



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Procurador General

Bogotá, D.C., 5 de junio de 2013

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares".

Demandante: Hans Alexander Villalobos Díaz

Magistrado Ponente: GABRIEL MENDOZA MARTELO

Expediente D-9580

Concepto 5579

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por Hans Alexander Villalobos Díaz, en ejercicio de su ciudadanía, contra el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, cuyo texto con lo demandado en negrillas, es el siguiente:

DECRETO 1793 DE 2000

(septiembre 14)

Diario Oficial No. 44.161, de 14 de septiembre de 2000

Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

(...)

ARTÍCULO 13. RETIRO POR DECISION DEL COMANDANTE DE LA FUERZA. En cualquier momento, por razones del servicio y en ejercicio de su facultad discrecional, el Comandante de la Fuerza podrá retirar del servicio a los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva.

1. Planteamiento de la demanda

El actor considera que la norma demandada vulnera los artículos 13 y 29 de la Carta Política, bajo las siguientes consideraciones argumentativas:



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN**

Procurador General

Concepto 5579

Aduce que la facultad discrecional para el retiro de soldados profesionales prevista por la norma demandada, vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 Superior, pues para el caso de los Agentes, Personal Ejecutivo de la Policía Nacional, Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares –Ejército, Armada y Fuerza Aérea– las normas pertinentes disponen que para el retiro discrecional del servicio de éstos, se requiere de recomendación previa de las juntas asesoras correspondientes. En este contexto, concluye el actor afirmando que “(...) la ley preceptúa que para retirar del servicio activo **POR FACULTAD DISCRECIONAL** a todos los miembros de la Fuerza Pública, **ES REQUERIMIENTO que exista UNA RECOMENDACIÓN DEL CÓMITE (sic) PARA CADA CASO EN ESPECÍFICO, EXCEPTO PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES** según el artículo 13 del Decreto 1390 de 2000”. (negrillas y mayúsculas en el texto).

En el mismo orden de ideas, considera que carece de justificación y, por tanto, vulnera el derecho a la igualdad, la circunstancia en virtud de la cual se excluye a los soldados profesionales de una evaluación previa de los diversos componentes de su hoja de vida con el fin de determinar su retiro discrecional por razones exclusivamente relacionadas con el mejoramiento del servicio.

A su juicio, las razones anteriores conducen a que los soldados profesionales, que hacen parte de la Fuerza Pública, cuya regulación se establece en el artículo 216 constitucional, sean los únicos uniformados a los cuales no se les realiza una evaluación previa para efectos de su retiro.

Con relación al desconocimiento de las garantías integrantes del debido proceso previstas en el artículo 29 de la Constitución, y luego de citar varias sentencias proferidas por la Corte Constitucional acerca del deber de motivación de los actos de retiro del servicio, concluye que la inexistencia



Procurador General

Concepto 5579

de una junta o comité que examine el desempeño de los soldados profesionales exime de motivar objetivamente el retiro de éstos. En este contexto indica que *"(...) los únicos fundamentos que puede utilizar [el nominador] para retirar el funcionario es el que fue expresado subjetivamente por el Comandante de la Unidad Operativa Respectiva, del cual no se posee plena certeza que haya examinado a fondo la hoja de vida del soldado, los informes de inteligencia y contrainteligencia (...)",* entre otros.

Finaliza argumentando que la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa contra las razones esgrimidas para retirar del servicio a un soldado profesional, desconoce garantías esenciales del debido proceso como la garantía de contradicción y el desconocimiento del principio de publicidad, como consecuencia de la inexistencia de notificación al soldado retirado en ejercicio de la facultad discrecional.

2. Problema jurídico

El problema jurídico puede formularse de la siguiente forma:

¿Constituye una infracción al derecho de igualdad (artículo 13 CP) y al derecho al debido proceso (artículo 29 CP) la previsión normativa contenida en el artículo demandado, según el cual el Comandante de la Fuerza podrá retirar discrecionalmente del servicio a los soldados profesionales, a solicitud de los Comandantes de la Unidad Operativa respectiva?

3. Análisis constitucional

3.1 Cargos por quebrantamiento del derecho a la igualdad



Procurador General

Concepto 5579

El primer cargo contra la norma demandada se estructura en la vulneración al derecho de igualdad, pues considera el actor que el ejercicio de la facultad discrecional, sin motivación alguna, opera con exclusividad para los soldados profesionales en tanto cuerpo uniformado, lo que constituye un trato discriminatorio carente de justificación con respecto del resto de uniformados.

La acusación contra la norma parte de la comparación entre los soldados profesionales, de una parte, y los Agentes, Personal Ejecutivo de la Policía Nacional, Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares –Ejército, Armada y Fuerza Aérea–, de otra. Así las cosas, el trato discriminatorio se concreta en la inexistencia de una junta o comité para los soldados profesionales encargada de emitir una recomendación para efectos del retiro del servicio, entes cuya existencia prevén las normas para el caso, por ejemplo, de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. De ahí que lleve a considerar la medida empleada por el legislador extraordinario objeto de examen, como creadora de procedimientos disímiles para el retiro discrecional del servicio de diversos integrantes de la Fuerza Pública.

Para esta Vista Fiscal, el juicio de igualdad efectuado por el demandante parte de un supuesto cierto, cual es que la propia Constitución integra dentro de la Fuerza Pública tanto a la Policía Nacional como a las Fuerzas Militares (art. 216 CP). No obstante, dicha circunstancia no es suficiente para fundamentar un desconocimiento al derecho de igualdad, pues el artículo 217 Superior establece como fines de las Fuerzas Militares, "(...) *la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional*", mientras que el artículo 218 *ibídem*, establece como fines de la Policía Nacional, en cuanto cuerpo armado permanente de naturaleza civil, entre otros, "(...) *el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas...*".



Procurador General

Concepto 5579

En estos términos, dicho juicio debe centrarse en la comparación entre los miembros de las Fuerzas Militares, es decir, entre los Oficiales y Suboficiales y los Soldados profesionales, con el fin de determinar si la existencia de procedimientos disímiles –previsión de una junta para los primeros- vulnera la garantía de igualdad consagrada en el artículo 13.

El legislador extraordinario profirió, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, regulaciones divergentes para efectos de determinar el régimen de carrera especial para las Fuerzas Militares, contenido en los Decretos 1790 de 2000 y 1793 del mismo año, el primero aplicable a los Oficiales y Suboficiales y, el segundo, a los Soldados Profesionales. En estas normas se establecen, entre otros temas, las causales de retiro del servicio y su procedimiento concreto, previendo la existencia de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para el retiro discrecional de los Oficiales y Suboficiales, mientras que para el caso de los Soldados el retiro está regulado en la norma demandada en este proceso.

Para el Ministerio Público las diferencias establecidas por el legislador extraordinario en cada una de las normas citadas, pueden explicarse a partir de los "*roles*" que dentro de las Fuerzas Militares les están asignados, pues los Soldados Profesionales son "*(...) los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas*"¹, mientras que a los Oficiales y Suboficiales se les asignan funciones de conducción y mando, en caso de los primeros, y de actuación conjunta en dichas labores en caso de los segundos.

En este orden de ideas, la previsión legislativa de establecer procedimientos divergentes para cada uno de los grupos analizados, consistente en la

¹ Artículo 1 del Decreto 1793 de 2000.



Procurador General

Concepto 5579

existencia de una junta, se encuentra justificada en razón a las tareas propias que le corresponde a cada uno de los sujetos objeto de la norma, en la medida en que resultan relevantes e imponen un trato diferenciado. Para esta Vista Fiscal, con otras palabras, la distinción enunciada constituye de suyo, al menos *prima facie*, una plausible justificación de trato por las funciones propias de los grupos aducidos. Ahora bien, como se sostendrá en el apartado siguiente, el cargo por desconocimiento al debido proceso constituye el núcleo importante de la argumentación actoral, que es sobre el cual se podría esbozar una discusión constitucional de mayor alcance.

3.2 Cargos por desconocimiento al derecho al debido proceso

El cargo por violación al artículo 29 de la Carta se estructura, nuevamente, a partir de la inexistencia de una junta o comité para el retiro discrecional del servicio de los soldados profesionales. El argumento central esbozado en la demanda parte de que dicho retiro se basa en *lo expresado* por el Comandante de la Unidad Operativa correspondiente, sin evaluación de ciertos factores concretos tales como la hoja de vida, la existencia de procesos disciplinarios, las condecoraciones, entre otros.

La importancia de las funciones que constitucionalmente se han asignado a la Fuerza Pública en general, y a las Fuerzas Militares en particular, y su innegable conexidad con el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, demandan regulaciones específicas que atiendan a las particularidades e importancia que las mismas cumplen en un Estado determinado. La regulación constitucional sobre el tema da cuenta de las citadas diferencias, entre las que se encuentra la existencia de un régimen especial de carrera diferente del general. Uno de los rasgos de mayor importancia del régimen de carrera de las Fuerzas Militares es su carácter flexible, el que atiende a consideraciones relacionadas con el interés general, la seguridad del Estado y la seguridad de sus ciudadanos.



Procurador General

Concepto 5579

De particular relevancia para el caso concreto, resultan las consideraciones expuestas por la Sentencia C-368 de 1999, que luego de hacer un recuento sobre la materia, indicó:

Como se deduce de las providencias comentadas, la jurisprudencia de la Corte en relación con los servidores públicos que desarrollan labores relacionadas directamente con la seguridad del Estado o la seguridad ciudadana se orienta a avalar una flexibilización del régimen de carrera de estos funcionarios. La mencionada flexibilización se ha justificado con tres argumentos, a saber: la autorización constitucional para establecer regímenes especiales de carrera para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (C.P., arts. 217 y 218); la facultad del Congreso para establecer normas especiales para el retiro de funcionarios inscritos en la carrera administrativa (C.P., art. 125, inciso 2); y la obligación del Estado de proteger el interés general, representado en estos casos en la seguridad ciudadana y en la misma seguridad del Estado.

Bajo esta perspectiva argumentativa, la norma demandada encuentra fundamento constitucional desde una triple dimensión y, por lo tanto, la inconstitucionalidad de la misma carece de fundamento, pues “[e]n varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen”².

Ahora bien, la discrecionalidad prevista en la norma demandada para desvincular discrecionalmente soldados profesionales, debe entenderse desde un sentido constitucional y no debe confundirse con una facultad *arbitraria* ejercida sin ningún tipo de control, que es tal vez la dimensión jurídica más importante en este caso. Y sobre este aspecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en un ejercicio expansivo, ha decantado la *necesidad de motivación* de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales previstas en normas legales, para un buen número de casos, concluyendo que la motivación de los actos es una exigencia derivada de la propia Constitución.

² Sentencia C-179 de 2006.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN**

Procurador General

Concepto 5579

Buen ejemplo de ello lo constituye la Sentencia SU-917 de 2010, en la que la Corte Constitucional analizó la situación de algunos empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. En dicho fallo la Sala estructuró la dimensión constitucional del deber de motivación de los actos administrativos partiendo del deber general de exponer, por parte de la administración, las razones de hecho y de derecho que sustentan su actuación. Acerca del tema dijo la Corte:

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, le asiste razón al actor cuando afirma que la necesidad de motivar el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario.

En este orden de ideas, la motivación de los actos administrativos adquiere dimensión constitucional en tres planos concretos: (i) en el plano de la cláusula de Estado de Derecho, pues la sujeción de las autoridades al ordenamiento jurídico impone que éstas fundamenten sus decisiones en aquel; (ii) en el plano del debido proceso y, en particular, de la garantía a ejercer el derecho de contradicción, toda vez que la ausencia de motivación alguna impide, desde el punto de vista fáctico y material, controvertir las razones del acto y; (iii) en el plano del principio de publicidad, en tanto rector de la función administrativa, como quiera que la exposición de los motivos resulta insuficiente si el acto no le es dado a conocer al administrado por un medio eficaz.

Así mismo, cabe recordar que *"[e]n un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no*



Procurador General

Concepto 5579

*a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legales sean controlables*³.

Desde esta perspectiva general, se insiste en que el correcto entendimiento de la norma demandada implica la existencia de una facultad discrecional pero no arbitraria, que se especifica en varios aspectos:

En primer lugar, la previsión de un procedimiento concreto de carácter administrativo debe ser entendido conforme a las reglas constitucionales, toda vez que dicho procedimiento, por mandato de la Carta, debe estar regido por los principios y garantías previstas en el artículo 29. Así, “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, sin distinción alguna. En este sentido la facultad discrecional respeta el debido proceso y asegura su vigencia.

En segundo lugar, la facultad discrecional consulta la existencia de un régimen de carrera especial, que aun cuando flexible y diferenciado, no deja de fundarse en el mérito como principio estructural, de modo que la ausencia de motivación de los actos, en un ejercicio que desborda la discrecionalidad, restringiría de manera importante las expectativas legítimas de los soldados profesionales a ascender a dragoneante dentro de la carrera especial de las Fuerzas Militares. En este sentido, la facultad discrecional respeta las expectativas legítimas de ascenso de los soldados profesionales.

Por último, el ejercicio de la facultad discrecional para el retiro del servicio, tal y como lo establece la norma demandada, debe coincidir con “razones del servicio” y no con motivaciones subjetivas o caprichosas del comandante de la unidad respectiva. Las razones del servicio no pueden ser otras que las funciones constitucionalmente establecidas para las Fuerzas Militares (217 inc. 1º), razón por la cual la facultad que otorga la norma

³ *Ibíd.*



Procurador General

Concepto 5579

demandada supone *elementos normativos*, esto es, las razones del servicio para el retiro de los soldados profesionales.

En suma, la facultad discrecional prevista por la norma no puede ser inconstitucional en tanto el concepto mismo de discrecionalidad, con toda su carga racional y el desarrollo jurisprudencial referido, encuentra fundamento en el debido proceso, la sujeción de las autoridades públicas al derecho, el mérito como forma de ascenso y el respeto de los principios que rigen la función administrativa.

4. Conclusión

En mérito de lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte declarar **EXEQUIBLE** el artículo 13 del Decreto 1793 de 2000, por los cargos analizados en la presente demanda.

De los Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

GMR/ DFYM