Segunda solamente se requería el concepto favorable o desfavorable del retiro, sin que mediara motivación expresa. En el evento contrario, se contrarrestaría la facultad discrecional, pues motivos intrínsecos alusivos al buen servicio pueden justificar la decisión por razones de conveniencia. Por consiguiente, el acto de retiro tiene implícito la presunción de legalidad. (Consejo de Estado, Sección Segunda, 390-05, 2006)

Sin embargo, se presentó un giro copernicano en su postura. En la actualidad exige que las razones de desvinculación del funcionario del INPEC puedan ser controvertidas durante la actuación previa a la adopción de la decisión, inclusive hace alusión a la sentencia C-108 de 1995.

En suma, después del estudio de las decisiones jurisprudenciales tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, para los miembros de la Policía Nacional, Fuerzas Militares e INPEC, al unísono es claro la necesidad de una unificación de criterios en cuando a la motivación de los actos "discrecionales" de retiro.

TERCER CAPÍTULO: RAZONES SOBRE NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DE ACTOS DISCRECIONALES DEL RETIRO DE SERVICIO DE EMPLEADOS QUE CUMPLEN FUNCIONES DE SEGURIDAD DEL ESTADO

3.1. GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS EN UN ESTADO CONSTITUCIONALIZADO

Colombia es un Estado Constitucional, y por lo tanto, a juicio de Marín Hernández (2014) reúne cuatro particularidades fundamentales “imperio de la ley, separación de poderes, vinculación de la administración a la legalidad y respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales”. (2014, p. 456).

Este último elemento particular debe ser tenido en cuenta al motivar los actos administrativos, como quiera que, aparte de estos elementos en común, el elemento diferenciador del Estado de Derecho con el Estado Constitucional es que, en este último, como refiere Marín (2014), no puede predicarse ni incondicionada ni absoluta primacía legal. Además, la existencia del contenido material de la Constitución, integrado en buena medida de derechos fundamentales es un rasgo definitorio del Estado Constitucional. (*Ibíd.*)

Como lo recoge la Corte Constitucional en sentencia de Unificación SU-917 de 2010, la Constitución Política de 1991 fue la piedra angular en la innovación y cambios profundos en varios sentidos, pero sobre todo en la estructura administrativa. Especialmente debido a la influencia de los derechos fundamentales los cuales han llevado a repensar por completo la caracterización y conceptualización de la vinculación estatal.

Dicha norma de normas se aparta del “botín burocrático” conocido de antaño, en el cual el poder bien sea del nominador, o político cimentaba el destino de los empleos públicos tanto en su vinculación o desvinculación. En cambio, lo que se busca con la incursión de los derechos

fundamentales en esta materia es un enfoque participativo de los administrados, en el que sus garantías mínimas sean reconocidas, considerando los retos que debe afrontar el Estado "de cara a la globalización económica" (Corte Constitucional, SU 917, 2010, párr. 55).

Dicho enfoque participativo, garantiza que el ciudadano tenga el conocimiento de la voluntad administrativa, de esta manera como lo manifiestan sendos autores, salvaguarda la seguridad jurídica, debido a que, con la adecuada exteriorización de los motivos, independientemente de su vinculación, asegura la seriedad y rigor en la formación de la voluntad del Estado (Martin Mateo, & Diez Sánchez, 2009; Parada Vásquez, 2013; Cosculluela Montaner, 2016; Sánchez Morón, M., 2016; Parejo Alfonso, 2016 ; Martin Mateo, & Diez Sánchez, 2009) Postura que se comparte completamente.

Además, al pensar en la descongestión judicial, la motivación indicada juega un rol de "garantía mínima pre contenciosa" como afirma Navarro González (2017). Si se compara con los procesos sancionatorios, menciona el precitado autor, la falta de motivación comporta una lesión del derecho a la presunción de inocencia. (Ibíd.)

Al observarlo desde otro punto de vista, adicional a la garantía mínima pre contenciosa, como acertadamente lo afirma Vedel (1980), sería más adecuado con la dignidad de un Derecho Administrativo civilizado el que los asociados conocieran, sin necesidad de litigio, las razones de las decisiones adoptadas contra ellos. Incluso, según la postura adoptada en este trabajo investigativo, para los administrados es un sinsentido entablar recursos cuando son ignorantes de los motivos de dicha medida. Por ejemplo, en lo concerniente a los empleados que cumplen funciones de Seguridad del Estado, prácticamente las razones son por el buen servicio, sin una explicación ulterior.

3.2. TELEOLOGÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. – MOTIVACIÓN COMO ELEMENTO DE FONDO O ESENCIAL.

3.2.1. Motivación

En este acápite se expondrá en primera medida (I) La diferencia entre motivos y motivación, con la finalidad de centrar el objeto de estudio. Con ello se analizarán los (II) Fundamentos internacionales del deber de motivación. Para con ello, exponer (III) el debate sobre la naturaleza jurídica de la misma, y de esa manera determinar si se trata de un elemento de forma o de fondo del acto administrativo, y así sentar la postura que se defiende en el presente trabajo. En ese sentido, se reiterará la diferencia entre los conceptos de discrecionalidad y arbitrariedad.

3.2..1.1. Motivos vs Motivación

Los dos conceptos son nociones jurídicamente diferentes pero que se encuentran íntimamente ligadas, en ocasiones confundidas en el devenir jurídico. Sobre el presente, la doctrina ha dedicado líneas para definirlos y diferenciarlos.

Aróstica Maldonado entiende los motivos como las "condiciones y circunstancias de hecho y de derecho que posibilitan y justifican la emisión de un acto administrativo en conformidad con el Ordenamiento Jurídico" (1986, p. 500). De otro lado, manifiesta que la motivación es "la expresión de esos motivos en el acto administrativo, o (...), la consignación expresa y suficientemente explícita de los motivos en los "vistos" y "considerandos" de la decisión adoptada" (ibíd.)

Asimismo, Vergara Blanco refiere que los motivos "siempre existirán pues ellos constituyen la causa del acto administrativo" (2001, p. 348), los cuales en ninguna medida pueden ser ilegales o arbitrarios. En efecto, todos los actos obedecen a ciertos motivos como lo expone Rocha-Fajardo (2016). La motivación, de otro lado, expone Vergara Blanco, se consideraría aquel "motivo, fundamento o móvil, formalmente exteriorizado".

En ese sentido, son dos conceptos diferentes, de un lado -los motivos- son las razones que fundamentan la decisión administrativa como lo manifiesta Fernández (1994), que a juicio de Marín Hernández (2014, p. 475) se denomina "fundamentación", y otra distinta es la exteriorización de dichos motivos- que viene a ser la motivación.

Sin embargo tal distinción no ha sido del todo armónica, autores como Silva Cimma, consideran que dichas nociones son "sinónimos y significativos de las circunstancias de hecho y de derecho

que justifican la emisión del acto administrativo y que se expresan formalmente en su texto” (1995, p 112).

Para Rocha Fajardo, posición que se comparte en la presente tesina, la diferenciación es crucial, especialmente en lo que refiere a los vicios, debido a que al considerarlos sinónimos, implicaría aseverar que ante algún vicio en los motivos se presentaría indiscutiblemente un vicio en la motivación.

"Dicha postura resulta particularmente problemática para el caso del vicio de desviación de poder, error en los hechos, error en los motivos" (Rocha Fajardo, 2016, p. 65). Es de recordar que, según la Corte Constitucional, la falta de motivación, y no de motivos, lleva a una causal de nulidad autónoma por desviación de poder “cuando no hay una causa justificativa”, según la Corte Constitucional (T1240, 2004; SU917, 2010).

En la providencia del 2010, la Corte concluyó que, entre otros casos, respecto del acto de retiro de un servidor público que ejercía un cargo en provisionalidad, no podía endilgarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, empero, independientemente la situación fáctica, “el nominador contin[uaba] con la obligación de **motivarlo**, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. (SU917, 2010) Negrilla fuera del texto.

El proceso en primera instancia, declaró la nulidad del acto administrativo de remoción por falta de motivación, basado en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que indicaba que el acto de desvinculación de un cargo de carrera debía ser motivado, so pena de desviación de poder y de configurar causal autónoma de nulidad del acto administrativo inmotivado. (SU917, 2010)

En segunda instancia, se revocó la decisión por considerar que el juez de primera instancia desbordó el poder de interpretación de la demanda, toda vez que los argumentos en que sustentó el fallo no versaban sobre la desviación de poder alegada por el demandante, sino en la ausencia de motivación como causal de anulación del acto, tema que no fue planteado en la demanda. (SU917, 2010) Sin embargo, la Corte en virtud a la tesis de la motivación de un cargo de carrera,

revocó la decisión de segunda instancia, confirmando la teoría del juzgador cognoscente de primer grado. Ahora bien, cabe cuestionarse si ello ocurre ante los funcionarios que ejercen funciones de seguridad.

Se entiende que la motivación - objeto de estudio- como la exteriorización de los motivos que llevaron a la toma de la decisión administrativa. Sin perjuicio de que el retiro de los funcionarios que cumplen funciones de seguridad haya tenido unos motivos razonables. Lo que se discute, es la exteriorización de dichas razones, y su necesidad de plasmarlas en el acto administrativo como requisito esencial.

Delimitado el objeto de estudio, se procederá a ejecutar un análisis más amplio sobre el contexto y el tratamiento que se le otorga tanto en el escenario internacional como por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

3.2.1.2. Fundamentos internacionales del deber de motivación vs Arbitrariedad

La doctrina internacional sobre la motivación de los actos administrativos señala que se originó a principios del siglo XX (Jeze, 1928). A nivel global, el antiguo régimen español, -la Novísima Recopilación- ni siquiera consagraba la motivación para sentencias judiciales al considerarse incompatible con el crédito, reputación y prestigio de las autoridades.

Sin embargo, el régimen jurídico español innovó al respecto y promulgó la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 1889, en la que se exigió tímidamente la motivación. En efecto, los tratadistas García de Enterría y Fernández (1982), señalaron sobre los presupuestos de la referida ley su exigencia en la motivación en los actos discrecionales.

En los “Estudios sobre la Constitución Española”, Tomás-Ramón Fernández (1991), manifestó que la discrecionalidad no podía confundirse con la arbitrariedad de los poderes públicos, inclusive refirió que "son conceptos antagónicos" (Fernández, 1991, p. 2259). Dicho instrumento - la Constitución- diferenciaba lo que se consideraba resultado de la "mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, c[ontaba] con el respaldo (...) de una fundamentación que lo sostiene". (Ibíd., p. 2305)

Citando una Sentencia del Tribunal Español de 13 de julio de 1984, resalta el referido autor que:

Nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad. (Fernández, 1991, p. 2259).

De otro lado, el Código de Napoleón en el derecho francés se refería a la innecesidad de motivar los actos administrativos, con base en la discrecionalidad absoluta. Sin embargo, ya en la aplicación de tales argumentos en el escenario práctico fue evolucionando ante las arbitrariedades, como refiere Jéze (1928) al reseñar que en el Siglo XX se incluyeron restricciones a la mentada discrecionalidad.

Más allá del derecho español y francés, como lo recoge la Corte Constitucional en su sentencia de unificación SU-250 de 1998, es el sistema jurídico italiano aquel que respalda la figura jurídica de la motivación. La doctrina italiana señaló que en los actos administrativos son indispensables la causa legal o jurídica así como los móviles específicos que llevaron a la toma de la decisión.

La postura italiana fue acogida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1977, al recomendar a sus integrantes que “cuando un acto administrativo es susceptible de afectar a los derechos, libertades o intereses, el administrado debe ser informado de los motivos sobre los que se funda”. (Comité de Ministros del Consejo de Europa, Resolución 77, 1977). Esta información se materializa indicando los motivos en el propio acto, o a requerimiento del interesado, mediante comunicación escrita. (Ibíd.)

En suma, como lo relata Muñoz Machado, la característica principal de la motivación es que gravita en “una operación consistente en **justificar** la decisión administrativa constatando la concurrencia de los hechos en que se apoya y la legalidad que habilita las potestades que se

ejercen”, así "como explicar razonadamente la conexión que existe entre los hechos y la norma que se aplica”. (Muñoz Machado, 2011, p. 66, negrilla fuera del texto)

La Corte Constitucional (SU250, 1998) respalda dichas posturas doctrinarias cuando afirma que la necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, que a su vez salvaguarda el debido proceso, así lo enseña lo enseña Agustín Gordillo, citado por dicha Corporación, "de cualquier manera, en lo que respecta a los «actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos», es indiscutida e indiscutible la necesidad de una «motivación razonablemente adecuada.» "(Agustín Gordillo, 1995, X-2)

Ahora bien, ya que la motivación es un concepto relativamente moderno de justificación del acto administrativo, ¿Cómo ha sido acogido, y/o clasificado por la doctrina y la jurisprudencia dentro del escenario de la teoría del acto administrativo?

3.2.1.3. Naturaleza Jurídica de la Motivación. Elemento de Fondo vs Formal

3.2.1.3.1. Posición Doctrinaria

Existen dos posiciones claras en relación con la exigencia de motivar los actos administrativos. De un lado están los defensores que consideran a la motivación como un requisito de fondo, y de otro lado, quienes la consideran un requisito meramente formal. Como sustenta Navarro González (2017), la mayoría de la doctrina tradicional administrativa española considera que la motivación es un acto meramente formal (De La Vallina Velarde, 1967; Pi Suñer, 1972; Boquera Oliver, 1993, 1996).

Entendido como requisito formal, el máximo Tribunal Constitucional colombiano cita a Marienhoff, quien manifiesta que la motivación "no es otra cosa que un aspecto o ingredientes del elemento “forma” del acto administrativo : no es, pues, un elemento autónomo de dicho acto" (Corte Constitucional SU250, 1996)

La postura contraria enriquece el debate al considerar la naturaleza de la motivación como una nueva reformulación de la noción del acto administrativo, toda vez que "no puede ser asimilada a los simples requisitos de forma, por faltar en éstos y ser esencial en aquélla el significado, sentido o intención justificativa de toda motivación con transcendencia jurídica" (García-Trevijano Fos, 1991; Gallego Anabitarte, & Menéndez Rexach, 2001; Ponce Sole, 2001; Blanquer, 2010; Bocanegra Sierra, 2012; González Pérez & González Navarro, 2012; García De Enterría, & Fernández Rodríguez, 2015; Muñoz Machado, 2015; Gallardo Castillo, 2016). En consecuencia, la consideran como un elemento de fondo, postura que se comparte en el presente trabajo.

En este sentido, la motivación se pensaría "como elemento sustancial del contenido del acto, siendo (...) en sí misma justificativa". (Fernando Pablo, 1993, p. 232) Para García Trevijano (1991), su carácter esencial permitiría descubrir desviaciones de poder. Postura que comparte García de Enterría junto a Fernández al referir que, "la motivación, (...) es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo". (García-Trevijano Fos, 1991, p. 87) Al considerarse un elemento de fondo se entiende que ésta ha de ser suficiente para dar razón del proceso jurídico que determina la decisión.

Sin embargo, la postura sobre la necesidad de la motivación cada vez es menos armoniosa debido a que en Colombia, por disposición legal no está clara la necesidad de motivar el acto por medio del cual se retira del servicio a los servidores públicos que ejercen funciones de seguridad, todo lo contrario, apela a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que cuando es absoluta raya con la arbitrariedad. Debido a ello, el Consejo de Estado se apoya en el contenido explícito de ciertos artículos legales para considerar la no necesidad de dicha motivación, que como se observa tiene gran respaldo en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

De otro lado, como lo afirma Navarro González (2017) en su estudio sobre la motivación de los actos administrativos, la dogmática del negocio jurídico de derecho privado aplicada en el ámbito del derecho administrativo, resalta la posición crucial de la forma en cómo se percibe el acto administrativo. Dicha teoría de aproximación justifica la motivación como elemento formal en dos sentidos. El primero, se centra en el estudio de los elementos que componen el acto administrativo, el segundo, obedece a la función que ejecuta o le es encomendada. Sin embargo, al ser considerado

como un elemento formal, no tendría la virtualidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto de retiro.

Desde el primer sentido, la doctrina científica administrativista agrupa a la motivación como uno de los diferentes componentes del acto administrativo, por ejemplo, si es subjetivo, objetivo, causal, formal, entre otros. La agrupa en dichos elementos, con el fin de diferenciarla y analizarla en su individualidad, considerándola como un elemento formal. (Bocanegra Sierra, 2002; Entrena Cuesta, 2003; Martín Mateo & Díez Sánchez, 2009; García De Enterría & Fernández Rodríguez, 2015; Santamaría Pastor, 2016; Muñoz Machado, 2015; Cosculluela Montaner, 2016; Sánchez Morón, 2016; Parejo Alfonso, 2016).

Desde el segundo sentido de la teoría de la aproximación del derecho privado al derecho administrativo, la doctrina tradicionalista y clásica administrativista, como lo refiere Entrena Cuesta, (2013) y Navarro González (2017), interpreta la declaración de la voluntad del nominador junto con la motivación como expresamente determinados por ley (Martín Mateo & Díez Sánchez, 2009), o como condición formal de validez del acto (Bocanegra Sierra, 2002), o como el requisito de forma más importante del acto administrativo (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2015).

Sin embargo, más allá de la doctrina científica o tradicional clásica administrativista que encasilla la motivación como un elemento formal, la nueva corriente dentro del contexto jurisprudencial internacional y nacional, respaldada por la Corte Constitucional colombiana, es la de considerarla como un elemento de fondo e indispensable. Así lo manifiesta el Tribunal Supremo de España:

Solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración y, porque solo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación”. (Tribunal Supremo Español, STS 24 Abril 2013 Rec. 5831/2009 FJ 3; STS 31 Enero 2012 Rec. 4213/2010 FJ 5; SAN 23 Diciembre 2011 Rec.224/2010 FJ 4; STS 30 Enero 2001 Rec. 23/1998 FJ1.)

Guido Tawil y Laura Monti, manifiestan que, el exigir la motivación, entendida como un elemento esencial del acto administrativo en virtud a la presunción de legitimidad, -resáltese no de legalidad

que sustenta la no motivación-, debe ser una característica de los actos estatales. Lo anterior, como quiera que una correcta motivación edifica una de las garantías más fundamentales de los particulares que, imbricada en régimen exorbitante que estructura al derecho administrativo, se desempeña como contrapeso de la prerrogativa discrecional. (Tawil & Monti, 1998, p. 430)

3.2.1.4. Diferencia Discrecionalidad y Arbitrariedad

Ahora bien, lo que se defiende en esta tesina es la motivación como contrapeso de la arbitrariedad y no de la discrecionalidad, este trabajo defiende la discrecionalidad en algunos casos necesaria para eliminar los trámites burocráticos que obstaculizan la eficaz administración, sin embargo, al hablar de discrecionalidad siempre están implícitos los motivos legales que la gobiernan, cuando no existen, se raya con la arbitrariedad, pero no son el mismo concepto.

Por discrecionalidad se entiende como el “poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el Derecho” (Lifante Vidal, 1989, p. 14) se resalta de esta definición, que enmarca a esta institución dentro de la legalidad, situación que no ocurre con la arbitrariedad.

En esa medida, cuando el escenario legal le permite al órgano competente, decidir su accionar, pero le determina el marco del cual no se debe pasar, dicha limitación se entiende como principio de legalidad. En Colombia, al ser un Estado Constitucional Social de Derecho, ese límite nunca puede traspasar el quebrantamiento de los derechos fundamentales, garantías mínimas y principios constitucionales, como el del debido proceso.

Su diferencia con la arbitrariedad es que esta última no se cimienta bajo la razonabilidad, que dentro del escenario discrecional, permite apreciar lo que efectivamente le conviene o no al interés público, que en ningún sentido puede ser sinónimo de arbitrario (Rubio Correa, 2006, p. 103). Todo lo contrario, lo arbitrario es aquello carente de fundamentación objetiva, incongruente o contradictorio (*ibíd.*)

No hay mejor diferencia para efectos de la postura que se defiende en este trabajo que la recogida por Navarro (2012) que se transcribirá en su literalidad por la importancia que radica:

Puede decirse que la discrecionalidad se opone propiamente a la arbitrariedad más que a la normatividad, ya que en el ámbito de la legalidad se puede efectuar un control de los actos administrativos discrecionales atendiendo a su legalidad y al control jurisdiccional sobre los elementos característicos de todo acto discrecional. Dichos elementos hacen de él un acto susceptible de impugnación, y han sido consignados del siguiente modo: (i) motivación, (ii) órgano que ejerce dicha potestad discrecional, (iii) finalidad de servir al interés público o finalidad pública sin más y, por último, (iv) hechos determinados en cada caso o, mejor dicho, requisitos de hecho necesarios para emitir dicho acto discrecional.” (Navarro, 2012, p. 202)

En ese sentido, la discrecionalidad implica una motivación, dentro de una decisión de la cual es libre para efectuarla o para obrar, pero que siempre conllevan motivos legales y constitucionales en las cuales se fundamenta, bajo el principio de razonabilidad, y objetividad.

3.3. CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA JURISDICCIÓN Y POR EL CIUDADANO.

De la mano con la protección de los derechos humanos y fundamentales, y de la garantía de debido proceso, contradicción y defensa del administrado cuando se presenta motivación, más allá de aducir “motivos del servicio”, otra razón para considerar la exposición de motivos necesaria, es la fiscalización por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y el control social de los administrados.

En este sentido, a juicio de Martín Retortillo (1957) en su obra el exceso de poder como vicio del acto administrativo, la motivación cumpliría una triple finalidad, la primera como control indirecto por la opinión pública, ligado con el principio de publicidad apelado por la Corte Constitucional; la segunda, permite determinar con mayor precisión el conocimiento particular de la voluntad declarada, y la tercera, sirve como medio directo para ejecutar el control jurisdiccional de los actos administrativos.

Para Navarro González (2017, p. 13) los jueces administrativos serían los primeros destinatarios de la motivación, entendiendo este requisito como aquel encaminado a ejecutar un posible control

y fiscalización jurisdiccional de las decisiones administrativas. Para este autor, la motivación desde la perspectiva del juez administrativo es un elemento indispensable para el control de legalidad del acto administrativo.

Además, al sentir de esta tesina, esta figura facilita el control social de la Administración por parte de la opinión pública. Esto se traduce en una "función democrática", término ampliamente desarrollado por Martín Retortillo, (1957), y De La Vallina, (1967), debido a su carácter práctico para exigir su acaecimiento, ya que para el último autor, satisface psicológicamente al público (De la Vallina, 1967).

Según Navarro (2017), el Estado, a través de su actuar administrativo se democratiza por medio de la motivación al estar en la obligación de rendir cuentas, de un lado a los interesados, y del otro a la colectividad, sobre la no arbitrariedad de sus decisiones adoptadas según el canon de legitimación racional.

En esos términos, motivar es una manera de justificación en pro de la legitimación de las autoridades en un Estado de Derecho que limita las arbitrariedades. Sánchez Morón (2016) la considera una forma de control social, de la cual Fernando Pablo refiere (1993) que, si bien históricamente las autoridades administrativas rendían cuentas o se justificaban ante los otros poderes públicos (legislativo y judicial), actualmente, se deben justificar frente a la opinión pública. Para este autor, más allá del control judicial, esta última justificación es el fin primordial de la motivación.

De igual forma, como lo argumenta Marín Hernández (2014), justificar los actos administrativos que plasman las decisiones, facilita enormemente la posibilidad de control público de las mismas y potencia la certeza jurídica por parte de los administrados.

La validación del discurso justificativo en los actos administrativos ha sido recogida por la Corte Constitucional (SU250, 1998), a través del concepto de Estado Social de Derecho de la Carta Política de 1991, argumentando que, por medio de la motivación se le informa al juez durante su ejercicio de control jurídico sobre el obediencia al orden jurídico y a los fines del mismo acto administrativo.

3.4. ABANDONAR EL ANTROPOMORFISMO

Según Fernando Pablo (1993) y Navarro González, (2017), los actos administrativos no se profieren por personas naturales con voluntad privada, sino por la entidad estatal, la cual debe obligarse a justificarse en la obtención de sus efectos prácticos. Se tiene la falsa creencia que motivar es dar explicaciones, situación que a modo personal, incide en la mente del nominador como un factor negativo.

"Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario" afirmación de Fernández Rodríguez, -un tanto cuestionada por autores como Beltrán de Felipe (1995) al considerarla exagerada-. En su sentir -Fernández-, la motivación es el punto intermedio entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, sin ella, las actuaciones discrecionales se convierten en arbitrarias si no son motivadas, toda vez que la ausencia de esta, deja como único sustento la voluntad del nominador, que no es un fundamento decisonal suficiente en un Estado de Derecho que tajantemente relega el poder meramente personal.

Por tal razón, el doctrinante Fernando Pablo (1993) apela por abandonar dicha idea, y reelaborar la noción de acto administrativo, destacando nuevamente su carácter como acto de autoridad o de poder público del imperio de la soberanía del Estado, como voz del pueblo. y no como de una libre determinación individual con base en una capacidad de obrar privada, que se ampara erradamente en el dogma de la autonomía de la voluntad.

En efecto, se considera que el derecho público se fundamentó en sus inicios, en los presupuestos del derecho privado, de esta manera el acto administrativo guarda similitud en sus principios con el negocio jurídico. Sin embargo, las relaciones jurídicas existentes no pueden ser equiparables, por tanto, el arbitrio y la voluntad del nominador no puede ser absolutamente discrecionales sin expresar motivo alguno de su decisión. Esta tesis se respalda en lo manifestado por Parada Vásquez (1992) y González Navarro (1988) cuando refieren que el acto administrativo más que parecerse al negocio jurídico se asimila a una sentencia judicial.

Según González Navarro (1998), al efectuar una comparación entre los elementos esenciales del proceso judicial y los elementos del procedimiento administrativo, se encuentra una gran similitud. De un lado, el órgano judicial y su homólogo administrativo son los sujetos activos. El sujeto pasivo en el proceso judicial sería la parte procesal mientras que por vía administrativa es el interesado. En cuanto al objeto de ambos, corresponde a los datos fácticos o jurídicos sobre los que han de pronunciarse tanto el órgano judicial como administrativo.

De esta manera, Fernando Pablo (1993) acude al replanteamiento de la dogmática del acto administrativo considerando su doble esencia, de un lado, el de potestad pública, que lo representa como autoridad, y del otro, como régimen de garantía de la persona retirada del servicio, como materialización de la función democrática del acto administrativo.

En lo concerniente a la potestad estatal, se quiere profundizar en que la declaración de la voluntad plasmada en el acto no es una exteriorización similar a la del derecho privado, sino se trata de una aplicación de una norma. Situación que debería entender el Consejo de Estado en sus providencias, que más allá de un acto discrecional por razones del servicio, debe garantizar al asociado la aplicación legal, su derecho de defensa, contradicción, y acceso eficiente a la administración de justicia. De tal forma que cobra sentido, como lo refiere Fernando Pablo, exigir el cumplimiento de la motivación como así sucede con los demás actos de los poderes públicos.

3.5. FUNCIÓN DEMOCRÁTICA DE LA MOTIVACIÓN

La motivación tiene una función democrática, que conforma un elemento político institucional fundamental de la Administración, por medio del cual, se legitima frente la sociedad en un Estado de Derecho. (Rocha Fajardo, 2016, p. 232). En efecto, se tiene que la motivación respalda la racionalidad del actuar administrativo, al impedir un ejercicio arbitrario de la potestad pública, haciéndolas, en ese sentido aceptables para los ciudadanos, por tanto, legítimas.

Según la postura que se adopta en el presente trabajo de investigación, la motivación, legitima a un Estado que actualmente ha perdido la relevancia que lo investía en su formación como regulador de un contrato social. Actualmente, debido a las políticas neoliberales, el Estado se encuentra en la obligación de actuar impecablemente en sus actos, como medio de aprobación por parte de los

asociados dentro de un marco democrático. Una de esas obligaciones por disposición constitucional, es la motivación de actos de retiro.

En últimas, según Carl Schmitt (2014), la democracia se sustenta en la identidad entre gobernantes y gobernados. Para él, la esencia de un régimen democrático en su forma política y de gobierno se sustenta en la identidad entre gobernantes y gobernados. En efecto, la dominación o gobierno en una democracia no se erige desde una desigualdad, o superioridad de los dominadores o gobernantes, o de aquel sentir de que tienen más calidades o son mejores que los gobernantes. Contrario a ello, gobernar no significa salirse de la identidad y homogeneidad del pueblo.

Esta afirmación, es un tanto debatible o conflictiva como lo afirma Rocha Fajardo (2016), sin embargo, para el sentir de esta tesina, su postura de homogeneidad del pueblo es válida para destacar la legitimidad y autoridad del poder público como cristalización de la confianza de la opinión pública y más aún, del sometimiento a la Constitución como voz popular del Constituyente primario.

Ahora bien, es conveniente hacer referencia a la postura de Rivero Ysern, cuando manifiesta que, si inclusive los otros dos poderes públicos motivan sus decisiones, sería evidente que la Administración Pública debería hacer lo mismo al alterar derechos e intereses de los administrados. Incluso más que eso, para garantizar el interés público (1993).

Los Estados Democráticos modernos justifican sus actuaciones como forma de legitimidad. Así lo recoge Ramón Fernández y Fernando Pablo. El primero señala que un poder funcional es uno obligado a dar cuenta de su servicio efectivo, de la función por la que fue instituido, a justificar su ejercicio y su acatamiento a la Ley y Derecho (Fernández, 1991, pp. 83-84). El segundo, manifiesta que, la sociedad democrática avanzada se asienta en la opinión de los ciudadanos, alejándose de considerarlos súbditos, quienes están en la potestad de contrastar las decisiones, por medio del discurso justificativo que estas contienen. (Fernando Pablo, 1993, p. 27)

Desde otro punto de vista, como lo manifiesta Bergholtz (1990) a medida que el procedimiento jurídico evoluciona, depositando por escrito, se consolida la posibilidad de recurrir las decisiones

administrativas, y de tal forma, paralelamente crecer la necesidad de aducir las razones que en ella se fundamentan.

Similar afirmación se expuso en la Sentencia C-371 de 1999, al declarar la exequibilidad condicionada de normas del Código Contencioso Administrativo. En esta oportunidad señaló que la motivación de los actos se entiende “como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad” (Corte Constitucional, C-371, 1999, p. 23)

Años más tarde reiteró dicha postura al señalar en la sentencia T-251 de 2009, la obligación de motivar no surge del artículo 125 inciso 2 superior, como lo ha argumentado el Consejo de Estado. (Sección Segunda, 40972005, 2007; 2256-2006, 2008; 5374-05, 2009; 0012-2008, 2009; 0319-08, 2010) al ser una norma concebida para los empleos de carrera.

Todo lo contrario, afirma la Corte Constitucional que la motivación se fundamenta como una interpretación sistemática de la Constitución dentro de un Estado Social de Derecho, y que impone a la administración la obligación de erradicar la arbitrariedad en sus decisiones, bajo el principio de “interdicción de la arbitrariedad del poder público”, en ese sentido, es claro que, la discrecionalidad no se limita por razón de la motivación, por cuanto el nominador, en todo caso, tiene la potestad de desvincular a un provisional, pero siempre explicando las razones de su decisión.

Más aún si se trata de decisiones discrecionales, como lo es la decisión por parte del nominador del retiro del cargo de funcionarios que prestan funciones relacionadas con la seguridad del Estado, "como quiera que el margen de relativa libertad decisional del cual esta dispone en dichos casos resulta mayor, luego mayor deberá ser también la exigencia de exposición de las razones en las cuales se sustenta el acto" (Marín Hernández, 2014, p. 456).

3.6. DEBER DE MOTIVACIÓN SERVIDORES QUE PRESTAN FUNCIONES RELACIONADOS CON LA SEGURIDAD DEL ESTADO.

A nivel legal, actualmente se encuentra previsto expresamente por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- el deber de motivación. Anteriormente con el Decreto 01 de 1984 el artículo 35 traía consigo que "se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares" (CCA, Art. 35, 2011).

Dicha exigencia de motivación, como lo recoge Marín Hernández era un elemento de validez de todos los actos administrativos - "salvo que exist[iera] norma legal especial que expresamente exim[iera] a la administración de que determinado acto v[iniera] acompañado del mencionado requisito-" (2014, p. 464)

No obstante ello, con la expedición del CPACA, dicha salvedad desapareció, y junto con ella las excepciones, el artículo 42 de la ley 1437 solamente dispuso: "Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que ha de ser motivada" (CPACA, Art. 42, 2011).

Benítez-Rojas (2010), considera que el artículo 36 del pasado Código Administrativo que mutó en el artículo 44 de la Ley 1437, no se impregnó- como debió haber sucedido- de los principios constitucionales en el derecho administrativo y en especial en los actos administrativos discrecionales, sino mantuvo la tendencia legalista y clásica del Código pre-constitucional. No obstante ello, en la praxis, al expedir y ejecutar esos actos, se debe respetar ante el debido proceso y las garantías que lo componen. (Rojas, 2010). Además, las normas que regulan los retiros discrecionales de los miembros de la Policía Nacional, Fuerzas Militares e INPEC, son explícitas en afirmar que solamente basta aducir razones del servicio para desvincular a los administrados.

Debido a estas inconsistencias normativas, es que en la praxis se presentan colisiones como lo que sucede con la Corte Constitucional, y el Consejo de Estado en la Subsección B de la Sección Segunda, inclusive, la Subsección A, ha marcado tendencia al tener un corte flexible y garantista en cuando a los derechos fundamentales, pues considera innegablemente la motivación de los actos discrecionales.

Es claro que, los empleados que desarrollan labores relacionadas con la seguridad del Estado, dentro de un régimen de carreras especialísimas, han pasado por un concurso de méritos como lo refiere Marín Hernández (2014), por tanto, así como ocurre con los funcionarios de carrera administrativa, tienen derecho a que por medio de providencia motivada se les expongan los motivos de su retiro, no basta el retiro del servicio.

Ello, consagrando el proceso administrativo como derecho humano incluido dentro del catálogo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como lo considera Carvajal, es una exigencia internacional en el marco de las obligaciones asumidas por los Estados Parte como lo es Colombia (2010).

Además, este principio es una garantía esencial para el acceso a la administración de justicia. En este sentido el "Gobierno no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución. De esta forma se crea un poder de control sobre la discrecionalidad administrativa" (Sánchez & Gozaíni, 2002, p. 49).

En este sentido, vale la pena analizar el artículo 138 del CPACA -el cual se regula bajo mismos postulados de su predecesor Decreto 01 de 1984 en su artículo 85-, relativo al medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho "por encontrar causales de nulidad en el contenido del acto discrecional" (Madrid Cuellar, 2017, p. 14) Según Expósito-Vélez (2011) la pretensión principal en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se enmarca dentro tres postulados: por falta de motivación, falsa motivación y desviación de poder del acto administrativo discrecional. Con lo cual se busca una condena a la entidad que emitió el acto anulado - artículo 138 CPACA para responder por los efectos dañinos de la ilegalidad del acto.

Como desarrollo del referido artículo, Penagos (1987) ejecuta un examen desde la perspectiva de la falsa motivación y desviación de poder. Refiere que en el evento en que un servidor público abusa de la facultad discrecional que le es conferida cuando profiere un acto de retiro, y en consecuencia actúa en favor de sí mismo, para un tercero, o de la administración y con fines contrarios o alejados al interés público. Dicho acto administrativo sería susceptible de ser

declarado nulo por parte de la jurisdicción administrativa por considerarse viciado por alguna de las causales previstas en la norma.

Se finiquita referenciando el elemento común entre la doctrina y la jurisprudencia sobre la exigencia de una adecuada motivación de resoluciones administrativas como elemento integrante del derecho constitucional fundamental del debido proceso, derecho a la defensa, que aseguran al administrado, como lo asevera Marín el "disfrute de todas las oportunidades *reales* de conocer, estudiar y controvertir los actos fundantes de su retiro del servicio" (2016, p. 469)

Considerando las posiciones de la doctrina en relación con la motivación del acto administrativo discrecional de retiro, es pertinente concluir que, exponer los móviles del retiro más allá de respaldarse en la subjetividad que impregna el acto, es un requerimiento. Toda vez que, le provee al juez administrativo de las herramientas de ejercer su control, y constatar si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma. (Penagos, 1987).

La motivación es un instrumento que facilita el acceso a la administración de justicia como principio general estatuido en el artículo 2 de la Constitución Política, y demás principios de especial protección constitucional como el de "estabilidad laboral, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica" (Madrid Cuellar, 2017). Al igual, que permite el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

De esta manera, el Estado Constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos, en este caso el juez administrativo y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho).

En un extremo estaría una concepción ampliamente defendida por la jurisprudencia contencioso administrativa, Subsección B de la Sección Segunda, que plantea un modelo de reglas, subsunción, primacía de la legislación sobre la jurisprudencia y una ciencia del derecho descriptiva. (Agudelo, 2017, p. 20) De otro lado, se ubicaría la posición defendida por la Corte Constitucional, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en las cuales hay matices a favor de un modelo

de principios, ponderación, primacía de la jurisprudencia sobre la legislación y una ciencia del derecho prescriptiva. (p. 20)

La constitucionalización del Derecho administrativo ha generado profundos cambios sobre el esquema tradicional en que se estudiaba la materia. En efecto, mientras que antes de que operara dicho fenómeno, el objeto favorito del Derecho administrativo en Colombia era el estudio de la administración pública y sus prerrogativas, dejando de lado un poco al ciudadano, a la persona que se relaciona con esa administración, a partir del cambio impulsado por la Constitución Política de 1991 el interés del Derecho administrativo se desplazó hacia la persona y la protección de sus derechos o, al menos, el equilibrio de prerrogativas administrativas y derechos ciudadanos. (Santos Rodríguez, 2013)

En este sentido, el interés al ser desplazado hacia la persona, hacia su dignidad humana dentro del escenario de un Estado Social de Derecho, razón a ella el papel del Juez Administrativo también debe mutar desde solamente la aplicación de la Ley, hacia una interpretación conglobante más propositiva, garantista y flexible. Situación que no ocurre en el caso de la jurisprudencia sobre la motivación de los actos discrecionales de retiro estudiada con antelación.

Es claro que, la necesidad de motivar no se da por disposición legal, sino por una interpretación extensiva que el Consejo de Estado ejecute en el estudio de *litis* relativas al retiro de funcionarios que desarrollan labores relacionadas con la seguridad del Estado. Interpretación que debe catalogar al derecho del debido proceso no como un mandato orientador o una guía de análisis, sino como un derecho y principio de obligatorio seguimiento y cumplimiento más allá de los rigorismos y las formalidades legales.

En términos generales, puede decirse que los operadores jurídicos y parte de la doctrina que consideran plenamente vigente el positivismo jurídico tienden a ser escépticos, o a mostrar muchas prevenciones, a propósito de la evolución del Estado legal de Derecho hacia el Estado constitucional. Además, tienden a pensar que no hay en realidad un nuevo paradigma jurídico, sino un simple desplazamiento de poder en favor de los jueces y, en consecuencia, un puro incremento de la discrecionalidad (en el sentido de libertad de elección) judicial.

Otros autores, por el contrario, tienden a valorar positivamente la referida evolución hacia el Estado constitucional de Derecho como se observa por parte de la Corte Constitucional, o de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el retiro por acto administrativo motivado de las personas que desarrollan labores relacionadas con la seguridad del Estado.

De tal manera que, el desarrollo del constitucionalismo jurídico supone la renovación del ciclo histórico y/o teórico del positivismo jurídico. En este sentido y en términos generales, se ven a sí mismos como post-positivistas. (Aguiló Regla, 2011)

Inclusive, la propuesta de Madrid Cuellar (2016), sobre el inciso 2, del párrafo 2, del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en el entendido de cuestionar, modificar o derogar las razones del servicio, podría ser extensiva para las normativas especiales de los servidores que prestan funciones de seguridad del Estado. Pues al sentir de la Corte los motivos han de ser fundamentados, con un juicio de valor de las normas que se incoan, haciendo una relación fáctica y jurídica de la decisión que se adopta (Corte Constitucional, SU250, 1998; SU917, 2010).

Si bien, como se manifestó otrora, en el libre nombramiento se justifica la no motivación en los por la disposición explícita en la ley, el grado de confianza y la naturaleza jurídica del cargo, ello no implica, se itera con riesgo a ser repetitivo, que ello no es óbice para que en mi opinión con base en la constitucionalización del derecho, se modifique el precitado artículo, y que no defienda la postura de la motivación en todo caso.

De esta manera se evitaría la arbitrariedad de la administración. "De lo contrario, pese a la lectura del máximo organismo guardador de la constitucionalidad colombiana, vamos a seguir amparados en el principio de la legalidad en las mal llamadas "razones del servicio". (Madrid Cuellar, 2016, p. 17). Como afirma Vedel, la motivación es una garantía precontenciosa, a la cual hay que acudir para evitar congestión judicial, y garantía inmediata de derechos humanos en un Estado de Derecho Democrático.

En suma, se comparte la posición de la discrecionalidad y de la libertad que tiene el nominador para reacomodar su equipo de trabajo a su sentir, siempre y cuando se trate de razones reales y constitucionalmente válidas. Sin embargo, ello no obsta para que no motive sus decisiones, en virtud del principio de publicidad, principio democrático, derecho a la defensa y contradicción. Además, por el control social que los asociados tienen sobre la administración, además de la fiscalización por parte de la Jurisdicción Contenciosa, es que se deben exponer los motivos.

Es el legislador en primera mano quien debería regular al respecto y no la Jurisdicción Administrativa y Constitucional por medio de sus providencias quienes al darle aplicación están asumiendo un rol de legislador positivo.

Nota final- Motivos Válidos para declarar insubsistente funcionario con funciones de seguridad del Estado.

Para finiquitar, partiendo desde la indiscutible necesidad de motivar los actos administrativos de retiro de funcionarios con funciones de seguridad del Estado, desde esta investigación se extraen como motivos válidos para que se declare insubsistente o se retire del servicio a un servidor público de una carrera especial, se podría apelar por la obtención de un resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral, en este caso, la permanencia en el cargo, se encuentra condicionada a su capacidad para cumplir con los objetivos propuestos por la administración, pues dicho mérito, que es la razón por la cual, se considera que se debe a toda costa motivarse los actos administrativos de retiro del servicio para ellos, debe ser periódicamente calificado para comprobar el desempeño de sus deberes.

Es indispensable que se compruebe que el funcionario con funciones de seguridad del Estado, conserva los niveles de rendimiento, idoneidad profesional, comportamiento y calidad laboral, así como la eficiencia en el ejercicio de sus labores para determinar si debe sí debe permanecer o no en el servicio, sin perjuicio de su conducta por fuera de la institución que no se relacione con la finalidad de la institución o sus funciones.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La divergencia de posturas entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional genera diferencia de trato para los asociados, lo cual afecta otros derechos fundamentales como el de igualdad, acceso efectivo de la administración de justicia, confianza legítima, la coherencia sistémica y la seguridad jurídica debido a que los asociados no pueden recibir un trato diverso según el juez natural del proceso, además de desconocer los artículos 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Corte Constitucional, T-251, 2009).

SEGUNDA: En suma, en relación a la motivación como materialización de un control social y jurisdiccional del acto administrativo, se debe entender que los nominadores al expedir un acto inmotivado, no solamente desconocen las garantías mínimas procesales de los administrados, sino además desconocen que su acto traspasa los límites de la discrecionalidad y raya con la arbitrariedad, en el sentido que la motivación se encuentra intrínseca en la discrecionalidad, pues para que esta última pueda materializarse se requieren unos motivos fundados en la razonabilidad y objetividad. Si bien en ocasiones la administración es libre de decidir y obrar, lo cierto es que esta libertad no puede traspasar el desconocimiento de derechos fundamentales, principios constitucionales y garantías mínimas dentro de un Estado Social de Derecho.

TERCERA: La motivación del acto administrativo juega un rol crucial como garantía para el administrado, pero más allá de eso, comprende un espectro público otorgado por la configuración del acto administrativo como acto estatal. Por tal razón frena la arbitrariedad y permite un control interno y social por el administrado y por los asociados, para asegurar el sometimiento al derecho y el principio de juridicidad. Si bien se pensaría que con este escrito se busca la eliminación de la discrecionalidad, pues se aboga por una motivación de los actos de retiro, lo cierto es que esa afirmación es alejada del querer del presente trabajo, todo lo contrario, se comparte la discrecionalidad pues en ella, se encuentra una decisión libre pero motivada, con motivos suficientes y discutibles en un Estado Democrático.

CUARTA: El Consejo de Estado, en su Sección Segunda, Subsección B, máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa, para el caso concreto de los actos de retiro del servicio en carreras especiales, como las fuerzas militares, la policía nacional y el INPEC, se resiste a la

primacía de los preceptos constitucionales y la interpretación flexible, normativa y garante de derechos fundamentales que efectúa la Corte Constitucional de la norma de normas, (derecho constitucionalizado). En el caso objeto de estudio, apela por la presunción de legalidad de los actos administrativos discrecionales, pero olvida que en los Estados Democráticos Modernos, se ha dejado de lado tal presunción por considerar una función democrática del acto administrativo, dicha legalidad se obtiene a través de la legitimidad de la opinión pública que a través de los principios de la función administrativa como el de igualdad, transparencia y publicidad, permiten a los asociados ejecutar un control social y garantizar su certeza jurídica.

QUINTA: Motivar es una manera de justificación en aras de asegurar la legitimación de las autoridades frente a la opinión pública, a su vez, es una forma de limitar las arbitrariedades en un Estado de Derecho sirviendo como contrapeso de la autoridad y de propender hacia un Estado participativo, en el que sus asociados no son súbditos, sino ciudadanos parte del contrato social que ejercen un control indirecto a través de su opinión pública. Además de ello, motivar los actos administrativos configura una garantía mínima precontenciosa, lo que lleva a ser un presupuesto del derecho de defensa, no obstante, un Derecho Administrativo civilizado expone las razones de sus decisiones sin necesidad de acudir a un litigio.

SEXTA: Desde los lentes de la constitucionalización del derecho y del principio de interdicción de arbitrariedad del poder público, se hace necesario que se unifiquen las posturas tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado en pro de la motivación de los actos administrativos discrecionales. Primero porque actualmente se está ante una diferencia de trato que afecta la coherencia sistémica, confianza legítima y seguridad jurídica del administrado y de los asociados. y segundo, como forma de fiscalización de ambas Cortes.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo, J. D. (2017). Falsos dilemas del neoconstitucionalismo. *Estudios de Derecho*, 19-46.
- Aguiló Regla, J. (2011). EL CONSTITUCIONALISMO IMPOSIBLE DE LUIGI FERRAJOLI. *D Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 55-71.
- Agustín Gordillo. (1995). *Tratado de derecho administrativo, Tomo III*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo .
- Alli Aranguren, J. C. (2004). *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Civitas ediciones.
- Arana, J. R. (2015). *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales* . Sevilla: Global Law Press.
- Arana-Muñoz, J. R. (2015). Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. . *Revista de Investigações Constitucionais*.
- Arguello Rojas, L. (2017). El principio constitucional de la interdicción de la adrbtrariedad. *Sociedad y Políticas Públicas*, 116-131.
- Arrau, P. (1984). El control de discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8* .
- Aróstica Maldonado. (1986). La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno. *Revista de Derecho PUCV N° 10*.
- Aróstica Maldonado. (1986). La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel .
- Ballesteros Serpa, C. A. (2013). *EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO*. Bogotá D.C.: UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO.
- Barnes, J. (2008). “Introducción: reforma e innovación del procedimiento administrativo”. *Editorial Derecho Global* , 15 – 69.
- Batista Pereira, E., & Coral Lucero, J. I. (2010). La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia. *Criterio Jurídico* , 59-90.
- Belloso Martín, N. &. (2013). El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad. . *JURIS*.

- Benitez Rojas, V. (2010). la resistencia a la Constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los Actos discrecionales que ordenan el retiro. *Dikaion*, 99-120.
- Bergholtz, G. (1990). Ratio Et Auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas. *Doza, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 75-76.
- Berrocal, L. E. (2001). *Manual del acto administrativo*. Bogotá : Ediciones Librería del Profesional.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría General del Derecho*. Bogotá : Temis.
- Bocanegra Sierra, R. (2002). *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas, 4o ed.
- Boquera Oliver. (1996). *Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Boquera Oliver, J. M. (1993). *Estudios sobre el acto administrativo*. Madrid: Civitas.
- Burgoa, I. (2000). *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Editorial Porrúa.
- Caicedo-Gutierrez, M. L. (2014). La provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa. *Diálogos de Derecho y Política 2014*, 123-146.
- Calderón Villegas, J. J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado: La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Ediciones UniAndes .
- Carbonell, M. (. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Carvajal, B. (2010). Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 7-21.
- Cassagne, J. C. (2009). *Derecho Administrativo, vol. II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot y Pontificia Universidad Javeriana.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico. *Isonomía*, 89-112.
- Cosculluela Montaner, L. (2016). *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. Civitas-Thomson Reuters.
- Cruz Villalón, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*,, 35-62.
- Dávalos, P. (2013). *Neoliberalismo Político y Estado Social de Derecho*. Obtenido de ALAI, América Latina en Movimiento: <http://alainet.org/active/24785&lang=es>

- De La Vallina Velarde, J. L. (1967). *La motivación del acto administrativo, Estudios administrativos.*
- De La Vallina, V. (1967). *La motivación del acto administrativo, Estudios administrativos.*
- De Otto, I. (1980). *Lecciones del Derecho Constitucional "Introducción".* Oviedo.
- De Otto, I. (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes.* Barcelona : Ariel Derecho .
- De otto, I. (2007). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.* Barcelona: Ariel.
- Devolvé, P. (2018). *Le droit administratif.* Gif sur Yvette, Francia: Dalloz.
- Díaz Arenas, P. A. (1997). *Estado y Tercer Mundo. El constitucionalismo.* Bogotá:: Ed. Temis.
- Díaz Londoño, J. A. (2009). ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y NEOLIBERALISMO EN COLOMBIA: ESTUDIO DEL CAMBIO SOCIAL A FINALES DEL SIGLO XX. *antropol.sociol. No. 11, 205-228.*
- Dromi, J. R. (1985). *El acto administrativo.* Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Duguit, L. (1920). *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón.* Madrid: Librería española y extranjera.
- Duguit, L. (2005). *Manual de Derecho Constitucional.* Granada: Comares.
- Duguit, León; Traducción: Alfonso Posada y Ramón Jaen . (1926). *Las transformaciones del derecho público.* Madrid: Librería española y extranjera.
- entencia de 21 de febrero de 2002, 25000-23-25-000-1995-9552-01 (1569-00) (Consejo de EstadoM. P. Ana Margarita Olaya, Sección 2, Subsección A, 21 de Febrero de 2002).
- Entrena Cuesta. (2003). *Curso de Derecho Administrativo.* Tecnos.
- Europa, C. d. (27 de septiembre de 1977). *Resolución 77.*
- Expósito Vélez. (2011). El código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del derecho administrativo colombiano: la nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho. *Revista digital de derecho administrativo, 25-45.*
- Favoreu, L. (1996). Legalidad y constitucionalidad: la constitucionalización del derecho. *Miscelaneas en homenaje a Roland Drago, 25 y ss.*
- Fernández, T. (1994). *De la arbitrariedad de la Administración.* Madrid: Civitas.

- Fernández, T.-R. (1991). Arbitrariedad y discrecionalidad. En S. M.-R. Baquer, & E. García-De Enterría Martínez, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (págs. 2255-2311). Madrid : Cívitas.
- Fernando Pablo, M. M. (1993). *La motivación del acto administrativo*. Tecnos.
- Ferrajoli, L., Ibañez, P. M., Abellán, M., Sanchís, L., & Miguel, A. (2006). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., Ibañez, P. M., Abellán, M., Sanchís, L., & Miguel, A. (2011). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. . (2004). En F.-F. y. Bogdandy, *us Constitutionale Commune en América Latina*.
- Gamero Casado, E., & Fernandez Ramos, S. (2015). Desafíos del Derecho administrativo ante un mundo en disrupción, galardonado con el Premio “Ángel Olavarría Téllez de Estudios jurídicos”. *Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*.
- García de Enterría, E. (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Cívitas.
- García De Enterría, E., & Fernández Rodríguez, T. R. (2015). *Curso de Derecho administrativo*. Thomson-Cívitas.
- García De Enterría, E., & Ramon Fernández, ., (1982). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Cívitas.
- García-Trevijano Fos, J. A. (1991). *Los actos administrativos*. Madrid: Cívitas.
- Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-053/15 (Corte Constitucional 2015).
- González Navarro, F. (1988). *Derecho Administrativo Español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Guastini, R. (2010). La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones. *Interpretación, Estado y Constitución*, 153-166. .
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Mínima Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Heller, H. (1985). Las ideas socialistas. En H. Heller, *Escritos políticos*. Madrid: Alianza.

- Henao Perez, J. C. (2014). Estado social y derecho administrativo" . En J. C. Henao Perez, A *Constitucionalización Del Derecho Administrativo* (págs. 145 - 201). Bogotá : Publicaciones Universidad Externado De Colombia.
- Hernández Becerra, A. (2012). *El nuevo código y la constitucionalización del Derecho Administrativo publicado*. Bogotá.
- Hernández Galindo, J. G. (2005). Los servicios públicos en la Constitución Política. En *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hurtado Martín, S. (2006). Justicia, Políticas Públicas y Bienestar Social. *Serie necesidades sociales y políticas* , 11-473.
- Ibler, M. (2006). Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* , 5-22.
- Isensee, D. (s.f.). Handbuch des Staatsrechts. En Isensee, & Kirchhof (Edits.), *Aufl* (pág. 15).
- Jeze, G. (1928). *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Reus.
- Kant. (2000). *La Crítica del Juicio*. . México: Editores Mexicanos unidos.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho*. Trotta.
- Llorente, F. R. (2000). Fuentes del Derecho. En M. A. (ed.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Llorente, R. (2000). *Fuentes del Derecho*. Madrid: Civitas.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.
- López Paneque, M. L. (2006). *El control judicial en el ámbito de la facultad discrecional de la administración pública en Cuba*.
- M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-172/15 (Corte Constitucional 2015).
- M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, SU-054/15 (Corte Constitucional 2015).
- M.P. Mauricio González Cuervo, SU-288/15 (Corte Constitucional 2015).
- Machado, M. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Editorial Iustel.
- Madrid Cuellar, O. F. (2016). *Alcance de la facultad discrecional de retiro de servidores públicos de libre nombramiento y remoción en Colombia. Debates jurisprudenciales en*

- sede constitucional y contenciosa administrativa, y a partir de la Ley 1437 de 2011.*
Medellín .
- Magistrado Vergara Quintero, 4425-2004 (Consejo de Estado, Sección Segunda 4 de noviembre de 2008).
- Maldonado Gómez, T. (s.f.). La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. *Actualidad Jurídica*, 54-62.
- Marienhoff, M. S. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. Buenos Aires,: Abeledo-Perrot.
- Marín Hernández, H. A. (2014). *La motivación del acto administrativo en el Estado constitucional" A Constitucionalización Del Derecho Administrativo*. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado De Colombia.
- Marín Hernández, H. A. (s.f.). *El procedimiento administrativo como herramienta para la paz" La constitucionalización del derecho administrativo. tomo II. El derecho administrativo para la paz*. Bogotá: Departamento de Publicaciones- Universidad Externado de Colombia.
- Marín, H. A. (2007). *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martin Mateo, R., & Diez Sanchez, J. J. (2009). *Manual de Derecho Administrativo*. Thomson-Aranzadi.
- Martin Retortillo, S. (1957). El exceso de poder como vicio del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*,.
- Martínez Carazo, P. C. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y Gestión* , 163-193.
- Martinez Useros, E. (1955). *Desviación de Poder*. Murcia: Murcia : Universidad.
- Martínez, V. &. (2013). *La Constitución democrática. Entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. Debates constitucionales en nuestra América*.
- Matías Camargo, S. R. (2016). La asamblea nacional constituyente y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Diálogos De Saberes* , 29-44.
- Mendieta González, D. (2011). "EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO GARANTÍA EN LA TEORÍA CONTEMPORANEA DEL DERECHO" . *Pensamiento y Poder* .

- Mesquida Sampol, J. (2003). EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y SU CONTROL. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 337-358.
- Mir Puigpelat, O. (2004). *Globalización, Estado y Derecho. Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas ediciones.
- Monroy Cabra, M. G. (2002). La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* , 13-37.
- Montaña Plata, A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña Plata, A. (s.f.). *La protección al usuario de servicios públicos: un nuevo reto del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Mora Restrepo, G. (s.f.). *LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO* . Bogotá.
- Muñoz Machado, S. (2015). *ratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV*. Boletín Oficial del Estado,4o edición.
- Muñoz Machado, S. (2011). Crítica de la exclusión de las normas fiscales de los Territorios Históricos vascos del control jurisdiccional contencioso-administrativo. *Revista General de Derecho Administrativo*.
- Muñoz Machado, S. (2015). Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación. En M. L. Manuel Rebollo Puig, & L. C. Montaner, *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela* (págs. 33-62).
- Navarro González, R. (2017). La motivación de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico español. *Federalismi.It Revista di Diritto Pubblico Europeo, Comparato, Europeo*, 1-30.
- Nino, C. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea .
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Noguera-Fernández, A., & Criado de Diego, M. L.-J.-j.-4. (enero-junio, 2011). La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, 15-49.

- Ociel Castaño, L. (2007). El Juez Constitucional y el llamado Nuevo Derecho. *Criterio Jurídico* , 185-206.
- Ortega García, R. (2013). La Constitucionalización del Derecho en México . *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 601-643.
- Ortíz-Nieto, Ocampo, R., & Perdomo-Perdomo. (2011). *¿Debe el acto administrativo discrecional motivarse para que sea conforme a la constitución, en el retiro del servicio de los miembros de la Policía Nacional?* Bogotá: Universidad Libre.
- Ospina Garzón, A. F., & Montaña Plata, A. (2014). *La Constitucionalización en el Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Otero Parga, M. (1995). La arbitrariedad. *ANUARIODE FII, OSOFIA DEL. DERECHOXII*, 387-400.
- Parada, R. (1992). *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Marcial.
- Parejo Alfonso, L. (2016). *Lecciones de Derecho Administrativo*, . Tirant lo Blanch, 8o ed.
- Pasquale, M. F. (2014). LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LA OBRA DE LEÓN DUGUIT: UNA RE-LECTURA DESDE LA PERSPECTIVA HISTORIOGRÁFICA. *Historia Constitucional*, 93-111.
- Penagos, G. (1987). *Acto administrativo discrecional*. Medellín: Librería del Profesional.
- Petro Gonzalez, I. R. (2015). El Juez en el neoconstitucionalismo y su papel en el sistema de control difuso de constitucionalidad en Colombia. *Pensamiento Americano*, 86-94.
- Pi Suñer, J. M. (1972). *La motivación de los actos administrativos en Estudios en homenaje al Profesor Lopez Rodó*. Madrid.
- Prieto Sanchis, L. (2005). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En *Neoconstitucionalismo* (pág. 123 y ss). Trotta.
- Quinche, M. F. (2002). La lectura administrativa de la Constitución Política. *Revista Vniversitas* 104.
- Regla, J. A. (2011). EL CONSTITUCIONALISMO IMPOSIBLE DE LUIGI FERRAJOLI. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*,, 55-71.
- Rengifo García, E. (2011). *"El deber precontractual de Información" Estudios En Homenaje A Mariano Uzcátegui Urdaneta* . Caracas: Universidad De Los Andes Merida Venezuela.
- Restrepo Medina, M. A. (2007). La respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. En M. A. Restrepo Medina, *El Derecho*

- Administrativo en los albores del siglo XXI* (págs. 37-55). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Rincón Córdoba, J. I. (2014). Retos en el camino de la Constitucionalización del Juez de lo Contencioso Administrativo. En A. Montaña Plata, & A. F. Ospina Garzón, *100 años de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo. Justificación, Retos y Aporte al Derecho Administrativo*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Rivero Ysern, E. (1993). Prólogo. En M. Fernando Pablo, *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Rivero, J., & Jean Waline. (1996). *Droit administrative*. París: Dalloz.
- Rocha Fajardo, E. (2016). *ESTUDIO SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO*. Santiago: Universidad de Chile .
- Rubio Llorente, F. (2000). La jurisdicción constitucional en España. *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, 1033-1066.
- Sánchez Gutierrez, L. H. (2002). *El acto discrecional: Principios que lo rigen y su jerarquía*.
- Sánchez Morón, M. (2016). *Derecho Administrativo. Parte General*, . Tecnos, 12o ed.
- Santaella Quintero, H. (2014). *Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la Administración de una transición constitucionalmente impuesta" A Constitucionalización Del Derecho Administrativo* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santamaria Pastor, J. A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*. Iustel, 4o ed.
- Santiago, A. (2008). *Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional*. Obtenido de En [http://ancmyp.org. ar/](http://ancmyp.org.ar/)
- Santofimio, J. O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santos Rodríguez, J. E. (2013). El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino. *Revista Digital De Derecho Administrativo* , 21-44.
- Sastre Ariza, S. (2009). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. *Neoconstitucionalismo*, 239-258.
- Savigny, F. C. (1879). *Sistema de Derecho Privado Romano*. (M. y. Manuel, Trad.) Madrid.
- Schmidt-Assman, E. (2014). El concepto de la constitucionalización del Derecho Administrativo. En M. I. Ibagón, *La constitucionalización del Derecho Administrativo Jornadas*

- Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tomo I,
- Schmitt, C. (1934). ationalismus und Rechtsstaat. *Deutsche Verwaltung* , 35 y ss.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Schuppert, G. F., & Bumke, C. (2000). *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*.
- Serrano Salomón, D. A. (2014). La huida del derecho administrativo en España y Colombia. Un panomara desde las entidades descentralizadas. *Revista de Derecho Público*, 2-30.
- Silva Cimma, E. (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Streck, L. L. (2015). UNA LECTURA HERMENÉUTICA DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. *Revista General de Derecho Constitucional* .
- Suarez Manrique, W. Y. (2014). El Rol del Juez en el Estado Constitucional. *JUSTITIA* , 102-120.
- Tawil, G., & Monti, L. (1998). *La motivación del acto administrativo*. Buenos Aires,: Ediciones Depalma.
- Tirado, Á., & Velásquez, M. (1984a). *La reforma constitucional de 1936*. Bogotá: La Oveja Negra.
- Torres, C. A. (1995). *Teoría del acto administrativo discrecional*. Medellín : Biblioteca.
- Valero, F. (31 de Octubre de 2013). "La Justicia es un servicio público esencial para mantener la cohesión social".
- Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Vélez, J. C. (2011). El nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) requiere de un analisis profundo debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del derecho administrativo colombiano:. 25-45.
- Vergara, A. (2001). La motivación de los actos administrativos. En *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional*. Santiago.
- Vidal Perdomo, J. (2008). *Derecho Adminisrativo*. Bogotá: 2008.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho”. *Revista Derecho del Estado*.
- Vivern- Mayrata. (1992). Derecho y discrecionalidad. *Estudis*, 133-143.

Wilmer Vidales Valbuena vs Ministerio de Defensa de Colombia, 105 25000-23-25-000-1999-04162-01 (5644-05), (Consejo de Estado de Colombia, Sección 2 1 de Marzo de 2007).

Yin, R. (1994). *Case Study Research – Design and Methods, Applied Social Research Methods*. Newbury Park, CA, : Sage.

Zagrebelsky, G. (Madrid). *El derecho dúctil*. 2007: Trotta.

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado, Sala de Consulta, 22 de octubre de 1975.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de Enero de 2000, Exp 10867 [M.P. Juan Carlos González]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 25 de enero de 2001. Exp. 1407-00 [M. P. Jesús María Lemos]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 11 de octubre de 2001 , Exp. 845-01. [M. P. Ana Margarita Olaya]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A Sentencia de 31 de enero de 2002. Exp. 118298-815-2000

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A Sentencia de 21 de febrero de 2002. Exp. 1569-00. [M. P. Ana Margarita Olaya]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 18 de abril de 2002. Exp. 5093-01 [M.P.Tarsicio Cáceres Toro]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 7 de febrero de 2002. Exp. 3826-01. [M. P. Alejandro Ordoñez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 20 de junio de 2002. Exp. 408-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 3 de octubre de 2002. Exp. 4117-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 5 de Mayo de 2003. Exp. 7898.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 9 de mayo de 2003. Exp. 3274-2002. [M. P. Alejandro Ordóñez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 10 de marzo de 2005, Exp. 6207-03. [M. P. Alberto Arango]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 14 de julio de 2005, Exp. 2891-03 [M. P. Ana Margarita Olaya]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 19 de enero de 2006. Exp. 2002-00188. [M. P. Cáceres Toro]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 17 de agosto de 2006. Exp. 5978-05 [M. P. Alejandro Ordóñez]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Exp. 2903-03. [M. P Jaime Moreno]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 22 de febrero de 2007. Exp. 6408- 05 [M.P. .: Jesús María Lemos Bustamante].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 7 de diciembre de 2006. Exp. 4724-05.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Exp. Sentencia de 14 de junio de 2007. Exp. 6961-05. [M. P. Ana Margarita Olaya]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Sentencia de 8 de mayo de 2008. Exp. 2447-07

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Exp. 2054-08. [M. P. Víctor Alvarado]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Marzo de 2010, Exp 2066-06. [M.P. Luis Rafael Vergara]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 11 de Julio de 2013. Exp 1982-09.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 11 de Septiembre de 2013. Exp. 20601 [M.P. Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia 10 de Julio de 2014, Sentencia de 10 de Julio de 2014. Exp. 18823 [M.P. Hugo Fernando Bastidas].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 12 de Junio de 2014. Exp 2019832 [M.P. Maria Elizabeth García González]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Exp 3685-2013.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 07 de abril de 2016. Exp 00387

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-479. Sentencia del 13 de agosto de 1992. [M.Ps. Jose Gregorio Hernandez Galindo y Alejandro Martinez Caballero.]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-221. Sentencia del 29 de mayo de 1992. [M.P. Alejandro Martinez Caballero.]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-023. Sentencia del 27 de enero de 1994. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-108. Sentencia del 15 de marzo de 1995. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-318. Sentencia del 19 de julio de 1995. [M.P. Alejandro Martinez Caballero.]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-398. Sentencia del 7 de septiembre de 1995. [M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-525. Sentencia del 16 de noviembre de 1995. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-193. Sentencia del 8 de noviembre de 1996. [M.P. Hernando Herrera Vergara]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-048. Sentencia del 6 de noviembre de 1997. [M.P. Hernando Herrera Vergara]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-564. Sentencia del 7 de octubre de 1998. [M.P. Fabio Morón Díaz]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-501. Sentencia del 17 de mayo de 2005. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-179. Sentencia del 8 de marzo de 2006. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-1173. Sentencia del 7 de noviembre de 2005. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad T-166. Sentencia del 7 de marzo de 2006. [M.P. Jaime Araújo Rentería]
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad T-569. Sentencia del 29 de mayo de

2008.

Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad T-829. Sentencia del 22 de agosto de 2008.

Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad T-824. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad T-265. Sentencia del 8 de mayo de 2013. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-003. Sentencia del 15 de enero de 2008 [M.P. Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-053. Sentencia del 26 de mayo de 2015 [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-053. Sentencia del 12 de febrero de 2015 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-054. Sentencia del 12 de febrero de 2015 [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-172. Sentencia del 16 de abril del 2015 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional, Sentencia de Unificación SU-288. Sentencia del 14 de mayo de 2015 [M.P. Mauricio González Cuervo]