



Prolegómenos

ISSN: 0121-182X

ISSN: 1909-7727

Universidad Militar Nueva Granada

Coll, Alex Rodrigo
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA LABORAL. EXISTENCIA,
OTORGAMIENTO, EJERCICIO Y CONTROL JUDICIAL NEOCONSTITUCIONALES*
Prolegómenos, vol. XXI, núm. 42, 2018, Julio-Diciembre, pp. 73-90
Universidad Militar Nueva Granada

DOI: 10.18359/prole.3892

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87662091003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEV
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA LABORAL. EXISTENCIA, OTORGAMIENTO, EJERCICIO Y CONTROL JUDICIAL NEOCONSTITUCIONALES*

Alex Rodrigo Coll*

Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2017

Fecha de evaluación: 7 de marzo de 2018

Fecha de aprobación: 8 de marzo de 2018

Artículo de revisión

DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.3892>

Forma de citación: Coll, A. R. (2018). La discrecionalidad administrativa laboral. Existencia, otorgamiento, ejercicio y control judicial neoconstitucionales. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21(42), 73-88, DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.3892>

RESUMEN

El empleo público, como recurso social escaso, ha sido convertido en fortín político o en la posibilidad de materializar el interés individual y caprichoso del servidor que representa al Estado empleador, a través de efigies como la discrecionalidad administrativa. La denominación y el significado ambiguo de esta potestad viabiliza, por efectos de conveniencia, desconocer las implicaciones del Estado Social de Derecho, los principios mínimos fundamentales de la relación laboral y los derechos fundamentales del trabajador. La connivencia resistente a las transformaciones que refleja el legislador y las posturas altamente distanciadas entre las instancias de cierre del poder judicial alimentan, por una parte, el gobierno de la ley por encima de los contenidos normativos supra. Por la otra, tornan selectiva la posibilidad de las personas de encontrar una protección efectiva de sus derechos. Ambas posturas son altamente deletéreas para el modelo neoconstitucional.

Palabras clave:

Discrecionalidad; empleo público; neoconstitucionalismo.

* Artículo producto del trabajo de investigación denominado “La discrecionalidad administrativa en materia laboral, disertaciones en torno a una facultad lúdica, anacrónica y nomocrática, una mirada neoconstitucional”, realizado como trabajo de grado de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Público. Universidad Santiago de Cali, 2016.

** Magíster en Derecho con Énfasis en Derecho Público y abogado de la Universidad Santiago de Cali. Abogado litigante. Asesor en aseguramiento de la calidad de la Universidad Santiago de Cali. Correo electrónico: alexcoll@usc.edu.co

LABOR ADMINISTRATIVE DISCRETION. NEO-CONSTITUTIONAL EXISTENCE, GRANTING, EXERCISE AND JUDICIAL CONTROL

ABSTRACT

Public employment, as a scarce social resource, has been turned into a political fort or the possibility of materializing the whimsical individual interest of the servant representing the employer state through effigies such as administrative discretion. The name and ambiguous meaning of this power make it viable, for convenience purposes, to ignore the implications of the rule of law, the essential minimum principles of the employment relationship and the fundamental labor rights. The resistant connivance to the transformations reflected by the legislator and the very distant stances among judicial authorities, on the one hand, feed the rule of law above higher regulatory contents and, on the other, make the people's possibility of finding effective right protection selective. Both positions are highly deleterious to the neo-constitutional model.

Keywords:

Discretion; neo-constitutionalism; public employment.

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO TRABALHO. EXISTÊNCIA, CONCESSÃO, EXERCÍCIO E CONTROLE JUDICIAL NEOCONSTITUCIONAIS

RESUMO

O emprego público, como um recurso social escasso, converteu-se em um fortim político ou na possibilidade de materializar o interesse individual e caprichoso do servidor que representa o Estado empregador, através de efígies como a discricionariedade administrativa. O nome e o significado ambíguo desse poder possibilitam, por conveniência, ignorar as implicações do Estado Social de Direito, os princípios mínimos fundamentais da relação de emprego e os direitos fundamentais do trabalhador. A conivência resistente às transformações que o legislador reflete e as posições altamente distanciadas entre as instâncias de fechamento do poder judicial alimentam, por um lado, o governo da lei sobre os conteúdos normativos supra. Por outro lado, eles tornam seletiva a possibilidade de que as pessoas encontrem uma proteção efetiva de seus direitos. Ambas as posições são altamente prejudiciais ao modelo neoconstitucional.

Palavras-chave:

discricionariedade; emprego público; neoconstitucionalismo.

Introducción

La existencia de la discrecionalidad administrativa data desde los inicios de la estructuración del naciente Estado de Derecho en el periodo posrevolucionario francés (Cassagne, 2013; Gordillo, 2013; Parejo Alfonso, 2007)¹. Su fundamentación teórica es ampliamente deleznable, su praxis deletérea al interior del Estado Constitucional (Zagrebel'sky, 2011, pp. 89, 90 y 91). Al interior del poder público se la relaciona con la eficiencia funcional, aunque sin consenso sobre sus límites y sus criterios de ejercicio. En la comunidad académica, las disertaciones navegan entre su consolidación y su reducción. Los principales determinantes para el ejercicio de la potestad son los principios de razonabilidad y de proporcionalidad (Ley 1437/2011, art. 44., Decreto 01/1984, art. 36).

En materia laboral, la discrecionalidad administrativa ha presentado el núcleo problemático en los retiros de los servidores públicos. La categoría temática principal ha sido la motivación del acto administrativo discrecional, aunque en general se debate sobre los límites a su ejercicio².

La investigación de la cual deriva este escrito, proyectó identificar y analizar críticamente su anamnesis teórica y práctica y la relación entre significativo y significado, con la finalidad de proponer nuevas nomenclaturas a las facultades derivadas del poder público y criterios para su otorgamiento, ejercicio y control. Es un propósito abolicionista. Por ello, el problema se formuló con el cuestionamiento siguiente:

¿cuáles son las características que deben tener la existencia, el otorgamiento, ejercicio y control de las potestades denominadas discrecionales en materia laboral administrativa, desde una concepción neoconstitucional?

Para responder a este interrogante se plantearon tres objetivos específicos: (i) estudiar crítica y propositivamente las teorías acerca de las potestades discrecionales de la administración pública en materia laboral y su evolución en el Estado Social de Derecho y de Derechos; (ii) proponer criterios teóricos para la existencia, otorgamiento y ejercicio de la discrecionalidad administrativa en materia laboral, y (iii) comparar sintéticamente los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de la discrecionalidad administrativa en materia laboral.

Se realizó una investigación sociojurídica apoyada en el método de *lege ferenda*. Se tomaron como fuentes las leyes que otorgan la facultad y regulan la carrera administrativa, así como las implicaciones de los principios y conceptos medulares del modelo constitucional. Además, se tomaron los pronunciamientos jurisprudenciales y conceptos doctrinales que sirven de base teórica a la existencia de la discrecionalidad, como también de limitación para un debido ejercicio de esta. Es decir que se trata de una investigación con componentes problemáticos de justicia y de eficacia desde el objeto de estudio.

Se partió del pensamiento de autores como Zagrebelsky (2011), Ferrajoli (2006) y Comanducci (2002) principalmente quienes, a partir de un enfoque neoconstitucional, estudian y proponen el derecho como un producto social con contenido contextual, programático-evolutivo y, obviamente, regulatorio. Este tiene la finalidad de prever problemas futuros desde el valor de la dinámica social y la observación de los fenómenos históricos que amenazan o conculcan los preceptos del modelo antes dicho y que, para el presente trabajo, se relacionan

¹ La referencia principal es a los aspectos políticos que le dieron surgimiento a la discrecionalidad como "Caballo de Troya" de la administración pública en el Estado de Derecho (Parejo Alfonso, 2012, p. 277).

² Véase Corte Constitucional, sentencias SU-217/2016, SU-091/2016, SU-172/2015, SU-053/2015, SU-917/2010, T-638/2012, C-179/2006 y C-525/95. También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expediente 0948-2009, 2010; Expediente 6853-5, 2008; Expediente 6408-05, 2007.

directamente con la moralidad administrativa y los derechos de los coasociados.

La jurisprudencia para estudio fue abordada metodológicamente como lo sugiere el profesor López Medina (2015). Fueron estudiadas algunas sentencias referentes al tema con el criterio de los conceptos jurídicos atinentes a la discrecionalidad administrativa en materia laboral, sin desconocer su cronología, pero sin rigurosidad en esta. Se contrastaron los contenidos fácticos, razones y decisiones, con posturas de teóricos como Cassagne (2013), Cosculluela Montaner (2012), García de Enterría y Fernández (1980), Villegas Arbeláez (2005), Penagos (2001) y Dworkin (2002), entre otros.

Este escrito parte de un análisis actual de las normas que regulan el empleo público y el trato jurídico que exige cada clasificación o subclasificación según sea el caso. Se advierte que no necesariamente coincide con la clasificación normativa actual, pues se trata de un análisis propositivo y no meramente descriptivo. Identifica y propone los criterios que permiten decantar misional, funcional y teleológicamente su clasificación, con respecto a los principios fundamentales de la relación laboral, cualquiera que sea su modalidad o ámbito de ejercicio.

A. Facultades públicas con ámbitos decisionales amplios o reducidos modulados por la ley

Las facultades de la administración pública hoy se encuentran clasificadas de manera general en discrecionales y regladas (Penagos, 2001; García de Enterría y Fernández, 1980; Requena López, 1996). La *facultad discrecional*, con base en la problemática suscitada en sus desarrollos, ha sido subclasificada en mayor y mínima (Penagos, 2001), fuerte y débil (Dworkin, 2002), relativa y absoluta (García de Enterría y Fernández, 1980), sin que ninguna de ellas haya logrado zanjar la problemática exis-

tente, puesto que estas clasificaciones se reducen a introducir un significado relativamente acorde a las necesidades del modelo, para un significante totalmente descoordinado con sus propósitos, que se funda en la esencialidad funcional (Sánchez Morón, 1994).

Lo discrecional es incondicionado, las facultades públicas son condicionadas todas³; por tanto, las facultades públicas no pueden ser discrecionales. El silogismo, además, permite colegir que las facultades públicas, en cuanto condicionadas, son ámbitos de maniobra decisional modulados por el orden jurídico y nunca por la voluntad del facultado (Berrocal Guerrero, 2001, p.103; Requena López, 1996, pp. 89-90). Estos ámbitos de maniobra decisional pueden ser ampliados o reducidos, según la carga de condiciones que le imponga el bloque normativo de la facultad; en todo caso, aún en las facultades amplias, dichas condiciones serán fuertes⁴ (Chinchilla Marín, 1999, p. 85), pues por su categoría de imperativos, tienen la capacidad de guiar el querer y el hacer públicos.

La existencia de un empleo público, al igual que su régimen regulatorio, obedecen a criterios clasificatorios. Estos criterios también permiten decantar, la amplitud de las facultades que el Estado nominador puede ejercer sobre quien lo ocupe; sobre todo para la desvinculación del empleo, el cual es el vértice de la problemática acerca del ejercicio de la imprecisamente denominada *facultad discrecional* en

³ “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley” (Constitución Política, 1991, art. 121).

⁴ Véase lo siguiente: “La teoría de la desviación de poder ha transformado la noción del acto administrativo discrecional, pues, sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parte resolutive, se ha convertido en reglado” (Chinchilla Marín, 1999, p. 85). También: “Este principio —el de legalidad— significa, pues, la racionalización del poder público, despojándolo de todo factor subjetivo y discrecional” (Sánchez, 1989, p.5.).

materia laboral (ámbitos amplios de maniobra decisonal modulados por la ley).

La denominación genérica de *servidor público* pone de relieve que la finalidad primigenia de la actividad a desempeñar es el servicio público (Constitución Política, 1991, art. 123), sea o no una actividad de tipo laboral (los cargos de diputado y concejal no comprometen una relación laboral). Las actividades públicas con

connotación laboral pueden obedecer al criterio técnico (carrera administrativa) o al político (libre nombramiento y remoción). Aquellas actividades que no comprometan una relación directa de servicio público deben ser la excepción a esta categoría genérica (servidor público) como es el caso de los trabajadores oficiales⁵.

La comparación que se presenta en la tabla 1 permite visualizar los criterios diferenciales entre

Tabla 1. Clasificación de los empleos públicos y de las facultades del nominador

Empleo público		Vinculación	Regulación	Facultad de retiro en cabeza del nominador	Clase de facultad pública	Criterio determinante del empleo y de las facultades aplicables	Jurisdicción que dirime las controversias laborales
Carrera administrativa	General	Nombramiento	Relación legal y reglamentaria	Por calificación deficiente en la evaluación del desempeño	Reducida (Reglada)	Servidores públicos bajo criterio TÉCNICO	J. Administrativa
	Especial	En periodo de prueba. Por excepción en encargo y provisional					
	Específico						
Libre nombramiento y remoción		Nombramiento ordinario	Relación legal y reglamentaria	Declaratoria de insubsistencia	Amplia (discrecional)	Servidores públicos bajo criterio POLÍTICO	J. Administrativa
Elección	Popular	Nombramiento y posesión del cargo	Relación legal y reglamentaria	Por vencimiento del periodo	Reducida (reglada)	Servidores públicos bajo criterio político y técnico, según cada caso	J. Administrativa
	Colegiada	Nombramiento y posesión del cargo					
Trabajador oficial		Contrato de trabajo	Ley, convención, pacto colectivo de trabajo y contrato de trabajo	Por término del contrato de trabajo	Reducida (reglada)	No son servidores públicos ⁶ ; hacen parte del Estado empresario, económico e interventor (Villegas Arbeláez, 2005, p. 36)	J. Ordinaria laboral

Fuente: Elaboración propia.

⁵ Esta última apreciación hace contraste con la clasificación del artículo 123 constitucional que incluye a los trabajadores oficiales como servidores públicos. Pareciera que para esta inclusión se ignora la concepción o criterio del Estado empresario, económico e interventor que desarrolla también actividades propias de los particulares, como es el caso de la producción y comercialización de productos y servicios, que no se relacionan con el servicio público o con actividades inherentes y exclusivas de la actividad pública. Al respecto véase Villegas Arbeláez (2005, p. 36).

⁶ Véase cita No. 4: Siendo la finalidad proponer cambios conceptuales en significante y significado, la clasificación se aparta de los criterios normativos actuales.

los empleados de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción; por lo tanto, no es dable aplicar las reglas de excepción (libre nombramiento y remoción) a los empleos de la regla general (carrera administrativa), como es el caso de las facultades con ámbitos amplios decisionales (facultades discrecionales).

I. Criterio técnico: carrera administrativa

La carrera administrativa es una cualificación del empleo público que tiene fundamento actual e histórico para su permanencia y promoción en el mérito personal⁷. Para su acceso, se fundamenta en estos y en la igualdad de oportunidades⁸. Se dinamiza a través de procesos de selección que deben ser transparentes y objetivos (Ley 909/2004, art. 27 y 28). Además, viabiliza dentro de la función pública, la materialización de los principios fundamentales de la relación laboral, como la estabilidad en el empleo y la irrenunciabilidad de derechos (Constitución Política, 1991, art. 53)⁹.

La carrera administrativa es la regla general de la regulación de las relaciones entre el Estado empleador y sus empleados. Se acompasa

con los contenidos constitucionales que, en su artículo 1, presentan al trabajo como un principio fundante del modelo estatal y, en su artículo 25, como un derecho fundamental y como una obligación social que goza de especial protección y para el cual deben garantizarse en su desarrollo condiciones de dignidad humana; efigie que también está establecida como un concepto medular del Estado. Los empleados de carrera administrativa tienen regímenes legales y reglamentarios de carrera; puede ser el general, los especiales o los específicos (Ley 909/2004, art. 3-2).

1. Criterio técnico: facultades con ámbitos reducidos de maniobra decisional

Las facultades con ámbitos reducidos de maniobra decisional —imprecisamente clasificadas como facultades regladas—, se corresponden enteramente con las atribuciones que posee el nominador público respecto de los cargos de carrera administrativa, sea en su régimen general, especial o el específico. La carrera administrativa, por su naturaleza (Villegas Arbeláez, 2005, p. 300)¹⁰, debe tener causales expresas y concretas de retiro del servicio. En su desarrollo no tienen cabida las imprecisiones o las equivocaciones que suelen cometer los nominadores cuando ejercen facultades con ámbitos amplios de maniobra decisional —imprecisamente denominadas facultades discrecionales—.

La carrera administrativa no se puede direccionar caprichosamente¹¹, pues se castiga su

⁷ a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos” (Ley 909/2004, art. 28).

⁸ “[...] que al conferir destinos públicos sólo se tenga en cuenta el buen servicio a la sociedad, que se atienda especialmente a las aptitudes, a las capacidades y probidad que se tenga para desempeñarlos. [...] Conferirlos para dar rentas a las personas, cuando no hay aptitudes y tal vez falta de probidad, es prevaricar” (Lopera, 1979. Citado en Younes Moreno, 1993, p. 161).

⁹ Esta es una fortaleza de la carrera administrativa que se desdibuja en el manejo real de los cargos de libre nombramiento y remoción que obedecen al criterio político —es el caso de la renuncia solicitada y de la declaratoria de insubsistencia no motivada—.

¹⁰ Expresa el autor la superación del absolutismo monárquico, en el cual el monarca era el dueño y señor de los empleos. Proclama la evolución de la función pública, en la carrera administrativa, que establece el acceso al empleo público con base en la igualdad y en la capacidad y el mérito personal.

¹¹ Como relación histórico-normativa, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en su artículo 6 expresa: “[...] Como todos los ciudadanos son iguales ante ella [la ley], todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.

régimen normativo y su naturaleza, que se presentan como garantías de manejo racional y transparente del recurso escaso —empleo público—. De este depende la materialización de los derechos de quienes acceden a un cargo y de sus núcleos familiares. También se realza el trabajo como principio fundante y se realizan a través de estas figuras, fines esenciales del Estado, como la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes y la vigencia de un orden justo.

Las causales de retiro para la carrera administrativa, en cabeza del nominador, se reducen a la calificación no satisfactoria en el desempeño del cargo, en las condiciones que dicta la ley (ámbito reducido decisional). Las demás causales de retiro se relacionan directamente con las condiciones del trabajador y de su conducta, como es el caso de la violación al régimen disciplinario (Constitución Política, 1991, art. 125). No dependen de criterios volitivo-subjetivos del nominador.

En todas estas causales, la premisa mayor es el criterio técnico de selección, permanencia y promoción, que se constituye en el fundamento para subsumir el comportamiento del servidor en una causal de retiro. No son la gobernabilidad ni la confianza del nominador en el empleado los aspectos que determinan la salida del cargo de un empleado de carrera administrativa, sea del régimen general, del especial o del específico. La télesis de esta categoría de empleo exige una valoración técnica, no política, del desempeño. La conclusión es evidenciable en el principio del mérito, contenido en la Constitución Política, 1991, art. 125 y en la Ley 909/2004¹².

II. Criterio político: libre nombramiento y remoción

El criterio político para el acceso al empleo público desentraña, a través de la excepción,

¹² Véase la nota al pie 11.

la viabilidad de la gobernabilidad (Villegas Arbeláez, 2005, pp. 169-170). Un empleo de libre nombramiento y remoción se denomina de tal manera porque, cumplidos los requisitos legales del cargo, el nominador está facultado ampliamente para escoger entre las opciones presentes, según la conveniencia de sus propósitos constitucionales y legales, a quien más se ajuste a tales designios. De igual manera procede para su retiro. Esta facultad nominadora tiene la finalidad de satisfacer las necesidades políticas de un equipo de trabajo y no la de cultivar clientelismos u otra clase de prácticas apartadas del modelo estatal; aspectos condicionantes de la facultad¹³.

Esta facultad también tiene asiento en la posibilidad del desarrollo de un catálogo de propuestas presentadas a la sociedad, la que, a través de su participación en la elección, sitúa al servidor público (elección popular) y permite que este, seleccione su equipo de trabajo (libre nombramiento y remoción). El nominador electo puede, así, maniobrar su plantilla de colaboradores, según la mejor conveniencia del mandato otorgado, en los cargos desde donde se dirige y organiza la actividad administrativa, bajo labores de confianza y de dirección.

1. Criterio político: facultades con ámbitos amplios de maniobra decisional

Para el retiro por parte del nominador de un empleado de libre nombramiento y remoción solo es necesario que este lo declare insubsistente (Ley 909/2004, art. 41, lit. a). Nótese que la amplitud de la facultad del nominador es supremamente vasta. La extensión decisional se encuentra amparada en el criterio político del cargo, que a su vez se sustenta en la viabilidad de la gobernabilidad para el cumplimiento a satisfacción de los procesos de dirección y mando (Villegas Arbeláez, 2005,

¹³ Los criterios generales de identificación del empleo se encuentran en la Ley 909/2004, art. 5 numeral 2 y en la Ley 1093/2006.

pp.169-170), que inquietan confiabilidad en quien las desempeña, respecto de quien es su nominador.

Lo anterior es coherente con lo dispuesto en la Constitución Política, 1991, art. 189-13, inciso final¹⁴ y en el Decreto 1950/1973, art. 107¹⁵. Estas normas establecen las facultades amplias del nominador respecto del nominado, cuando es el criterio político el determinante del vínculo laboral. Subyace en la relación intersubjetiva que viabiliza la gobernabilidad a través de las capacidades individuales para el manejo y dirección y, por la confianza que se deposita, relacionadas con la naturaleza de las funciones asignadas¹⁶.

La percepción de que esta categoría de facultad nominadora es una atribución discrecional se contrarresta¹⁷ teniendo en cuenta que: (i) En todos los casos concurren unas condiciones normativas expresas para el acceso al cargo público, que se convierten en lineamientos para el hacer público al ejercitar la facultad. (ii) Existen escenarios implícitos en la tésis de la atribución otorgada, como el mejoramiento del

servicio público, que condicionan la voluntad del facultado. (iii) La exención de motivación expresa en el acto material de la facultad, además de ser contraria a derecho, no se debe entender como un significado de atribución incondicionada.

La inobservancia de tales condicionamientos provoca que bajo el control judicial se enerve el ámbito amplio de maniobra decisional y a través de la anulación del acto material, se cumplan los elementos teleológicos normativos, determinando, así, de manera heterogénea, el hacer y el querer de la Administración pública¹⁸.

B. La aplicación indebida de facultades administrativas en materia laboral

La aplicación indebida o tergiversada de las facultades con ámbitos amplios de maniobra decisional a los empleados públicos, radica en la falta de clarificación constitucional y legal acerca de los criterios que guían unos y otros tipos de empleo y, además, en la introducción del significante voluntad o libertad, cuando se otorga la facultad decisional amplia.

¹⁴ Corresponde al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 13. Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes" (Constitución Política, 1991, art. 189-13 inc. final. énfasis fuera del original).

¹⁵ "En cualquier momento 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 sus empleados" (Decreto 1950/1973, art. 107).

¹⁶ Así se ha sostenido desde otrora por el Tribunal de cierre en materia constitucional. Al respecto véase, por ejemplo: Corte Constitucional, sentencia C-195 de 1994.

¹⁷ Lo describe así Cosculluela Montaner (2012): "la potestad entraña un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado, no supone en ningún caso un poder de acción libre según la voluntad de quien lo ejerce" (p. 320).

¹⁸ Ocurrió así en el caso decidido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expediente 1757-09, 2012: "En efecto, para dicha época regía el Decreto 1569 de 1998 [hoy vigente el Decreto 785/2005], según el cual, para el desempeño del cargo de Asesor, se requería título profesional en un área relacionada con las funciones del cargo y cuatro años de experiencia profesional, [...]. Lo anterior para la Sala, por sí solo, constituye ya un indicio del desvío de poder en que incurrió la administración al expedir el acto de insubsistencia, pues para el desempeño del cargo, se nombró a una persona que no reunía las calidades mínimas exigidas para el mismo. La facultad discrecional fue utilizada no en beneficio del buen servicio público, sino que se usó con fines contrarios al mismo, caso en el cual se debe establecer un límite claro a su ejercicio. No hay lugar a predicar independencia entre el acto de remoción y el acto de nombramiento del reemplazo, para dar visos de legalidad al acto acusado, pues las pruebas son claras y contundentes al respecto".

En los empleos de periodo fijo y en los de los trabajadores oficiales, no hay confusión generalizada al respecto. La problemática se centra en los empleados de carrera, que obedecen a un criterio técnico, y en los empleados de libre nombramiento y remoción de criterio político. De estos últimos, en principio, no se podría calificar de indebida la facultad excepcional, en cuanto que, desde su misma esencia se conciben estos cargos con amplitud decisoria por parte del nominador. Empero, la dicotomía radica en la denominación de discrecional y en la percepción de un ejercicio incondicionado de la facultad, que despierta este término. Por otra parte, para los empleos de carrera, el núcleo del problema es la aplicación de figuras o instituciones jurídicas propias de los de libre nombramiento y remoción¹⁹.

Los empleos de carrera poseen reglas claras de vinculación, permanencia, promoción y desvinculación, fincadas técnicamente en el mérito personal y en la igualdad de las personas ante la ley. La aplicación de facultades con ámbitos amplios decisionales con criterio de gobernabilidad a esta modalidad del empleo público desconoce los preceptos normativos y las conceptualizaciones teóricas y progresivas que propone el modelo constitucional.

Las subclasificaciones que hace la Ley 909/2004 acerca de la carrera administrativa, en general, especial y específica, se fundamentan en que las dos últimas poseen especificidades y especialidades misionales atribuidas por el orden constitucional y legal que requieren de una regulación igualmente especial o específica según sea el caso. La categoría de empleos de carrera, que es su denominación genérica y teleológicamente diferenciadora, la conservan. Estas clasificaciones no son ventanas abiertas para que el despotismo se tome como fortín de libre disposición subjetiva (Sáchica, 1989, p. 27) el recurso escaso del empleo público de

carrera. Ni siquiera con la connivencia ludita del legislador que introduce a través de la ley, tales diatribas. Le corresponde al judicial, controlar la actuación, en un ejercicio de argumentativa racional (Hernando Nieto, 2014, p. 49), cimentado en las normas supra, para invalidar dicho proceder.

I. Criterios para el control judicial de las facultades públicas con ámbitos amplios decisionales modulados por la ley, en materia laboral

En el sistema constitucional, el juez ya no puede ni debe adoptar el rol de simple aplicador de la orden del código (Zagrebelsky, 2008, pp. 252-253). El juez tiene un papel protagónico en la defensa de los derechos de las personas y en la consolidación del modelo democrático (Hernando Nieto, 2014). Representa el contrapeso, pero también representa el apoyo para lograr los fines esenciales del Estado (Constitución Política, 1991, art. 113) cuando las otras ramas del poder son despóticas o fugaces en su querer y en su hacer. En la dinámica de las relaciones laborales públicas, ese papel activista del juez es de imperioso valor, pues se trata de relaciones con alto desequilibrio a favor de la estructura estatal. En estas, como en todas las de tipo laboral, los esquemas jurídicos establecen instituciones proteccionistas y garantistas²⁰, que se materializan en la medida de un acertado hacer judicial. *A contrario sensu*, se convierten en elementos de dominación que alejan a la sociedad y cimientan, así, retrocesos hacia el “estado de naturaleza” (Ferrajoli, 2006, p.134) cuando son incluidos en un texto normativo ineficaz.

Las normas constitucionales, contenido supra del ordenamiento jurídico interno, obran como instrumento obligatorio del juzgador, *ab initio*, *in medias res* e *in fine*, a la hora de decidir

¹⁹ Véase Corte Constitucional, sentencias C-023/1994, C-514/1994, C-195/1994, T-289/2011, T-884/2002 y T-800/1998.

²⁰ Los principios mínimos fundamentales de la relación laboral, en cualquiera de sus modalidades, cuentan con sustento constitucional desde el artículo 53.

sobre una cuestión jurídica. El sistema constitucional también brinda elementos para interpretar amplificando, interpretar reduciendo, interpretar modificando o interpretar para inaplicar una norma²¹ (Wolkmer, 2003). Otorga un poder de juicio racional y objetivo. Supera el sistema exegético legalista²² y muchas veces contradictorio (López Medina, 2015, pp. xx-xxi), que riñe con el modelo estatal y que ha hecho carrera de conveniencia, sobre todo para anquilosar algunas prácticas muy similares a la que Quinche Ramírez (2006) ha denominado “elusión constitucional”²³.

1. La primacía de los derechos fundamentales

Desde el nacimiento del Estado Liberal clásico, los derechos de las personas se presentan como herramientas del individuo, y de los grupos también, para desatornillar el poder y para aflojar esa estructura rígida, secular e impermeable a las demandas humanas. La libertad, la igualdad y la fraternidad retumbaron en los laberintos del Estado y reprogramaron su sentido auditivo, aún con eco de voces totalitarias. Los derechos de las personas, y en especial los que le son inherentes a esta, ya no son considerados como asuntos exóticos y extraños al universo jurídico y político. Hoy, obran como

manuals misionales y operacionales que cuentan con medios expeditos para su protección y garantías de aplicación, respectivamente.

La categoría de derechos fundamentales cuenta con sustento constitucional en los artículos 11 al 41 (nominados); en el 44 (prevalentes); en el 93 (Bloque de Constitucionalidad), y en el 94 (innominados). Cada una de estas distinciones normativas fundamenta los criterios para su materialización y también para su protección, cuando han sido amenazados, para su reconocimiento, cuando han sido ignorados, y para su restablecimiento, cuando han sido vulnerados.

Estas distinciones caben dentro de los criterios para el reconocimiento de los derechos fundamentales que sostiene Ferrajoli (2006): (i) Los que le son inherentes a todas las personas, con fundamento solo en su condición de ser humano; (ii) los nominados que responden a las exigencias del positivismo, en cuanto contenidos expresos del ordenamiento jurídico, y (iii) los conexos, que a su vez, exponen tres criterios axiológicos de reconocimiento: a) “Los de conexión entre derechos humanos y paz”; b) “Los de conexión entre derecho e igualdad o de las minorías”, y c) “Los de la ley del más débil”, que encierra a todos los anteriores; puesto que en sí, los derechos fundamentales tienen tal categoría para que el más débil, en cierta circunstancia y dependiendo de los otros criterios, haga valer su condición de ser humano frente al más fuerte (pp. 116 y ss.).

1.1. Derecho al trabajo

El trabajo es una efigie que, además de ser un derecho fundamental nominado, es un concepto medular del modelo estatal, dotado de prerrogativas constitucionales fundadas en instrumentos jurídicos internacionales²⁴ y visibles

²¹ “El jurista debe tomar posición frente a cualquier posible ilegitimidad presente en el Derecho vigente. Se construye, por lo tanto, un papel crítico y proyectivo de la ciencia jurídica: crítico frente a las antinomias y proyectivo frente a las lagunas” (García Sáez, 2013, p. 532).

²² Ferrajoli (2006, p. 134) lo denomina superación del principio de legalidad ordinario por el principio de legalidad constitucional. La denominación de facultades discrecionales a facultades que son condicionadas por el ordenamiento jurídico no dista, en lo esencial, de lo planteado por el autor.

²³ La elusión constitucional es la creación ingeniosa de formas jurídicas y políticas para evadir los controles constitucionales a otras de estas, en clave de ventaja. “Aparece como la ejecución de un juego ingenioso, refinado, invasivo, que incluye diversas formas, que se mimetizan con los trámites usuales, pero que originan consecuencias infortunadas” (Quinche Ramírez, 2006, p. 1).

²⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Convenio de Roma (1950), Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA, 1948), entre otros.

en el orden interno a través de los artículos 1, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991. El trabajo se constituye en la actividad de creación humana que finca los avances sociales y propugna por la satisfacción de las necesidades de las personas, sea en su dimensión individual o en su dimensión colectiva. Aquellas efigies que desdibujan la importancia, las finalidades y las prerrogativas de protección de la actividad laboral deben ser reducidas al máximo y, si dicha reducción no es suficiente, deben ser eliminadas del orden jurídico, bien por su derogación, por la pérdida de su vigencia o por su inaplicación, según sea el caso.

El trabajo es una actividad que obra como garantía de subsistencia material; pero también lo es así en el ámbito metafísico humano. El trabajo incluye a la persona en la actividad productiva económica y social. Establece vínculos de variadas índoles que hacen sentir al individuo como sujeto presente en esta dinámica relacional. Como antítesis se encuentran las denominadas caras de la opresión y de la dominación de las que habla Young (2000) (la explotación, la marginación, la carencia de poder²⁵, el imperialismo y la violencia), formas de restricción mediante las cuales se forja la injusticia²⁶. El trabajo en condiciones dignas, cimentado en instituciones

jurídicas y políticas progresivas e inclusivas, es una actividad de cualificación que enaltece el proceso biológico de las personas y lo dota de un significado superior: el de vida humana.

1.2. Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad se fundamenta en la equidad. La idea de un Estado Social de Derecho y de Derechos parte de la base de la unión de aquiescencias entre individuos que se consideran libres e iguales, aún dentro de sus rasgos diferenciales que consolidan tal individualidad. El derecho a la igualdad se forja desde la afirmación de las diferencias y del sometimiento de estas, a un tamiz, que permita que el reconocimiento de tales contrastes sea un fundamento de la justicia y nunca el móvil de la discriminación que establece seres humanos de primera, segunda y hasta más categorías (Rawls, 2003, pp. 130-131). Se trata de prácticas que se sostienen sobre la base de tres pilares fundamentales: “libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común” (Rawls, 2003, p. 131), en las cuales el bienestar general se materializa cuando los individuos que conforman esa generalidad “alcanzan aquello que su singularidad demanda” (Rawls, 2003, p. 131)²⁷.

El criterio técnico que fundamenta los procesos de vinculación, permanencia, promoción y desvinculación de la carrera administrativa es igualmente aplicable tanto al régimen general como al especial y al específico. A su vez, cada régimen tiene aspectos diferenciales que fincan la distinción hecha por el legislador, pero la naturaleza de tales empleos está cimentada

²⁵ La explotación, la marginación y la carencia de poder son las tres caras de la opresión que tiene una relación directa con el trabajo: la primera es entendida como ese espacio en el que la libertad, el poder y la realización de unos es posible precisamente porque otros trabajan para ellos y así les transfieren los frutos de ese trabajo. La segunda se refiere a la separación que sufren las personas respecto de la actividad productiva o de la posibilidad de aprovechar su potencial útil. La tercera describe el panorama en el cual cierta cualificación somete a algunas personas al decidir, a la creatividad, a los conocimientos y a la autoridad ajenos.

²⁶ “No es posible comprender la justicia por fuera de la sociedad. Por eso mismo, no se puede entender la justicia solo desde la oferta de justicia, sino que hay que analizar esa oferta en relación con la demanda de justicia” (García Villegas, 2012, p. 3). Estas consideraciones son universos de raciocinio de especial importancia en la valoración de los elementos de juicio para decidir las controversias de esta materia, que exigen al juzgador una mirada proteccionista y sobre

todo acompañada con las nuevas demandas de la administración de justicia al interior de un Estado Constitucional.

²⁷ No puede percibirse el bienestar general desde la teoría utilitarista de Bentham (1839, p. 31), donde este se decanta de una operación aritmética sin racionalidad de valores (MacCormick, 1990; Aarnio, 1990), pues el peso del sacrificio realizado por una minoría no es siempre inferior al peso del beneficio mayoritario. La ecuación es cualitativa y no cuantitativa.

en el criterio técnico (la carrera administrativa). Ignorar el criterio común solo permite que el análisis produzca resultados desorientados; por ejemplo, la aplicación de efigies de criterio político a cargos de criterio técnico, fundamentados en los aspectos diferenciadores que se relacionan con los principios misionales, pero que no modifican la naturaleza del empleo.

El proceso analítico-jurídico para desentrañar la posibilidad de trato igual o diferencial en situaciones concretas que se intentan comparar se ha fincado así: (i) “Criterio de comparación o *tertium comparationis*” (Corte Constitucional, sentencia C-862/2008), que decanta la posibilidad de que los supuestos sean comparables o, por el contrario, no lo sean. Identificar la naturaleza. (ii) “Identificar si se trata de un trato diferencial entre iguales o un trato igual entre disímiles” (Corte Constitucional, sentencia C-862/2008). Elementos fácticos y jurídicos. (iii) “Averiguar si el tratamiento desigual está justificado desde el ordenamiento jurídico con base en las normas supra” (Corte Constitucional, sentencia C-862/2008). Derechos, principios, valores y modelo estatal.

1.3. El debido proceso

El derecho fundamental al debido proceso²⁸ tiene cimiento en el establecimiento de garantías procesales —sea en sede administrativa o judicial— que se presentan bajo el valor-principio de la lealtad procesal cuando las partes en pugna ostentan condiciones de igualdad. También constituye acciones afirmativas (principio de igualdad) que nivelan las posiciones cuando alguna de las partes, por su condición de debilidad, es vulnerable ante la otra.

Los componentes de publicidad y defensa del debido proceso son aspectos relevantes en el control judicial de la imprecisamente denominada discrecionalidad administrativa en materia laboral. La publicidad obra como la posibilidad de conocer las decisiones de la administración pública y los fundamentos de estas, para poder controvertirlas efectivamente a través de los recursos (cuando hay lugar a ellos) o a través de las acciones judiciales²⁹. No se puede predicar la existencia de un debido proceso cuando se controvierte una decisión sobre la cual no se conocen de manera cierta los aspectos fácticos relevantes que propiciaron su adopción, pues el conocimiento es sesgado y, por lo tanto, las acciones de defensa son ilusorias. El aspecto artificial también cubre el control judicial cuando los elementos a evaluar son meramente formales y no sustanciales, confundiendo así la existencia del acto que se controla con la validez material de este (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012, p. 39).

Precisamente, cuando se habla de acciones de defensa ilusorias porque no es posible controvertir unos hechos desconocidos, no solo surge la obligación de motivar el acto administrativo, sino que también es inevitable invertir la carga de la prueba en sede judicial. La presunción de legalidad con que cuenta el acto administrativo se debilita por el enfrentamiento, colisión o contacto con derechos fundamentales como el debido proceso, en sus componentes de publicidad y defensa, con principios fundamentales de la relación laboral como la estabilidad en el empleo, el *in dubio pro operario* y la favorabilidad. Se exige, así, que, ante la afirmación categórica del “mejoramiento del servicio público” inmersa en el ejercicio de la facultad denominada discrecional, se brinden elementos objetivos de juicio que consoliden la decisión por la manifiesta afectación del servicio público.

²⁸ Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 29. La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 10 y 11 (Naciones Unidas, 1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos XVIII y XXVI (IX Conferencia Internacional Americana, 1948). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14 y 15 (Naciones Unidas, 1966). Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 (1969).

²⁹ “Acceso formal y material a la justicia [...]. En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos” (CIDH, 2003).

2. Los principios mínimos fundamentales de la relación laboral

La Constitución Política de Colombia en su artículo 53 establece los principios mínimos fundamentales de la relación laboral, que, en concordancia con lo establecido en los artículos 1 y 25, son de aplicación garantista y proteccionista de la actividad laboral en cualquiera de sus variadas modalidades. Estos principios obran como “mandatos de optimización” (Alexy, 1988) que, según las condiciones fácticas, se flexibilizan para ampliar la aplicación de los contenidos normativos (condiciones jurídicas), en razón del mejor provecho y, por lo tanto, la realización de los valores inmersos en estos (pp. 143 y 145).

2.1. La estabilidad laboral

La estabilidad laboral es una prerrogativa que posee efectos en tres vías. La primera obra como efigie proteccionista para la parte débil de la relación laboral, en la cual se garantiza la obtención continua del mínimo vital y la inserción social del individuo a través del trabajo. La segunda obra como elemento de optimización del talento humano (eficiencia). La tercera, como elemento dinamizador de la producción y desarrollo sociales (Barona Betancourt, 2010, p. 256).

La estabilidad en el empleo está establecida para impedir la reificación del ser humano, cuando es tratado como un simple instrumento de quitar y poner en el proceso de producción, desfigurando una efigie (el trabajo) medular del modelo estatal³⁰ que además obra como derecho fundamental y deber social de todos los coasociados. Bajo la prerrogativa de la esta-

bilidad laboral, se ofrece la garantía al trabajador de conservar su empleo, aún en contra del querer del empleador, si no existe una causa justa legalmente establecida y evidenciada materialmente que justifique su despido, lo que obra como carga del empleador para derrumbar dicha prerrogativa.

La estabilidad laboral en el empleo público, como garantía para la eficiencia administrativa, permite el aprovechamiento del personal capacitado y experimentado, bloqueando la posibilidad de que el capricho de un servidor público, facultado como nominador, entorpezca la realización del principio de eficiencia de la administración pública.

2.2. La condición más beneficiosa, la favorabilidad y el *in dubio pro operario*

El principio de la condición más beneficiosa deriva del amparo que instituye el artículo 53 de la Constitución, al establecer una medida jurídica según la cual: (i) Se inaplica una norma que deroga o modifica otra, porque la situación de derecho regulada desmejora al trabajador, dando aplicación a la normatividad anterior. (ii) Se da aplicación a una norma nueva que mejora la situación del trabajador, aunque el aspecto jurídico sea regulado por norma anterior por consolidación fáctica. Las normas —modificadoras o modificadas— tienen aplicación, como regla general, en la medida en que representen la progresividad de la situación del trabajador.

La favorabilidad tiene cabida en la medida en que dos normas vigentes confluyan a la regulación de una misma situación jurídica y presenten situaciones contrarias, contradictorias o simplemente diferentes; condiciones en las cuales, la norma más favorable al trabajador deberá ser la aplicada al asunto.

El *in dubio pro operario* permite que se resuelva la duda a favor del trabajador, cuando una norma ofrece variantes interpretativas que generan fluctuaciones aplicativas. Es obligatoria la aplicación de la interpretación que mayores beneficios reporte al trabajador.

³⁰ Se trata de establecer un constitucionalismo fuerte — neoconstitucionalismo — en el que se supere la simple limitación del ejercicio del poder público y se establezcan condiciones garantes de la realización efectiva de los derechos de las personas, que eleven la condición de ser humano a finalidad implícita y no necesariamente explícita del modelo a través del orden jurídico (Comanducci, 2002; Alexy, 2003, p. 34).

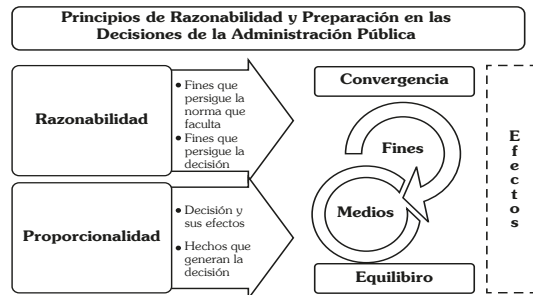
Nótese que en la condición más beneficiosa se trata de una norma derogada o modificada y otra que modifica o deroga. En la favorabilidad hay confluencia de normas vigentes. En la duda a favor del trabajador se trata de la misma norma con variantes interpretativas respecto de un mismo asunto.

3. Los principios de razonabilidad y de proporcionalidad

La razonabilidad se entiende como un elemento de justificación de las decisiones de las autoridades, a través de la cual se desentraña la convergencia de las finalidades que persigue el orden jurídico, con las que persigue la decisión en cuestión. La proporcionalidad es la relación de equilibrio que debe existir entre la decisión —pasada por la razonabilidad— y los hechos generadores de esta, impidiendo afectaciones innecesarias y deletéreas. La proporcionalidad exige que las medidas adoptadas para el cumplimiento de las finalidades perseguidas sean las que mayor beneficio reporten o las que menor lesión o restricción de las libertades generen (medición de los efectos) (Sapag, 2008, p. 171 y ss.).

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad buscan que, por una parte, las decisiones públicas guarden coherencia con los mandatos normativos y que sirvan al cumplimiento de los fines impuestos y, por la otra, que el cumplimiento de estas finalidades no sea un pretexto para la adopción de decisiones arbitrarias, injustas o agresivas. Como se muestra en la figura 1, estos mandatos de optimización demandan una racional medida entre la naturaleza de los medios que se usan con la de los fines que se persiguen³¹ (Huxley, 2000). Además, exigen la convergencia entre los fines que declara la

Figura 1. Razonabilidad y Proporcionalidad



Fuente: Elaboración propia.

norma facultativa y los que persigue la decisión administrativa. Estos principios también constituyen elementos objetivos que debilitan la presunción de legalidad del acto administrativo y demandan en la actuación administrativa una motivación expresa del acto material. Este requisito que, al ser pretermitido en esta instancia, ya en sede judicial, exige que se invierta la carga de la prueba, demandando el aporte de elementos objetivos por parte de la administración que consoliden dicha presunción, que no puede ser tratada por el juzgador como una prerrogativa absoluta del acto administrativo.

Conclusiones

El empleo público es un recurso social escaso. Su finalidad primigenia es el servicio público, aunque coexista con otras funciones como las del Estado económico, empresario e interventor. Su aprovechamiento debe contar con reglas objetivas de acceso, promoción, permanencia y desvinculación. En esta tarea es de vital importancia su clasificación y los criterios —técnico y político— que viabilizan su regulación para impedir empoderamientos deletéreos, fincados estos en la ambigüedad de las potestades del poder público.

La discrecionalidad administrativa es una facultad pública derivada, no es poder público originario. Compromete un significativo descoordinado con los propósitos que se persiguen

³¹ República de Colombia, Ley 1437/2011 —por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo—, artículo 44: “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”.

en un Estado Constitucional. Los significados asignados en los intentos reduccionistas de la potestad son imprecisos (discrecionalidad relativa), problemáticos y deletéreos para un proceso de *sindéresis* en su otorgamiento, ejercicio y control.

Las variantes interpretativas, ante la ambigüedad semántica de la efigie, constituyen una figura elástica de constante retorno al desconocimiento y a la violación de los derechos de las personas, en donde, además de tener el derecho y de pedir el derecho, lo fundamental y excepcional es que una autoridad que pueda conceder el derecho lo quiera otorgar. Es decir, se ataca discrecionalidad con discrecionalidad y, por lo tanto, vuelve a reflejarse a toda luz la inconveniencia de la existencia de potestades públicas incondicionadas que atomizan el poder.

La invocación de conceptos jurídicos indeterminados, como el mejoramiento del servicio público y el interés general, pueden ser la base de la existencia de facultades decisionales amplias —discrecionales—, mas no así para su ejercicio. El concepto jurídico indeterminado exige una valoración racional por parte de quien lo invoca, pero el ejercicio de la potestad amplia inhiere una relación de equilibrio entre los hechos relacionados que originan la decisión y la decisión misma. Además, también busca una coherente y material convergencia (vale decir, no simplemente nominativa) entre la finalidad que persigue la norma facultativa y la que persigue el acto administrativo en el que se cristaliza la decisión.

El Estado de Derecho Constitucional, no tolera la existencia de atribuciones discrecionales, pues estas suponen aristas de libertad subjetivas. Lo acertado es el otorgamiento de ámbitos amplios o reducidos de decisión y actuación, determinados por el sistema normativo y el modelo estatal en su conjunto y para el cumplimiento de los fines que en ellos se persiguen. Suponer que en el Estado Constitucional de Derecho existen potestades que configuran márgenes de libre valoración subjetiva

por parte de su titular contradice los avances teóricos, que muestran el poder público derivado como un ámbito de maniobra, pero nunca de libertad, puesto que siempre será la ley —en su *lato sensu*— la que lo determine y jamás la voluntad o el sentir individual del funcionario.

La primacía de los derechos fundamentales de las personas en el Estado Constitucional exige la realización material de tales preceptos normativos, a través de la superación del “principio de legalidad ordinario por el de legalidad constitucional” (Ferrajoli, 2006, p. 134). Es inevitable colegir que convergen derechos fundamentales como el debido proceso, principios mínimos fundamentales de la relación laboral como la estabilidad en el empleo, la favorabilidad, la condición más beneficiosa y el *in dubio pro operario*, entre otros, con normas de carácter *infra*, a la solución de un problema jurídico. La prerrogativa de presunción de legalidad con que cuentan (para el caso concreto, los actos administrativos) debe ser debilitada en la instancia de control administrativo o judicial, para dar aplicación a la legalidad constitucional y, si es del caso, exigir una carga dinámica de la prueba, con la finalidad de consolidar o anular, la decisión.

Referencias

- Aarnio, A. (1990). Sobre la justificación de las decisiones jurídicas. *Revista Doxa*, 8, 22-38. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10797/1/Doxa_8_01.pdf
- Alexy, R. (1988). Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 5, 139-151.
- . (2003). *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Bentham, J. (1839). *Deontología o ciencia de la Moral* (tomo I). Valencia: Librería de Mallén y Sobrinos.

- Berrocal Guerrero, L. E. (2001). *Manual del Acto Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Cassagne, J. C. (2013). *El acto administrativo, teoría y régimen jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Chinchilla Marín, C. (1999). *La desviación de poder*. 2ª. ed. Madrid: Editorial Civitas.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell, *Revista Isonomía*, 16, 90-112.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2003). *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*—Voto razonado concurrente a la Opinión Consultiva OC-18/03. Juez Sergio García Ramírez.
- Consejo de Estado. (2007). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Expediente 6408-05. C.P.: Jesús María Lemos Bustamante, 22 de febrero.
- . (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Expediente 6853-5. C.P.: Jesús María Lemos Bustamante, 26 de junio.
- . (2009). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Expediente 0948-2009. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, 18 de noviembre.
- . (2012). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Expediente 1757-09. C.P.: Luis Alfonso Vargas Rincón, 23 de febrero.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CPDHLF). (1950). Recuperado de <http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN10460/3-10460.pdf>
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-023. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, 27 de enero.
- . (1994). Sentencia C-195. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, 21 de abril.
- . (1994). Sentencia C-514. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, 16 de noviembre.
- . (1995). Sentencia C-525. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, 16 de noviembre.
- . (1998). Sentencia T-800. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, 14 de diciembre.
- . (2002). Sentencia T-884. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, 17 de octubre.
- . (2006). Sentencia C-179. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, 8 de marzo.
- . (2008). Sentencia C-862. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 3 de septiembre.
- . (2010). Sentencia SU-917. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 16 de noviembre.
- . (2011). Sentencia T-289. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 14 de abril.
- . (2012). Sentencia T-638. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 16 de agosto.
- . (2015). Sentencia SU-053. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 12 de febrero.
- . (2015). Sentencia SU-172. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de abril.
- . (2016). Sentencia SU-091. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28 de febrero.
- . (2016). Sentencia SU-217. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 28 de abril.
- Coscolluela Montaner, L. (2012). *Manual de Derecho Administrativo, Parte general*. Pamplona: Editorial Civitas.
- Decreto 785. (2005). [Presidencia de la República]. Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004. *Diario Oficial* 45.855, 19 de marzo del 2005.
- Decreto 1950. (1973). [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. *Diario Oficial* 33.962, 1973.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel.

- Ferrajoli, L. (2006). El constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho positivo. Trad. Miguel Carbonell. *Revista Cuestiones constitucionales*, (15), 114-133.
- Ferrajoli, L., y Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- García De Enterría, E., y Fernández, T. (1980). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.
- García Sáez, J. A. (2013). Crítica bibliográfica a: Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan: *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Trotta, Madrid, 2012, 160 pp. *Revista Anuario de filosofía del derecho*, xxix, 517-557.
- García Villegas, M. (2012). *El Caleidoscopio — 10 Años, Homenaje a Boaventura de Sousa Santos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hernando Nieto, E. (2014). Constitucionalismo en el siglo xxi: ¿Neoconstitucionalismo o constitucionalismo popular? *Revista de Economía y Derecho*, 10(38), 47-59.
- Huxley, A. (2000). *El fin y los medios*. Buenos Aires: Sudamericana.
- IX Conferencia Internacional Americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf
- Ley 909. (2004). [Congreso de la República de Colombia]. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 45.680, 23 de septiembre del 2004.
- Ley 1093. (2006). [Congreso de la República de Colombia]. Por la cual se crean los literales e) y f) y un parágrafo del numeral 2 del artículo 5° de la Ley 909 de 2004. *Diario Oficial* 46.395, 18 de septiembre del 2006.
- Ley 1437. (2011). [Congreso de la República de Colombia]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* 47.956, 18 de enero del 2011.
- López Medina, D. E. (2015). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- MacCormick, N. (1990). Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico. En J. Betegón y J. R. De Páramo (Eds.). *Derecho y moral, ensayos analíticos* (pp. 9-22). Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Naciones Unidas. (1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- . (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <http://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>
- OEA. (1948). Carta de la Organización de los Estados Americanos. *Serie sobre Tratados de Naciones Unidas*, 119(1609). Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf
- Parejo Alfonso, L. (2007). La evolución histórica del Estado, de la Administración Pública y del Derecho Administrativo. En *Lecciones de Derecho Administrativo* (pp. 22-47). Bogotá: Tirant lo Blanch — Universidad Externado de Colombia.
- . (2012). *Lecciones de derecho administrativo*. 5.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Penagos, G. (2001). *El acto administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Quinche Ramírez, M. F. (2006). *La elusión constitucional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Rawls, J. (2003). Justicia como equidad. *Revista española de control externo*, 5(13), 129-158. Recuperado de <http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/PdfAbsys/N13-RAWLS-JUSTICIA.pdf>

- Requena López, T. (1996). *Discrecionalidad administrativa y control judicial. Ideas en torno a una expresión falaz*. Madrid: Editorial Civitas.
- Sáchica, L. C. (1989). *Principios constitucionales y legales de la administración del Estado*. Bogotá: Editorial Temis.
- Sánchez Morón, M. (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Ediciones Tecnos.
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. *Dikaion*, 22(17), 157-198. Recuperado de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1401/1538>
- Villegas Arbeláez, J. (2005). *Derecho administrativo laboral. Principios, estructura y relaciones individuales*. Bogotá: Editorial Legis.
- Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: Editorial Ilsa.
- Younes Moreno, D. (1993). *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Editorial Temis.
- Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Trad. Silvina Álvarez. Valencia: Universidad de Valencia.
- Zagrebel'sky, G. (2008). El juez constitucional del siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (10), 249-268. Recuperado de <http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r25297.pdf>
- . (2011). *Historia y Constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Mínima Trotta.