

ALCANCE DE LA CAUSAL DE RETIRO POR “LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS” EN LA FUERZA PÚBLICA*

*Mhimy del Pilar Guerrero S.***

RESUMEN

Este documento pretende analizar la causal de retiro por “llamamiento a calificar servicios” de los militares y policiales, la cual ha sido considerada por las Altas Cortes, como típica facultad discrecional, aspecto que pretende ser controvertido por la autora. Desafortunadamente el espíritu de esta causal ha sido desorientado y los mandos militares y policiales la están utilizando como si se tratara del ejercicio de una facultad discrecional plena. Por lo anterior, surge la necesidad de precisar con claridad las diferencias entre el retiro discrecional que también está consagrado en las normas castrenses y la causal denominada “llamamiento a calificar servicios”.

Las presentes páginas se enmarcan en una investigación de tipo documental, exploratoria y explicativa. Lo anterior en razón de que las mismas son el producto de la revisión de doctrina y jurisprudencia, del análisis de un tema que hasta la fecha no ha sido objeto de estudio y del intento por responder las razones por las cuales la citada causal de retiro es considerada por las Altas Cortes del Estado colombiano como potestad discrecional.

El anterior ejercicio académico permitió adelantar una investigación cualitativa, comoquiera que pretendió captar la realidad de la operancia de la mencionada causal de retiro en el marco normativo colombiano. Es oportuno anotar que la presente investigación es, principalmente, cualitativa de tipo descriptiva, ya que su objetivo fue describir el marco jurídico de causal de retiro por “llamamiento a calificar servicios”.

PALABRAS CLAVE

Causal de retiro, llamamiento a calificar servicios, facultad discrecional, facultad reglada, deber de motivar.

Fecha de recepción del artículo: 1 de septiembre de 2011

Fecha de aprobación del artículo: 18 de noviembre de 2011

* Este documento es un artículo de reflexión atendiendo a la experiencia de la autora como ex procuradora judicial ante la Fuerza Pública y litigante ante los operadores judiciales administrativos.

** Abogada de la Universidad del Cauca, especializada en Derecho Administrativo, Derecho Procesal y Ciencias Penales, magíster en Ciencias de la Educación con énfasis en Docencia Universitaria, diplomada en el Programa Especializado en Derechos Humanos por la Academy on Human Rights and Humanitarian Law, American University, Washington College of Law, docente de pregrado y posgrado en módulos de Derecho Administrativo y Procesos Contencioso-administrativos, coordinadora de posgrados de Derecho Público del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre, Bogotá, D.C. Correo electrónico: mhimypostgradospublico@gmail.com

ABSTRACT

This paper tries to analyze the grounds for removal by “Call to qualify services” of the military and police in Colombia, which has been regarded as typical discretion, something that pretends to be contested by the author. Unfortunately the spirit of this ground has been disoriented and military and police are using it as if it were the exercise of discretion full. It is for this that there is a need to specify clearly the differences between discretionary withdrawal is also enshrined in the military and the causal rules called “appeal to qualify for services.”

These pages are part of a documentary research, exploratory and previous explicative. The motive that they are the product of the review of the Doctrine and Jurisprudence, the analysis of a topic that to date has not been studied and it attempts to answer the reasons why the cited grounds for removal is considered by the Colombian State high courts as discretionary faculty.

The previous academic year allowed a qualitative advance, however we tried to capture the reality of effectiveness of that grounds for removal in the Colombian regulatory framework. It is important to note that this research is primarily descriptive, qualitative, whatever its aim was to describe the legal framework of the reason for withdrawal “rate call services”.

KEY WORDS

Causal of retirement, call to render services or duty, discretionary faculty, enforced faculty, to motivate.

INTRODUCCIÓN

Es evidente la confusión que se ha generado en los operadores judiciales, esto es, en jueces y magistrados, acerca de la aplicabilidad de la causal de retiro tipificada “llamamiento a calificar servicios”. La operatividad de dicha causal, en modo alguno ha generado abusos de la administración y de los altos mandos militares y policiales, por cuanto éstos en principio son quienes por desconocimiento del alcance de esta causal de retiro del servicio activo de oficiales y suboficiales asumen poseer facultades discrecionales plenas para disponer sobre la permanencia de sus subalternos sin que medie consideración jurídica alguna, con el ingrediente de que en gran proporción de casos donde se aplica esta forma de retiro se utiliza para otorgar juicio de reproche a quienes –en su sentir– tildan de desleales, o para proscribir el adelantamiento de las respectivas investigaciones disciplinarias y/o administrativas por hechos aislados, con apreciaciones subjetivas sin ningún sustento probatorio atribuibles a sus subordinados, y lo que raya con el despropósito es que esta forma de prescindir de excelentes mandos medios se soporta en comportamientos clientelistas como recomendaciones de comandantes de mayor graduación que la de quien van a someter al retiro.

Afortunadamente, con posterioridad a la Constitución de 1991 algunos operadores judiciales con competencia en el tema han entendido los principios en que se inspiró el constituyente para proferir nuestra Carta Política y bajo este presupuesto han proferido fallos declarando la nulidad de los actos administrativos y ordenado el reintegro correspondiente, sosteniendo que en el Estado social y democrático de Derecho no existen facultades discrecionales plenas, y, aunque en este sentido no está explicada de manera integral la causal “por llamamiento a calificar servicios”, es menester aceptar que no todos los administradores de justicia con capacidad legal para interpretar esta causal están en tan craso error.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA FUERZA PÚBLICA

• Fuerzas Militares

Después de los acontecimientos del 20 de julio de 1810, la Junta Suprema de Gobierno recién creada anuncia la conformación del *Batallón Voluntarios de Guardias Nacionales* compuesto por infantería y caballería, al mando del teniente coronel Antonio

Baraya. De 1810 a 1816 la nación se sumerge en disputas entre federalistas y centralistas, lo cual fue aprovechado por la corona española para emprender su reconquista, y para este fin envía al general Pablo Morillo. Luego viene la campaña libertadora al mando del venezolano Simón Bolívar, que culmina con la Batalla de Boyacá el 7 de agosto de 1819 con la que se consolida la independencia de la Nueva Granada. En 1886 se sancionó una nueva Constitución, que nació en el seno de la Regeneración conservadora. Este proyecto de gobierno centralizó los dos ámbitos de dominio indispensables de un Estado - Nación: el monopolio fiscal y el de la fuerza. De esa manera se dispuso que la Nación debería tener para su defensa un ejército permanente unificado al servicio del poder regenerador. Requisito indiscutible para poder poseer el monopolio de la fuerza, con lo cual el gobierno regenerador no tendría oposición bélica. Se dejaban atrás todas las formas de ejército o milicias que pudiesen existir al servicio y bajo el mando de los antiguos estados soberanos, ahora departamentos, perdiendo así la autonomía que habían obtenido de poseer fuerza armada a su servicio en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

El 7 de agosto de 1904 llegó a la presidencia de la República el General Rafael Reyes. Recibió un país asolado por una guerra civil de tres años (Guerra de los Mil días) y, a su vez, desmembrado por la pérdida del departamento de Panamá. Las iniciativas de establecer una institución formadora de un cuerpo de oficiales en el marco de un ejército centralizado entre 1886 y 1904 se tomaron bajo el ideal del Ejército respetable y civilizado. En cambio, a partir de 1904 el ideal vigente era el de un Ejército profesional. El gran legado de los gobiernos regeneradores al gobierno de Reyes fue la centralización del Ejército y el ejercicio exclusivo, legal y legítimo de las armas. La tecnificación se inició con la fundación de la Escuela Militar de Cadetes, para lo cual se contrató una misión militar chilena que asesoró al Ministerio de Guerra; el 1 de julio de 1907 inició la Escuela sus labores. Aparte de la dirección de la Escuela Militar, la misión chilena tuvo a cargo la reorganización del Ejército; permaneció en el país hasta 1914. En 1926 llegó al país una misión suiza compuesta por los coroneles Jugler Von Verth y Guatier y el capitán Pessina. (Rey, 2008, pp. 150-175).

A partir del 1° de junio de 1820 el célebre general Rafael Reyes en su calidad de presidente de la República creó la Escuela Militar de Cadetes para profesionalizar los mandos militares y atender las necesidades de la República: defender la soberanía y la integridad del territorio que se había arrebatado a España.

Ahora bien, refiriéndonos a la carrera militar, las Constituciones de la época con sus reformas fueron parcas en establecer normas de carrera para desarrollar la labor profesional de los militares; sin embargo, vale la pena precisar que algunas disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991 consagraron aspectos esenciales de carrera para la protección de los derechos laborales de los militares como el Decreto-Ley 1211 de 1990 que aún conserva vigentes todas las normas alusivas a las asignaciones, subsidios, primas, traslados, comisiones, pasajes, viáticos y licencias.

• **Policía Nacional**

Con respecto a la Policía Nacional, el 5 de noviembre de 1891, por Decreto 1000, el presidente de la República Carlos Holguín creó la Policía Nacional, eliminando la policía departamental, la policía municipal, el cuerpo de serenos y el escuadrón de guardias montados y designó como primer director al comisario 1°. Juan María Marcelino Gilibert, nacido en Fustinag, departamento francés de Haute Garonne, y su reglamento es aprobado el 12 de diciembre de 1891. La fuerza de Policía dependía del Ministerio de Gobierno, y recibía instrucciones del gobernador de Cundinamarca y el alcalde de Bogotá. Luego, mediante el Decreto 1814 del 10 de julio de 1953, se incorporó la Policía al Ministerio de Guerra, como cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Militares, adquiriendo carácter de militar, cobijando a los miembros de la institución policial con el fuero penal militar, siendo presidente de la República el general Gustavo Rojas Pinilla.

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 193 del 30 de diciembre de 1959, desde el 1° de enero de 1960 la Nación asumió el sostenimiento, dotación y pago de los sueldos de la Policía en todo el territorio de la República, de este modo terminando su proceso de nacionalización.

Desde 1991 la Constitución Política de Colombia definió la Policía Nacional como un cuerpo armado de naturaleza civil, suprimiéndola del Comando General de las Fuerzas Militares; está adscrita al Ministerio de la Defensa, según Ley 62 del 12 de agosto de 1993.

Los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares tienen un fuero especial de carácter penal conforme al cual deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares cuando cometan delitos en servicio activo o en relación con el mismo servicio. El constituyente de 1991 fue consciente de la “zona gris” a la que ha hecho alusión la Corte, que sitúa a la Policía Nacional en los límites entre lo militar y lo civil.

MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LA CARRERA MILITAR Y POLICIAL

Con la expedición de la Carta Política de 1991, en el artículo 217 se determinó que *“La nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. (...) La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que les es propio”*. A su turno, el artículo 218 *ibidem* consagró: *“La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.”*

De conformidad con la citada normatividad, el gobierno nacional se empeñó en el programa de modernización de la Fuerza Pública orientado en los objetivos de cumplir con el reto de garantizar la seguridad y coexistencia pacífica de todos los colombianos, y mediante la Ley 578 de 2000 obtuvo facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con la Fuerza Pública. En ejercicio de ellas, expidió entre otros, el Decreto Ley 1790 de 2000 “Normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, Decreto

Ley 1799 de 2000 “Normas de Evaluación y Clasificación para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, Decreto Ley 1791 de 2000 “Normas de carrera del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional” y otras disposiciones concordantes sobre capacidad psicofísica, estructura del sistema de salud y régimen de soldados profesionales.

JUSTIFICACIÓN DE LA CAUSAL DE RETIRO “POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS”

En razón de que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional son instituciones jerarquizadas que desarrollan su labor bajo los principios de obediencia y subordinación; garantes de la disciplina; y a consecuencia de actos que ameritaron la toma de medidas inmediatas para separar a oficiales especialmente que protagonizaron comportamientos censurados por la comunidad y que trascendieron a la órbita internacional, entre ellos, el caso realizado por coroneles en Pasto en 1944 cuando apresaron al jefe de gobierno, el jefe de Estado y la cúpula militar, tuvieron a bien consagrar esta causal de retiro en los estatutos de carrera para prescindir de aquellos miembros de la institución, por adoptar un credo político o participar en organizaciones que desestabilizaran el orden social. Con el correr del tiempo esta causal fue incorporada en los estatutos de carrera, consagrando el espíritu mencionado, utilizándola además para retirar del servicio activo a aquellos miembros de la institución que sin comprometerse en conductas que ameritaran investigaciones disciplinarias, procedía por transgredir las virtudes militares, *v. gr.* presentar apatía hacia el ejercicio del mando, denotar marcada benevolencia en el ejercicio de la autoridad al punto de incurrir en debilidades con sus subalternos, etc.

DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LA CAUSAL DE RETIRO “POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS” Y DISPOSICIONES concordantes

El Decreto Ley 1790 de 2000, art.103 determina: *“Retiro por Llamamiento a calificar servicios. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares solo*

podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido quince años o más de servicio, salvo lo dispuesto en el artículo 117 de este Decreto. Esta disposición fue modificada por el artículo 25 de la Ley 1104 de 2006, al siguiente tenor literal: *“El artículo 103 del Decreto-ley 1790 de 2000 quedará así: **Artículo 103.** Llamamiento a calificar servicios. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro.”*

JUSTIFICACIÓN PARA LA MODIFICACIÓN DE LA NORMA

Desde su creación en las normas de carrera militar especial y de conformidad con el artículo 163 del Decreto-Ley 1211 de 1990, esta causal se había mantenido para dar aplicación cuando el oficial o suboficial alcanzaba los quince años de servicio, toda vez que en las mismas disposiciones se contemplaba que con esta antigüedad tenía derecho a asignación de retiro. Posteriormente, con el propósito de proteger el erario, los intereses de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y Policía Nacional y a la vez unificar en un solo Estatuto el Régimen Pensional y de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública incluyendo oficiales, suboficiales y soldados profesionales, el gobierno nacional expidió el Decreto-Ley 4433 de 2004 fijando dicho Régimen y en el artículo 14 estableció: *“Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren por voluntad propia... tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así...”* De igual manera quedó consagrado este régimen de asignación de retiro

para el personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional en actividad, en el artículo 24 *ibídem*.

Ante el incremento de 3 años para la asignación de retiro, la Ley 1104 de 2006 estableció que el retiro por la causal de “llamamiento a calificar servicios” se podría aplicar cuando se tuviera derecho a la asignación de retiro, es decir, con más de dieciocho (18) años de servicio.

DISPOSICIONES CONCORDANTES CON LA CAUSAL DE RETIRO “POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS”

En virtud de las especiales circunstancias de jerarquía, subordinación, mando y utilización del talento humano, la carrera militar ha sido exigente en la evaluación y calificación de sus integrantes en los aspectos moral, personal y profesional; por estas razones los Estatutos que la desarrollan van apareados o son concordantes con normas que determinan la forma, criterios, técnicas y procedimientos para la evaluación y clasificación del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Igual circunstancia ha ocurrido en la Policía Nacional, donde, desde su creación en nuestro país ha tenido una infraestructura militar asimilándola en todo su contexto a las Fuerzas Militares en lo que corresponde a grados, ascensos, remuneración, régimen disciplinario y de Justicia Penal Militar, lo que hace que igualmente tengan establecido su Régimen de Evaluación y Clasificación.

De la normativa que consagra dicho régimen se ha exceptuado a los oficiales generales y de insignia en virtud a que éstos son llamados a curso de Altos Estudios Militares y Policiales para obtener los primeros grados de esta jerarquía (brigadier general y contraalmirante) en forma discrecional por el gobierno nacional de los coroneles que cumplan la antigüedad y los requisitos para ese efecto y éstos deben ser sometidos a aprobación del Congreso de la República por expresa disposición constitucional, significando esto que el acto administrativo de ascenso de un oficial general o de insignia es complejo por cuanto participan el poder ejecutivo y el legislativo.

Para el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las normas que determinan la evaluación y clasificación están contenidas en el Decreto-Ley 1799 de 2000 y para el caso de la Policía Nacional están consagradas en el Decreto-Ley 1800 de 2000.

En virtud de lo anterior, el Decreto-Ley 1790 de 2000 en su artículo 99 consagra que los retiros de los oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. Las razones de esta disposición son:

En todos los ejércitos del mundo, los oficiales constituyen la base fundamental de la pirámide castrense y en virtud del principio de equidad, su estabilidad debe ser protegida por el legislador.

- Los Estados invierten inconmensurables recursos en la formación y capacitación física, moral y profesional de estos servidores públicos, sin que puedan ser sustituidos por otros profesionales de manera circunstancial e inmediata, toda vez que las instituciones militares son únicas, *v. gr.* los abogados, médicos, ingenieros se forman en diversas facultades, en cambio los militares y la policía nacional sólo lo hacen en las escuelas de formación destinadas a este propósito.
- Por la especificidad de las áreas del conocimiento que tienen que abordar: inteligencia, contrainteligencia, operaciones, logística, etc., la infraestructura docente y funcional de estas instituciones es de propiedad del Estado sin que pueda la empresa privada suplir estas necesidades.

La selección del recurso humano para ingresar a estas escuelas de formación militar y policial es un proceso costoso en el que el Estado invierte la mayor parte de recursos para estudios de inteligencia y pruebas psico-técnicas.

Así las cosas, el retiro de los oficiales de las Fuerzas Militares requiere el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares (regulada por Decreto-Ley 1512 de 2000) y de la Junta Asesora del Ministro de Defensa para la Policía Nacional. A su turno, el artículo 57 *ibidem* determina las funciones de estas juntas ase-

oras, señalando entre otros aspectos: “aprobar o modificar las clasificaciones de los oficiales y recomendar al gobierno, por intermedio del Ministro de Defensa Nacional, los ascensos, llamamientos al servicio y retiro de los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional” En observancia de los anteriores postulados, el artículo 53 del Decreto-Ley 1799 de 2000 determina: “**OBJETO DE LAS LISTAS.** Las listas de clasificación constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre: a...b...c...d. Retiros del servicio activo”. De igual manera, el Decreto-Ley 1800 de 2000 establece las normas de evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional en servicio activo hasta el grado de coronel y exige fundamentar el concepto previo que se requiere para el retiro, artículo 54, Decreto-Ley 1791 de 2000 en la evaluación del desempeño.

ANÁLISIS NORMATIVO

De las disposiciones transcritas se colige que la causal de retiro “por llamamiento a calificar servicios” en la Fuerza Pública no deviene de una facultad discrecional como lo han entendido los operadores de todo nivel, por el desconocimiento de las normas castrenses que la gobiernan.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho y teniendo en cuenta que éste surgió como reacción a la desigualdad creada en las relaciones capitalistas del siglo XIX y al principio *laizess faire, laizess passer*, el intervencionismo introducido a comienzos del siglo XX dotó al Estado de instrumentos para determinar la actividad de los poderes públicos bajo el fundamento de una idea regulativa que le impone la obligación de buscar la justicia social en sus actuaciones, promoviendo la igualdad para los diferentes grupos sociales sin que ello signifique la implementación del igualitarismo, así como la definición de Estado de Derecho “...*que significa la preeminencia jurídica y de justicia de las instituciones*” (Manrique, 1992).

De otra parte, con la creación de la Corte Constitucional este cuerpo colegiado ha determinado:

“Respecto del uso de la facultad discrecional en la emisión de actos administrativos en las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, esta corporación las ha avalado (ver entre otras sentencias: c-179-06, c-525-95, Ver sentencia de tutela: T-1158-08) siempre y cuando cumplan unos requerimientos determinados. De este modo, se definió en primer lugar que los actos administrativos que se emiten en uso de una facultad discrecional deben ser motivados (ver entre otras sentencias: SU-250-98, T-576-98, C-734-00, C-279-07). El deber de motivación deriva de la garantía del derecho constitucional al Debido Proceso, el cual implica que cuando está en discusión la disposición de un derecho, el afectado tiene la seguridad de contar con condiciones sustanciales y procesales para la protección y defensa de sus intereses (...) En el contexto de un Estado Social de Derecho, el deber de motivar un acto administrativo, incluso cuando se sustenta en una facultad discrecional es la forma de evitar el regeneramiento de dicha prerrogativa en arbitrariedad y es lo que permite contener los posibles abusos de autoridad, dotando al afectado de herramientas para acceder a la administración de justicia a fin de controvertir el acto y a su vez proveyendo de instrumentos para que los jueces que deben en determinado evento proceder a realizar su control, establezcan si el acto se ajustó o no a lo querido por el ordenamiento jurídico. La motivación de un acto administrativo, según lo ha señalado esta Corporación (T-576-98, reiterada en T-1168-08) debe ser: ‘suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión’ y es lo que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, pues ante su ausencia el apoyo de la decisión sería la sola voluntad de quien lo adopta, postulado que contradice la filosofía del Estado Social de Derecho que enseña que no hay poder personal y que el ciudadano tiene la garantía de que el actuar de la administración se ajusta a lo regulado por la ley...” (Corte Constitucional, 2010).

No obstante lo anterior, cuando la Corte Constitucional ha conocido por control de constitucionalidad de las normas de causales de retiro y por revisión de fallos de tutela impetrados por miem-

bros de la Fuerza Pública, al analizar la causal de retiro “por llamamiento a calificar servicios” la ha encasillado como si se tratara del ejercicio de una facultad discrecional, cuando esta causal de retiro por facultad discrecional se halla consagrada en el artículo 104 del Decreto-Ley 1790 de 2000, en tanto que la primeramente nombrada se halla establecida en el artículo 103 *ibídem*, para las Fuerzas Militares.

DIFERENCIAS ENTRE LA CAUSAL DE RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS (ART. 103 DEL DECRETO-LEY 1790 DE 2000) Y LA CAUSAL DE RETIRO DISCRECIONAL (ART. 104 DEL DECRETO-LEY 1790 DE 2000)

A. De orden fáctico

- Retiro por llamamiento a calificar servicios: fue institucionalizado desde mediados de la década de 1940 con el propósito de otorgar herramientas al gobierno nacional y al mando militar y policial para prescindir de aquellos oficiales que inicialmente incurrieran en comportamientos que sin constituir falta disciplinaria, no les permitieran continuar al servicio de la institución por cuanto su permanencia en ella podría resultar de grave peligro para la estabilidad del gobierno, *v. gr.*, participar en política apoyando a determinado partido y/o candidato. Posteriormente, al establecer la carrera de suboficiales como profesionales de escalafón diferente al de los oficiales la causal de retiro se adoptó igualmente para éstos. Entre las décadas 1950 y 1980 se utilizó esta causal en menor proporción, toda vez que los cursos de oficiales eran reducidos y quienes llegaban a los altos grados: teniente coronel y coronel, y sus equivalentes en la Armada Nacional eran muy pocos; por esta razón se estableció a partir de los quince años de servicios sin que el llamado a calificar servicios perdiera prerrogativa o prestación alguna.
- Retiro discrecional: se institucionalizó a partir del año 2000, en razón de que con la promulgación de la Constitución Política de 1991 se interpretó el Estado Social de Derecho, carente de facultades discrecionales plenas para las autoridades públicas. Puede utilizarse en cual-

quier tiempo para prescindir de los servicios de los militares y policiales que incurran en comportamientos que sin constituir faltas disciplinarias o penales, sus conductas sean inconvenientes para continuar en la institución, *v. gr.*, que sus familiares denoten comprometimiento con grupos al margen de la ley en la que pueda resultar involucrado el oficial o suboficial. Prácticamente en ese entonces eran los mismos comportamientos con los que podía aplicarse la causal de llamamiento a calificar servicios, pero sin tener que esperar 15 años para prescindir de los servicios del oficial o suboficial.

B. Desde el punto de vista jurídico

El llamamiento a calificar servicios requiere en la actualidad que el militar o policial haya cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro. Para el caso de los oficiales requiere concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares y Policía Nacional, pero éste debe ser emitido fundado en el estudio que presenta el Comandante de Fuerza al cuerpo colegiado, el que debe tener en cuenta la Lista de Clasificación en la que se encuentre el oficial o suboficial, en estricta observancia del artículo 53 del Decreto-Ley 1799 de 2000 “Normas de Evaluación y Clasificación para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares” y del Decreto 1800 de 2000 “Normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional”. En cambio, para el retiro discrecional el legislador castrense estableció la “recomendación del Comité de Evaluación” para el efecto, el cual está regulado en el artículo 104 del Decreto-Ley 1790 de 2000.

Para el caso de la Policía Nacional el Decreto 1791 de 2000, en su artículo 57 consagró: “**RETIRO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS.** El personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo solo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, después de haber cumplido veinte (20) años de servicio”. En cuanto al retiro por voluntad del gobierno o de la Dirección General de la Policía

Nacional, estas autoridades “*podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados.*”

CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LAS ALTAS CORTES: CONSEJO DE ESTADO Y CORTE CONSTITUCIONAL

Consejo de Estado

La Sección Segunda, mediante sentencia del 14 de junio de 2007, expediente 6961-05, y cuya magistrada ponente fue la doctora Ana Margarita Olaya, dispuso:

“Ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo. Lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario; pero pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyan plena garantía de la eficiente prestación del servicio y que no está obligado a explicitar en el acto por medio del cual, haciendo uso de una facultad legal, lo retira del servicio. De ahí que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que contiene una decisión de esa naturaleza, esté obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición, lo cual en el presente caso no se probó (...) Tal voluntad, dentro de las condiciones legales anotadas, es una facultad que no requiere explicar los propósitos que animan el acto que la materializa, en lo cual guarda analogía con la relativa a la insubsistencia de empleados públicos de libre nombramiento y remoción en donde también se encuentra la expresión de voluntad del nominador; lógicamente en aras del buen servicio. El ‘llamamiento a calificar servicios’ es una situación que, de acuerdo con el marco normativo que antecede, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional y, por tanto, el acto que así lo disponga lleva implícita la presunción de legalidad...” (Consejo de Estado, 2007).

Corte Constitucional

Mediante sentencia C-072 de 1996, la Corte Constitucional manifestó que:

“(...) La norma enjuiciada no consagra en efecto la forzosa consecuencia del retiro por el sólo hecho de cumplir cierto número de años al servicio de la Institución y, por otra parte, debe precisarse el alcance de lo que se entiende por ‘calificar servicios’, acepción que implica el ejercicio de una facultad discrecional que, si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficiales en el servicio activo, no significa sanción, despido ni exclusión infamante o deshonrosa, (...) Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, (...) Así, declarar la inexequibilidad total del precepto, como lo pretende el accionante, llevaría a la conclusión de que el llamamiento a calificar servicios está proscrito por la Constitución Política, lo que no resulta acertado por cuanto es una modalidad válida de culminar la carrera oficial en los cuerpos armados que en nada contradice los preceptos superiores, al paso que si se optara la declaración de inexequibilidad de la condición introducida por la norma acusada a la facultad de la institución nominadora

-la exigencia de que hayan transcurrido quince años de servicio- se plasmaría una discrecionalidad absoluta que acabaría con el derecho del oficial o suboficial a una estabilidad mínima en el desempeño de su función y, por tanto, conduciría a la eliminación de una garantía, plasmada a favor de quienes integran el contingente humano de la Policía Nacional, que tampoco vulnera precepto alguno de la Carta Política (...) En conclusión, los actos de naturaleza reglada o discrecional, constituyen el ejercicio de una potestad previa atribuida por el ordenamiento jurídico; por tanto, la potestad discrecional no es una potestad extralegal, sino legal y por ende cuando se aplica se presume de legalidad...”
(Corte Constitucional, 1996).

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, mediante sentencia T-723/10 y cuyo contenido ratifica varios apartes de lo dispuesto en la sentencia T-297/09, el Tribunal Constitucional se refirió entre otros aspectos, al deber de motivar los actos

administrativos mediante los cuales se disponga el no llamamiento a curso, la negativa al cambio de fuerza y el llamamiento a calificar servicios y en este sentido, previo que:

“El deber de motivación deriva de la garantía del derecho constitucional al debido proceso, el cual implica que cuando está en discusión la disposición de un derecho, el afectado tiene la seguridad de contar con condiciones sustanciales y procesales para la protección o defensa de sus intereses. Y es con la finalidad, precisamente, de desarrollar este derecho, que se impone el respecto a los principios de publicidad, inmediatez y libre apreciación de la prueba, dándosele la oportunidad al afectado de exponer sus argumentos y aportar pruebas que contribuyan para su defensa, para lo cual necesita conocer los motivos de una determinada decisión para poder controvertirla. En el contexto de un Estado Social de Derecho, el deber de motivar un acto administrativo, incluso cuando se sustenta en una facultad discrecional, es la forma de evitar el regeneramiento de dicha prerrogativa en arbitrariedad y es lo que permite contener los posibles abusos de autoridad, dotando al afectado de herramientas para acceder a la administración de justicia a fin de controvertir el acto y a su vez proveyendo de instrumentos para que los jueces que deben en determinado evento proceder a realizar su control, establezcan si el acto se ajustó o no a lo querido por el ordenamiento jurídico. Finalmente, se resalta que el deber de motivar las actuaciones discrecionales es de tal relevancia, que incluso en el evento en que expresamente la ley autoriza no motivar un acto, esta Corporación ha señalado que las razones han de quedar expuestas en la hoja de vida del afectado (...) El objetivo de las facultades discrecionales, que en este caso son el llamamiento a curso, a calificar servicios y el cambio de fuerza en las Fuerzas Militares, es satisfacer la finalidad constitucional de la institución cual es ‘la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional’, para lo cual requiere escoger para la permanencia y ascenso en su institución al personal que posea méritos superiores en las condiciones y expectativas que el perfil requiera, haciéndose uso de un proceso de evaluación regulado por la ley. (...) Las Fuerzas Militares poseen normas acerca de

la evaluación y clasificación de sus oficiales y suboficiales, dicha normatividad está prevista en el Decreto 1799 de 2000. La evaluación permite al evaluado obtener información válida acerca de su situación, al evaluador facilitar el cumplimiento de las funciones profesionales y a la institución dar información válida para la toma de decisiones (artículo 2). La evaluación permite a la Junta Clasificadora (artículo 38) clasificar, valga la redundancia, al personal en listas de acuerdo a la calidad de los oficiales y a los resultados obtenidos (artículo 48). Dichas listas sirven de base para los estudios que adelantan los Comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para definir aspectos como ascensos de personal, mejor utilización del talento y retiros del servicio activo (artículo 53). Con respecto al proceso de evaluación, esta Corporación en sentencia C-872/03 al estudiar el artículo 27 del señalado decreto que disponía la reserva de los documentos de evaluación y el artículo 42 que señalaba que las decisiones tomadas por la Junta y los documentos que en ellos consten tienen carácter de reservado, consideró que ‘del exámen de las funciones legales atribuidas a la Junta Clasificadora se concluye que los documentos donde se exponen los motivos por los cuales un oficial o un suboficial fue clasificado para ascenso en una u otra lista, no guardan relación alguna con el mantenimiento de la seguridad nacional, ni con el disfrute de los derechos fundamentales del evaluado, y por ende el conocimiento de los mismos, por parte de la ciudadanía no viola bien jurídico alguno. Sin duda, se trata de simples decisiones administrativas, sobre el manejo de personal las cuales no presentan un vínculo de conexidad material con la protección de la integridad territorial del país ni con la defensa de las instituciones democráticas. Tampoco encuentran soporte alguna en la garantía del derecho a la intimidad del oficial o suboficial sometido a estos procesos de clasificación para ascenso’. (...) Asimismo se comprueba que en el Acta No. 10 del 9 de septiembre de 2009 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares, base de la Resolución 4206 que recomendó el retiro del accionante de la institución, para justificar el llamamiento a calificar servicios de éste solamente se señaló que la decisión se adoptaba por

‘necesidad de planta y mejoramiento del servicio’ y a continuación mencionó las normas que facultan esta clase de retiro. Lo que censura esta Sala, es que no consta en el análisis, que del estudio del folio de vida y de las calificaciones obtenidas por el accionante en su trayectoria profesional se derivó que la decisión de retirarlo del servicio contribuiría para el mejoramiento del servicio que presta a la institución. En conclusión, la discrecionalidad de los actos de retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tiene pleno respaldo constitucional. Sin embargo, dicha discrecionalidad no es absoluta. En este sentido, un acto de retiro discrecional se ajusta a la Constitución, cuando es respetuoso de los principios de proporcionalidad y razonabilidad: el acto administrativo de retiro se encuentra debida y suficientemente motivado, de conformidad con el concepto previo emitido por la junta asesora o comité de evaluación, según el caso, y existe una relación directa entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la fuerza pública” (Corte Constitucional, 2010).

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, en el fallo T-824/09 se reiteró la T-299-99 al sostener:

“...y al quedar demostrado que ni el Decreto de retiro ni en el Acta de la Junta Asesora que recomienda el retiro había razones que sustentaran su determinación, ni prueba de que la decisión estuviera precedida de informes y pruebas que permitieran justificar tal decisión, tuteló el derecho al debido proceso a cada accionante y ordenó en consecuencia poner en conocimiento del afectado el informe en que se sustentó la Junta para emitir su concepto y obligar al Ministerio de Defensa motivar el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios...” (Corte Constitucional, 2009).

LA CAUSAL DE RETIRO POR “LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS” NO ES FACULTAD DISCRECIONAL SINO REGLADA

El artículo 99 del Decreto Ley 1790/00 preceptúa:

“Retiro de las Fuerzas Militares es la situación 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. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de Insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza. Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio...”

A su turno, el artículo 100 del D.L. 1799/00, hoy artículo 24 de la Ley 1104/06, determina: “Causales de Retiro. El retiro del servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación en el numeral 3:

3. Por llamamiento a calificar servicios.”

El acto administrativo de retiro por llamamiento a calificar servicios debe expedirlo la administración con fundamento en el artículo 99 del Decreto-Ley 1790 de 2000, **previa recomendación de la H. Junta Asesora** del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares (atendiendo lo dispuesto en la Resolución No. 5166 de noviembre 30/09 del Ministerio de Defensa Nacional), corporación que para **pronunciarse debió tener en cuenta los documentos de Evaluación y Clasificación** a que alude el Decreto-Ley 1799 de 2000 en su artículo 53: “Normas de Evaluación y Clasificación para el personal de Oficiales y Suboficiales de de las FF. MM., que le significan a los militares de carrera, su permanencia en la institución”.

1. De todo lo anterior se colige que, para aplicar la causal de retiro “por llamamiento a calificar servicios”, los comandantes para presentar el nombre del candidato a retiro del servicio activo deben consultar:
2. Las listas de clasificación del personal militar o policial, porque “constituyen la base fundamental para los estudios que adelantan los comandantes de Fuerza y la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para decidir sobre: a... ascensos de perso-

nal. b. asignación de premios, distinciones o estímulos. C. Mejor utilización del talento humano y capacitación y d. retiros del servicio activo...”;

3. Tener derecho a asignación de retiro;
4. Concepto previo de la Junta Asesora, que debe “... **estar precedida y sustentada en un examen de fondo, completo y preciso de los cargos que se invocan para el retiro de miembros de esas instituciones, en las pruebas que se alleguen, y en fin todos los elementos objetivos y razonables que permitan sugerir el retiro o no del servicio de un funcionario...** Ahora, la atribución discrecional que por razones del servicio puede ser utilizada para retirar del servicio a miembros de la Fuerza Pública, **no obedece a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes**, por el contrario, para el caso sub examine ella aparece consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder...(Corte Constitucional, 2006).

Y esta posición de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sentencias C-525 de 1995 y C-072 de 1996, en donde se dispuso: “... De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (Art. 50 y 52 del Decreto 041 de 1994) y motivada en las razones del servicio” (Corte Constitucional, 1995).

Por manera que esta causal, lejos de contener una facultad discrecional fue reglamentada de manera precisa por el legislador castrense precisamente para evitar los abusos de los comandantes que en lugar de ordenar investigaciones disciplinarias, administrativas o penales, o por actuaciones que ellos consideran “deslealtades” de sus subalternos, v. gr., cuando son objeto de quejas ante la Procuraduría General de la Nación, proceden a presentarlos a la Junta Asesora para obtener el concepto favorable al retiro por esta causal. De allí que nunca dejan consignadas las razones por las cuales llevan ante ese cuerpo colegiado a los oficiales, dejando desprovisto al militar o policial de argumentos para defenderse.

Aunado a la anterior, en la práctica el Acta de la Junta Asesora se convierte en un formalismo carente del mínimo debate sobre las razones o motivos por los cuales se emite dicho concepto.

De otra parte, la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios **no se sustenta exclusivamente en el cumplimiento de un tiempo determinado de servicios, sino en la medida de las necesidades y conveniencias, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio, tal como lo señala la Corte Constitucional.**

Por manera que lo que se estila es que el ministro de Defensa, la H. Junta Asesora y el comandante del Ejército o el director nacional de la Policía Nacional ocultan los verdaderos motivos que tienen para sustentar el retiro del servicio activo de sus subalternos, escudándose en el malentendido de que como se trata de un acto discrecional no están obligados a motivarlos, interpretación que ha sido ampliamente debatida por los máximos organismos de la jurisdicción constitucional y administrativa, en las sentencias trascritas en este documento.

CONCLUSIONES

La causal de retiro de la Fuerza Pública “por llamamiento a calificar servicios” no se origina en el ejercicio de una facultad discrecional como lo entienden las altas Cortes, sino reglada, por cuanto requiere que tenga derecho a asignación de retiro y que el estudio que adelanta el comandante de Fuerza o el director de la Policía Nacional, según el caso, y el concepto de la Junta Asesora se fundamenten en las listas de clasificación del oficial que se pretende retirar.

La causal de retiro por “facultad discrecional” tampoco contempla discrecionalidad plena, pues ésta está proscrita en el Estado Social de Derecho y para hacer uso de ella se requiere concepto del Comité de Evaluación para el caso de las Fuerzas Militares y en la Policía Nacional, exige recomendación de la Junta Asesora para los oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados.

La causal de retiro del servicio activo “por llamamiento a calificar servicios” hace menos gravosa la situación del uniformado por cuanto se presume en la sociedad, que se ha utilizado en virtud de que ha presentado comportamiento incompatible con los principios que rigen la institución pero que en ningún momento existen informes de inteligencia o cuestionamientos que lo involucren en conductas merecedoras de juicio de reproche.

La causal de retiro “por facultad discrecional” en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional es una herramienta con la que cuentan estas instituciones para prescindir de los servicios de quienes se han hecho acreedores a cuestionamientos censurables públicamente que no dan espera a la permanencia de los afectados en las filas militares o policiales y que se adopta sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria a que haya lugar.

Desafortunadamente las dos causales de retiro del servicio activo de las FF. MM. y Policía Nacional se vienen utilizando como si ambas se originaran en el ejercicio de facultad discrecional, cuando hemos demostrado que la de “llamamiento a calificar servicios” fue reglada por el legislador castrense.

REFERENCIAS

- Corte Constitucional (1995). Sentencia C-525.
- Corte Constitucional (1996). Sentencia C-072.
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C-179.
- Corte Constitucional (2009). Sentencia T-299.
- Corte Constitucional (2009). Sentencia T-824.
- Corte Constitucional (2009). Sentencia T-297.
- Corte Constitucional (2010). Sentencia T-723.
- Consejo de Estado (2007). Sentencia del 14 de junio, expediente 6961-05.
- Manrique, A. (1992). *La Constitución de la Nueva Colombia*, Santiago de Cali: Edit. XYZ.
- Ministerio de Defensa (2009). Resolución No. 5166 de noviembre 30.
- Rey, M F. (2008). “La educación militar en Colombia entre 1886 y 1907”, en *Revista Historia Crítica*, Universidad de los Andes, junio de 2008, No. 35.