

Competencia discrecional, Constitución Política y responsabilidad del funcionario público

Discretionary competence, Political Constitution and responsibility of the government official

José Noé Barrera S.*

Resumen

El funcionario público en ejercicio de sus funciones está facultado para realizar todo aquello que la Constitución, la ley o el reglamento le autoriza, pero si pese a ello debe optar por tomar decisiones que aún no las encuentra en tal normatividad, amparado en el poder discrecional debe partir de los motivos que le sirven de fundamento para buscar los fines de la administración, que se concretan en el buen funcionamiento, mejoramiento y desarrollo de la gestión estatal para la búsqueda del bien común. De ahí que el funcionario que amparado en el poder discrecional cause daño o menoscabo de derechos, debe responder penal, civil, disciplinaria y fiscalmente, frente al Estado, la sociedad y el perjudicado con la decisión arbitraria.

* Abogado de la Universidad Católica de Colombia; Especialista en Derecho Probatorio de la misma universidad; en Derecho Administrativo, de la Universidad Nacional en convenio con la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia; estudios de Maestría en Derecho Penal, de la Universidad Libre. Defensor Público. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UPTC.

Palabras clave:

Constitución, discrecionalidad, funcionario, responsabilidad, civil, penal, disciplinario, fiscal.

Abstract

The government official in carrying out his functions is authorized to make everything what the Constitution, the law or the regulation allow to him, but in spite of this, he must make decisions that he does not find in such regulation, protected in the discretionary power he must act based on the search of the administration purposes, which they take shape in the good operation, improvement and development of the State management for the communal welfare. For that reason, the government official who protected in the discretionary power causes damage or reduction to rights, must repond criminal, civil, disciplinarily and fiscally, in front of the State, the society, and the harmed one with the arbitrary decision.

Key words:

Constitution, discretionary, government official, civil, criminal, disciplinary and fiscal responsibility.

Introducción

Desde épocas remotas el hombre ha tenido la necesidad de organizarse políticamente para lograr una buena convivencia social y desarrollo de los pueblos. Para ello, tuvo que indagar sobre las formas de gobierno y establecer el que creía más conveniente a su conglomerado social.

En principio, los gobernantes creaban normas para que acataran los gobernados, pero aquellos estaban por fuera de tales mandatos legales y, dado el poder que ostentaban podían actuar, en algunos casos, en forma arbitraria. De ahí que los pueblos se fueron organizando para combatir esas formas de gobierno hasta llegar a someterlos al imperio de la ley en igualdad de condiciones a todos los asociados mediante la transformación al Estado de derecho, donde la arbitrariedad es censurada pero al mismo tiempo se continúa con ella disfrazándola con la discrecionalidad.

Poder discrecional, que fue establecido para la buena marcha de la administración con el objetivo de mejorar todo aquello que fuera necesario para el desarrollo social, político y económico del Estado. Pero, tal ideal se ha visto truncado por aquéllos funcionarios que han utilizado esa facultad para cometer atropellos o satisfacer intereses personales o de terceros, a costa del progreso que se espera de la buena aplicación de esa facultad discrecional, para realizar gestiones que tiendan a mejorar cada día

la administración y se refleje en beneficio de la comunidad.

Si bien es cierto que tal discrecionalidad está sometida al imperio de la Constitución y la ley; también lo es que, desafortunadamente, en muchos de los casos, los funcionarios se apartan de tales mandatos para cometer arbitrariedad en contra de los derechos de las personas y de la propia administración.

A pesar de que el funcionario cuenta con la facultad discrecional, se debe resaltar que sólo puede realizar lo que le está permitido por la Constitución, ley o reglamento. Pues si su decisión va en contravía de esos mandatos so pretexto de la discrecionalidad, entonces, lo que se presenta es arbitrariedad; puesto que no es un secreto que, algunos funcionarios hacen uso de la discrecionalidad en forma sesgada para cometer injusticia en contra del conglomerado social y de la buena marcha de la administración. Por ello es importante tener claro que los que lleguen al poder deben hacer buen uso de la facultad discrecional, y, los que no, censuren en forma pública tales desviaciones, puesto que el silencio genera atrazo de la comunidad.

Así las cosas, existe responsabilidad sobre el funcionario que amparado en el poder discrecional vulnera derechos fundamentales de algunos asociados, y, desvía el norte que debe tener en cuenta dentro del Estado Social de Derecho para la buena marcha de la administración y la prevalencia del interés general. Por ello es importante que los funcionarios que

de alguna manera hacen uso de esa discrecionalidad, se conscienticen para que no abusen de sus deberes para atropellar los derechos de los demás, bajo el pretexto de la aplicación del poder discrecional. De tal suerte que los ciudadanos son los que deben velar porque la utilización del poder discrecional esté encaminado a la buena marcha de la administración y la búsqueda del bien común, puesto que si no actuamos en tal sentido, a sabiendas de su mala aplicación, entonces, nos volvemos permisivos del abuso del poder discrecional.

¿Qué es la competencia discrecional?

Es el poder que la ley atribuye al funcionario para actuar o proferir la decisión, la cual debe estar orientada a la buena marcha de la administración y la búsqueda del beneficio al interés general conforme a los objetivos señalados en la Constitución, ley o reglamento (artículo 123, inciso 2 de la Constitución), es decir, que la discrecionalidad es limitada¹.

Dada la enorme responsabilidad del funcionario para optar por la discreción para impulsar el desarrollo bajo el imperio de la Constitución, ley y reglamento, en el mismo sentido el profesor Juan Carlos Cassagne, enseña:

Que el poder discrecional aparece como un margen de arbitrario del

órgano administrativo que se opone al carácter o vinculado de la respectiva facultad (que surge de este modo predeterminada por el ordenamiento), el juicio de conveniencia o mérito se vincula al poder de apreciar libremente con sujeción a ciertas pautas del ordenamiento positivo, la oportunidad de dictar un acto administrativo por razones del interés público (v.gr. revocación de un permiso), con prescindencia de razones inherentes a sus vicios o defectos de legitimidad. Si bien la legalidad de un acto emitido en ejercicio de poderes reglados se apoya en normas predeterminadas, la oportunidad de su emisión para satisfacer el interés público puede hallarse tanto vinculada por un concepto jurídico determinado o indeterminado, como abierta a varias opciones posibles todas compatibles con la télesis del acto, en otros términos es posible que la norma predetermine una pauta de actuación o la conducta a seguir por el órgano estatal para determinar la oportunidad de una decisión administrativa².

Así mismo, la Honorable Corte Constitucional se ha ocupado del tema para indicar los parámetros que deben tener en cuenta los funcionarios públicos para expedir actos administrativos que tiendan a suplir la normatividad existente, pero con el debido acatamiento del ordenamiento jurídico, en busca del mejoramiento de la gestión administrativa, cuyo análisis se concretó:

¹ Gustavo Penagos: Nombres e insubsistencias discrecionales partidistas o arbitrarios. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley, 1998.

² Cita del maestro Gustavo Penagos, Nombres e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios, Doctrina y Ley, Bogotá, 1998, pág. 15).

De esta manera, la potestad discrecional emanada de la administración para el ejercicio de la función pública y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado deben estar encaminados a la cobertura de dichos principios, pues la facultad discrecional que tiene la administración para el adecuado cumplimiento de la función pública, no es ilimitada, sino que debe estar dirigida a través de los actos administrativos que expida, al logro de los postulados fundados en el buen servicio a la colectividad, en la convivencia pacífica y en la vigencia de un orden justo para la protección de las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades (C. P., art. 2°).

En desarrollo de los ordenamientos citados, los funcionarios administrativos no gozan en el ejercicio de sus funciones de una potestad absoluta, sino que deben tener en cuenta para el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la Constitución y las leyes de la República.

Ahora bien, conforme lo establece el art. 36 del C. C. A., (Decreto 01 de 1984) se tiene que “en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y

proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

Ello implica que la potestad discrecional que tienen los agentes de la administración se encuentra limitada por los preceptos de orden superior en la búsqueda de los fines esenciales del Estado, de que trata el art. 2° de la carta política³.

Responsabilidad de los funcionarios por abuso de la facultad discrecional

Es oportuno destacar que la discrecionalidad es una facultad que está en manos del funcionario para buscar de ella los objetivos trazados por la Constitución y la ley, cuya inobservancia acarrea responsabilidad civil por cuanto al tenor de los artículos 2°, 6° y 90 de la Carta Política, si los funcionarios no cumplen con los deberes y funciones propias de su cargo en la búsqueda de la buena marcha de la administración y del bien común, entonces, su conducta está en contra de los fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución⁴.

En igual sentido encontramos el postulado constitucional que indica la obligación del funcionario para no hacer más ni menos de lo que está determinado

³ Corte Constitucional, Sentencia febrero 2 de 1995, C-031, proceso: D-676. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁴ Constitución Política. Art. 2°.

en sus funciones, so pena de responder por tal situación desde luego con la salvedad del fin perseguido y que debe estar orientado al beneficio común. Pues ello se desprende de que los particulares sólo son responsables ante la autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones⁵.

También se debe resaltar que, por mandato legal, el funcionario bajo el pretexto de la discrecionalidad no puede desconocer las normas que lo facultan para actuar y mucho menos apartarse de los fines para buscar la mejor marcha de la administración, desde luego con la búsqueda de la prevalencia del interés general o particular de una forma diáfana, honesta y responsable. Puesto que la ley en forma clara determina que en la medida 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 causa⁶.

1. Responsabilidad civil

Debe entenderse que los funcionarios que fundamentan sus decisiones en la facultad discrecional pero que en el fondo lo que buscan es un beneficio propio o de un tercero, con verdadero desconocimiento de la buena marcha de

la administración y, por el contrario, en detrimento de los derechos de otras personas o en contra de los objetivos del buen servicio público, deben responder patrimonialmente en el evento que se compruebe que su actuación fue dolosa o gravemente culposa. Pues así lo ordena la Carta Política al concretar que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste⁷.

También es de observar que la normatividad civil contempla responsabilidad patrimonial para el funcionario que se le pruebe que ha cometido un delito o culpa y que ha inferido daño a otro. Es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido⁸.

Con las anteriores normas se tiene que los funcionarios deben responder civilmente por sus actuaciones orientadas a desconocer los mandatos constitucionales o legales en el evento de que se compruebe que el acto fue ilícito y que con el mismo se causó perjuicio.

⁵ *Ibidem*. Art. 6°.

⁶ Código Contencioso Administrativo. Art. 36.

⁷ Constitución Política. Art. 90.

⁸ Código Civil. Art. 2341.

En relación con lo anterior el Profesor Sayagués Laso⁹, explicó:

Una primera limitación de carácter general pero de relevante interés tratándose de actos discrecionales, surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa. Los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, sino por motivos de interés público, es decir, por razones atinentes al servicio. Por lo tanto, si media un fin extraño, el acto es ilícito y cabe su anulación jurisdiccional.

2. Responsabilidad penal

Como la discrecionalidad la ejecutan funcionarios públicos, es de señalar que con sus actuaciones o decisiones amparadas en una supuesta facultad discrecional por fuera de los mandatos legales, pueden verse comprometidos penalmente. Pues téngase en cuenta que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento¹⁰. Igualmente, se tiene que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento¹¹.

Así las cosas, es de advertir que todas las decisiones que se tomen, al amparo de la discrecionalidad, en el fondo deben estar acorde con mandatos que en principio deben ser acatados. Por ello,

es de advertir que las actuaciones de los funcionarios públicos deben estar encaminadas a satisfacer el bien común y la buena marcha de la administración, cuyas circunstancias deben ser analizadas y consultadas, de ser necesario, para no caer en responsabilidad penal como puede ser un cohecho, prevaricato, abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, celebración indebida de contratos, entre otros:

Cohecho propio. El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años¹².

Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años¹³.

⁹ Sayagués Laso, Enrique. Tratado de derecho administrativo, tomo I, 1963, pág 408.

¹⁰ Constitución Política. Art. 123 inc. 2.

¹¹ *Ibidem*. Art. 122.

¹² Código Penal. Art. 405.

¹³ *Ibidem*. Art. 413.

Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público¹⁴.

Sobre las normas transcritas, se debe aclarar que las penas allí contempladas se deben aumentar en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo conforme lo contempla la ley¹⁵, para aquellas actuaciones que se consideren como delitos y que se ejecuten a partir de la vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, de acuerdo a la entrada en vigencia en cada una de las regiones del país¹⁶.

El tratadista Manuel María Díez, en relación con la actividad reglada y discrecional, expresa¹⁷ “El acto que resulta de la actividad reglada es aquel en que la ley establece si la administración ha de actuar y cómo debe hacerlo, cuál es la autoridad competente, estableciendo además, cuáles son las condiciones de actuación administrativa, en modo a no dejar margen para elegir el procedimiento a seguir según la apreciación que el agente pueda hacer de las circunstancias del caso”.

3. Responsabilidad disciplinaria

Pese a que el funcionario deba responder penal y civilmente, no queda ajeno a las sanciones disciplinarias que el legislador ha previsto para que la administración se oriente al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho¹⁸. Por ello, la ley disciplinaria determina la garantía de la función pública y descarga responsabilidad en el funcionario para que sea sujeto disciplinable para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes¹⁹.

Por lo anterior es de anotar que la responsabilidad disciplinaria es independiente de la penal, civil y fiscal, de ahí que la ley disciplinaria, es aquella disposición o precepto jurídico dirigido a regular el debido ejercicio de la función pública y a sancionar las consecuencias que genera el incumplimiento de los derechos y deberes o el de incurrir en

¹⁴ *Ibidem*. Art. 416.

¹⁵ Ley 890 de 2004. Art. 14.

¹⁶ Ley 906 de 2004. Art. 530.

¹⁷ Díez, Manuel María. *El Acto Administrativo*. Editorial Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 113.

¹⁸ Constitución Política. Art. 1°.

¹⁹ Ley 734 de 2002, art. 22.

prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades o conflicto de intereses por parte del servidor público en el ejercicio de dicha función²⁰.

En materia disciplinaria, las faltas son sancionables a título de dolo o culpa²¹. Entonces, para imponer sanción disciplinaria debe estar plenamente probado el dolo o la culpa, por parte del funcionario al proferir la decisión, en el caso en estudio, la discrecional.

La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento²².

Dentro de la clasificación de las faltas tenemos que éstas pueden ser gravísimas, graves o leves²³; cuyas sanciones oscilan, así²⁴:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Ya que en nuestro país no existen penas imprescriptibles se contempla límite de las sanciones y se establece que la inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente²⁵.

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en

²⁰ Higuera Rivera, Lina María. Nuevo Régimen Disciplinario del Servidor Público. Editorial Dike, Bogotá, 2002, pág. 115.

²¹ Ley 734 de 2002. Art. 13.

²² *Ibidem*. Art. 23.

²³ *Ibidem*. Art. 42.

²⁴ Artículo 44 Ley 734 de 2002.

²⁵ Constitución Política. Art. 122 inc. 5°.

salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.

La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.

La amonestación escrita se anotará en la correspondiente hoja de vida.

Sobre la competencia y límites de los servidores públicos, que ejercen autoridad en relación con la facultad discrecional es pertinente traer a colación el siguiente aparte jurisprudencial:

Es a todas luces contrario al principio señalado, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquier otra rama del poder público, sus integrantes puedan hacerlo, porque esta prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta Corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos

constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas.

La inversión del principio es contraproducente desde todos los puntos de vista: desde el constitucional, porque extendería al servidor público una facultad connatural a los particulares, con lo cual introduce un evidente desorden, que atenta contra lo estipulado en el Preámbulo de la Carta y en el artículo 2° de la misma; también desde el punto de vista de la filosofía del derecho por cuanto no es proporcionado otorgar al servidor público lo que está adecuado para los particulares; y desde el punto de vista de la conveniencia, resulta contraproducente permitir la indeterminación de la actividad estatal, porque atenta contra el principio de la seguridad jurídica que es debido a la sociedad civil²⁶.

4. Responsabilidad fiscal

Los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución o las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones²⁷.

De este mandato constitucional, se deduce que si el funcionario, de una forma dolosa o culposa y bajo el pretexto

²⁶ Sentencia.C-337 de 1993.

²⁷ Constitución Política. Art. 6°.

de aplicar la facultad discrecional, da lugar a deteriorar o perder bienes pertenecientes al Estado, está en la obligación de responder con su propio

patrimonio, por el valor de esos bienes. Por cuanto no es justo que el Estado tenga que soportar la pérdida que ha causado un agente suyo.

Bibliografía

Penagos, Gustavo: Nombramientos e insubsistencias discrecionales partidistas o arbitrarios. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley, 1998.

Sentencia, C-031 de 1995.

Constitución Política de Colombia.

Código Contencioso Administrativo. Art. 36.

Código Civil. Art. 2341.

Sayagués Laso, Enrique. Tratado de derecho administrativo, tomo I, 1963, pág 408.

Código Penal.

Ley 890 de 2004. Art. 14.

Ley 906 de 2004. Art. 530.

Díez, Manuel María. El Acto Administrativo. Editorial Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 113.

Ley 734 de 2002.

Higuera Rivera, Lina María. Nuevo Régimen Disciplinario del Servidor Público. Editorial Dike, Bogotá, 2002, pág. 115.

Sentencia, C-337 de 1993.

