

Sentencia No. C-031/95

COMPETENCIA DISCRECIONAL-Contenido/COMPETENCIA REGLADA

Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

ACTO DISCRECIONAL-Control jurisdiccional/ARBITRARIEDAD/DISCRECIONALIDAD

Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

PORTE DE ARMAS-Reglamentación

El legislador sí puede regular los permisos requeridos para la posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos, sin que dicha facultad sea el ejercicio de una actuación arbitraria o caprichosa, ni el desarrollo de una potestad absolutamente discrecional. A juicio de la Corte, el régimen de concesión de permisos para poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, contenido en el artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, corresponde a una materia que puede ser adoptada por el legislador, según se desprende de lo prescrito en el artículo 223 de la Constitución Política, al señalar la prohibición de poseerlas o portarlas “sin permiso de autoridad competente”, prohibición

que está fundada en el derecho a la paz y en el deber de los ciudadanos de propender al logro y mantenimiento de la misma (artículo 95 numeral 6o. de la CP.), con la finalidad del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2o. CP.). El grado de discrecionalidad que a las autoridades respectivas se otorga para la expedición de los permisos para poseer o portar armas, municiones de guerra o explosivos, no entraña entonces ningún vicio de inconstitucionalidad.

PORTE DE ARMAS-Autorización

Es al Gobierno Nacional a quien corresponde expedir, a través de la autoridad competente, la autorización para portar armas, como así lo consagra la norma cuyo aparte fue demandado, y que en criterio de esta Corporación es exequible, pues no excede ni vulnera el ordenamiento constitucional.

REF.: PROCESO No. D - 676

Acción pública de inconstitucionalidad contra la expresión "...con base en la potestad discrecional...", contenida en el artículo 3° del Decreto 2535 de 1.993, "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos".

MATERIA:

Permiso que deben obtener los particulares para poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios.

ACTOR:

ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU.

MAGISTRADO PONENTE:

HERNANDO HERRERA VERGARA.

Aprobado por Acta No. 03 de Febrero dos (2) de 1995.

Santa Fe de Bogotá, D.C., Febrero dos (2) de mil novecientos y noventa y cinco.

I. ANTECEDENTES

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional, a resolver la demanda formulada por el ciudadano **ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU** en contra de la expresión "*...con base en la potestad discrecional...*" contenida en el artículo 3° del Decreto 2535 de 1993, "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos".

Al proveer sobre su admisión, el Magistrado Sustanciador ordenó que se oficiara a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministro de Justicia y del Derecho y al Ministro de Defensa Nacional, para que si lo estimaren oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

II. LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe la norma acusada, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial Número 41.142 del 17 de diciembre de 1993. Se subraya lo acusado.

DECRETO 2535 DE 1993 *(diciembre 17)*

por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por los literales a), b), c), d), e), f), g), h), i) de la Ley 61 de 1993 y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión del Congreso de que trata el artículo 2° de la misma,

DECRETA:

TITULO I

Principios generales.

"...

*"ARTICULO 3°. **Permiso del Estado.** Los particulares, de manera excepcional, sólo podrán poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, con permiso expedido con base en la potestad discrecional de la autoridad competente.*

..."

III. LOS CARGOS FORMULADOS

El ciudadano ALEXANDRE SOCHANDAMANDOU considera que la parte acusada del artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, viola los artículos 4o., 6o., 15, 29 y 230 de la Constitución Política.

Según el actor, cuando la Carta en su artículo 230 dice que "*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*", se refiere a la fuente formal del derecho, con el objeto de fijar la *normatividad de modo taxativo* y así sustraerla de la *potestad discrecional* de cualquiera que encarne la autoridad estatal con competencia para decidir.

Afirma que cuando la Carta dice "*Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes*", hace alusión al derecho ciudadano de *conocer taxativamente las leyes reguladoras*, para no quedar supeditado a la incertidumbre de la *veleidosa potestad discrecional* de la autoridad pública.

Al respecto observa:

"En consecuencia, toda norma debe determinar taxativamente las condiciones por las cuales un permiso puede ser concedido o denegado, de lo contrario el estado de derecho se constituye en una ficción, pues tanto en esta como en otras actuaciones administrativas de carácter discrecional, se está bajo el imperio del capricho omnipotente de quien encarne a la autoridad de turno".

En su criterio, el funcionario que dispensa o deniega permisos en virtud de la potestad discrecional que las normas confieren a las autoridades, no está obligado a motivar en derecho las razones de su decisión con lo cual se sustrae a la controversia jurídica con el afectado. Potestad que además, señala, es la causante de la corrupción administrativa que azota al país y de la impunidad que la rodea.

Solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión "*potestad discrecional*", contenida en toda la normatividad cuyo conocimiento sea de la competencia de la Corte Constitucional.

IV. INTERVENCION DE AUTORIDAD PUBLICA

Dentro del término de fijación en lista, intervinieron el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de apoderado, así como el señor Ministro de Defensa Nacional, quienes presentaron escritos defendiendo la constitucionalidad del aparte demandado, cuyos argumentos a continuación se sintetizan.

A. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho sostiene que la norma acusada constituye un desarrollo del artículo 223 de la Carta Política, en virtud del cual se le otorga al Gobierno la potestad de introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos.

En lo que atañe con la potestad discrecional, considera que las autoridades pueden tomar decisiones con contenido discrecional, bien sean de carácter general o particular, las cuales deben ser adecuadas a los fines de la norma que las autoriza y proporcionales a los hechos que le sirven de causa, como así lo prevé el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Estima que en ningún momento el término "*discrecionalidad*" significa arbitrariedad y que el legislador respecto de la norma acusada, consagró un cierto grado de discrecionalidad del funcionario competente en lo relativo a la apreciación de si el solicitante del permiso de tenencia necesita un arma para su defensa e integridad personal, o si se encuentra en peligro de muerte o grave daño personal.

Finalmente, respecto a la conducta enunciada -la corrupción administrativa-, señala que proceden las acciones establecidas en la ley las cuales deberán denunciarse en su debida oportunidad.

B. Intervención del señor Ministro de Defensa Nacional.

Afirma el señor Ministro de Defensa, doctor Fernando Botero Zea, que la Constitución consagró en favor del Gobierno Nacional, el monopolio de la fabricación e introducción de armas de fuego, municiones de guerra y explosivos y prohibió su porte o posesión a los particulares, salvo cuando se ha obtenido el permiso estatal expedido por la autoridad competente.

Fundamenta la defensa en la sentencia No. C-077 de 1993 emanada de la Corte Constitucional, en la cual se estableció que el uso y porte de armas se deriva de un permiso estatal el cual existe dada la necesidad para la constitución y circulación de derechos ulteriores sobre las armas y demás elementos bélicos. Señala la providencia, que a partir de esta competencia estatal, puede la autoridad en los términos de la ley crear y administrar titularidades privadas, a través de la figura técnico-administrativa del "permiso".

En su concepto, el constituyente entendió que el compromiso de la paz como derecho y deber social de obligatorio cumplimiento, se logra mediante la concesión al propio Estado del manejo de las armas. El ejercicio de los derechos y libertades públicas no se garantiza armando a la sociedad civil para que por su propia mano los ejerza; los únicos que legítimamente pueden utilizar los medios armados son las autoridades constitucionalmente

habilitadas para ello dentro del marco legal y con la responsabilidad que ello comporta.

El principio constitucional en materia de armas, sostiene el señor Ministro, es la prohibición de su porte o tenencia, fabricación o conducción, siendo excepcional el otorgamiento del permiso legal correspondiente. No existe entonces, el derecho al acceso a las armas sino el derecho y deber a la paz, la coexistencia racional y pacífica, la ayuda mutua en el cabal cumplimiento de los deberes cívicos y sociales y el rechazo a la violencia en sus diversas manifestaciones.

Adicionalmente, indica que las normas del Decreto 2535 de 1993 señalan los requisitos para la obtención de la revalidación del permiso, advirtiendo que la misma resulta procedente cuando se han observado la integridad de las normas previstas en el mencionado estatuto de armas, de donde concluye que la discrecionalidad en el otorgamiento de los permisos no es arbitraria ni absoluta sino que obedece a unos criterios técnicos, sociales, científicos y administrativos convergentes todos ellos a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado en materia de seguridad pública y la concesión de medios para proveerse a la seguridad privada o a la defensa personal.

Afirma que de acuerdo con las doctrinas del derecho administrativo, no existen actos meramente discrecionales, pues según los artículos 6 y 121 de la Carta Política, ningún servidor público puede ejercer funciones diferentes a las atribuidas expresamente ya sea por la Constitución o por la ley, generando responsabilidad por omisión, extralimitación o abuso de poder en el ejercicio de sus funciones.

Al respecto, observa que en materia de armas la ley señala las autoridades, los requisitos para la expedición de permisos, la revalidación y la posibilidad de su suspensión, atribuyendo la competencia a las autoridades militares expresamente designadas en el artículo 32 del Decreto Ley 2535; de tal manera que la función esta plenamente detallada, y una vez cumplidos los requisitos mencionados sólo es dable apreciar el mérito que en sí mismo comporta la expedición del permiso.

Así pues, estima que en un estado de derecho es absurdo y equivocado hablar de discrecionalidad absoluta, pues toda la acción del gobernante, administrador, funcionario o empleado no debe estar fuera de los textos legales. Dentro de los grados de discrecionalidad, la administración debe tener cierta libertad para valorar los acontecimientos políticos, económicos o sociales antes de proferir la decisión.

De otro lado, estima que en el Decreto Ley 2535 de 1993 se otorgan plenas facultades discrecionales a las autoridades militares competentes en la expedición, revalidación y suspensión de permisos, ejercicio legítimo del monopolio constitucional establecido en materia de administración de armas,

municiones y explosivos. Si se consagra una prohibición general que impida el libre porte y tenencia de armas, municiones y explosivos sin contar previamente con el permiso expedido en forma regular por la autoridad estatal, resulta lógico que el Estado cuente con una mayor facultad administrativa frente a las autorizaciones para porte o tenencia de tales elementos.

La expedición discrecional de los permisos, por tanto, consiste en apreciar y valorar todos los requisitos que se estipulan en el estatuto de armas a fin de obtener un permiso de tenencia o de porte. Por ello, es apenas lógico que teniendo el Estado autonomía en el manejo de las armas, tenga en consecuencia plenos poderes para administrar las titularidades privadas que se originan frente a las necesidades de la comunidad.

Al respecto, indica que *"Si algún derecho fundamental absoluto se le confiere al Estado, es precisamente el relacionado con el manejo de las armas, municiones, explosivos y artefactos, sin que ello implique el ejercicio arbitrario, el abuso de poder o un desvío de las competencias de las autoridades militares a quienes se les atribuyen dichas funciones"*.

Señala de otra parte, que el artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, no viola el artículo 4o. de la Carta que establece la supremacía frente a la demás normatividad del Estado, pues según lo expresado lo que desarrolló es el postulado consagrado en el artículo 223 de la Constitución Política.

De igual manera, agrega que la potestad discrecional en materia de expedición de permisos no infringe la Constitución ni la ley sino que desarrolla los principios que garantizan la defensa de las instituciones, los derechos fundamentales y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, entre ellas administrar el monopolio de las armas.

No se viola como lo aduce el actor, el derecho a la intimidad personal y familiar, el buen nombre, ni el habeas data a que se refiere el artículo 15 de la Constitución, porque a juicio del señor Ministro al otorgarse o negarse un permiso no se está afectando el buen nombre o la intimidad del solicitante, sino que se tienen en cuenta principalmente razones de seguridad pública y ciudadana en el otorgamiento de permisos, así como razones sociales o de naturaleza administrativa. El procedimiento previsto para la expedición de un permiso de tenencia o de porte de armas, municiones de guerra o explosivos no viola el debido proceso, ya que no se trata de una actuación administrativa de tipo disciplinario o sancionatorio, sino de un proceso de evaluación regido bajo dos extremos: uno relacionado con la propia necesidad y justificación de poseer y portar un arma frente a la comunidad, y el otro, el de la actividad general reguladora del Estado en limitar el porte o tenencia de armas por parte de la ciudadanía.

Finalmente, concluye que no se viola el artículo 230 de la Carta, según el cual los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Mediante oficio No. 505 del 21 de septiembre de 1994, el señor Procurador General de la Nación, doctor Orlando Vásquez Velásquez, envió el concepto de rigor en relación con la demanda que se estudia, solicitando a esta Corporación la declaratoria de **exequibilidad** de la expresión acusada.

En concepto del señor Procurador, con el ensanchamiento de las tareas del Estado contemporáneo más allá de su actitud de gendarme de la sociedad, su intervención requiere progresivamente de la discrecionalidad administrativa con el fin de poder responder con eficacia y oportunidad a los requerimientos cada vez más concretos y cotidianos de los individuos. Los actos discrecionales de la administración no sólo están previstos en la ley, sino que no atentan contra los principios del Estado de derecho.

La discrecionalidad no exime en ningún momento a la autoridad administrativa de actuar en consonancia con el ordenamiento jurídico. Para la doctrina, señala el señor Procurador, existe poder discrecional cuando la ley no determina cuáles son los motivos que inciden en el ejercicio de la competencia que ha creado sino que deja en cabeza del funcionario la facultad de determinar la oportunidad o conducencia de la medida o decisión.

En el caso del aparte acusado del artículo 3° del Decreto 2535 de 1993, sostiene el concepto fiscal que la discrecionalidad allí reconocida está limitada por la propia ley.

En efecto, estima que para la procedencia de la solicitud de permiso de tenencia, como para el porte de armas, el Decreto 2535 de 1993 establece una serie de requisitos sin los cuales los funcionarios competentes para la expedición de permisos no pueden otorgarlos. De la lectura de dichas normas se infiere qué criterios de orden técnico y jurídico deben entrar en juego en la decisión discrecional del funcionario, los cuales constituyen auténticos límites a la discrecionalidad impugnada. De manera tal que si el funcionario competente no los atiende su decisión puede ser cuestionada en el campo del derecho.

Así, la discrecionalidad en cuestión está limitada por el carácter excepcional del permiso concedido el cual se convierte en el mecanismo para hacer procedente esa excepcionalidad. La regla general es que al Estado le corresponde garantizar la seguridad ciudadana; de allí que él tenga el

monopolio de las armas. Lo excepcional, considera, es permitir el uso de éstas en caso de necesidad.

Concluye el señor Procurador General de la Nación para solicitar la exequibilidad de la norma acusada, lo siguiente:

"- Los actos discrecionales no pueden ser concebidos como actos por fuera del control jurisdiccional. El que exista cierto poder discrecional de la Administración no excluye la posibilidad de los recursos jurisdiccionales, por tanto no saca al acto administrativo cumplido en ejercicio de ese poder de la controversia jurídica, como lo afirma el demandante.

"- La discrecionalidad de que goza la administración no puede entenderse como sinónimo de arbitrariedad. La potestad discrecional de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos, ella es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites.

"- Por tanto los poderes discrecionales de la Administración han de ejercerse racionalmente, dentro de los límites que fija el derecho. De lo contrario, las decisiones que se adopten serían susceptibles de anulación por la vía jurisdiccional.

"- Una de las principales justificaciones y limitaciones que tienen los actos discrecionales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa. Los poderes discrecionales no pueden ejercerse caprichosamente, sino que deben estar inspirados en motivos de interés público".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. La competencia.

Con base en que la disposición acusada forma parte de un Decreto con fuerza de ley, esta Corporación es competente para decidir definitivamente sobre su constitucionalidad, conforme a lo dispuesto por el numeral 5o. del artículo 241 de la Constitución Política.

Segunda. El Problema Jurídico.

El problema jurídico planteado por el demandante se reduce a examinar si la potestad discrecional de la autoridad competente en expedir los permisos para poseer o portar armas, municiones de guerra y explosivos, viola la Constitución en cuanto es ilimitada, pues el funcionario competente para expedirlos no está obligado a motivar en derecho las razones de su decisión, "tornándose así en caprichosa y arbitraria".

Para los efectos de definir lo anterior, resulta necesario hacer algunas consideraciones relacionadas con la atribución que tiene la administración con respecto a la posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos, al tenor del ordenamiento constitucional.

1. De la potestad discrecional.

A fin de responder con la mayor eficacia y oportunidad a los requerimientos de los ciudadanos y de la población en general, se hace cada vez más indispensable el incremento de la actividad e intervención estatal. La función administrativa se encuentra dirigida al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad -art. 209 de la Constitución Política-.

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 (CP. art. 2o.).

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 artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984):

"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 artículo 2o. de la Carta Política.

Es así como de manera general se observa que las actuaciones administrativas están reguladas y limitadas en la forma mencionada. En ciertos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata y la oportunidad para ejercerla, así como el sentido y la finalidad en que debe realizarse y los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio.

En los eventos en que la actuación está regulada, el funcionario u órgano simplemente convierte en acto la facultad atribuída para los efectos de la actuación administrativa. Esta regulación en forma detallada y completa es el ideal en el Estado de derecho, cuyo objetivo fundamental es, como se ha expresado, la protección y prevalencia de los intereses de la comunidad.

Pero una reglamentación rígida y detallada es en la práctica irrealizable, ya que es imposible que la norma prevea y pronostique todas las formas de relaciones y consecuencias de las mismas. Hay situaciones y casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse de hacerlo, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión. En algunas ocasiones, la ley fija únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en práctica la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar y juzgar las circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo o para escoger el contenido de su decisión dentro de esos mismos criterios.

En consecuencia, puede afirmarse válidamente que no hay en el Estado de derecho facultades absolutamente discrecionales, porque ello eliminaría la constitucionalidad, la legalidad y el orden justo de los actos en que se desarrollan y acabaría con la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

En el ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente.

De esa manera, puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley.

A *contrario sensu*, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

La discrecionalidad no significa como pretende entenderlo el demandante, que el acto cumplido en ejercicio de ese poder no pueda ser suprimido por las normas preexistentes y los postulados enunciados, ni anulado o controvertido judicialmente, ya que en el evento en que éste sea ilegal, bien por razones de incompetencia, vicios de forma, falsa motivación desvío de poder o violación de la ley, deberá así ser declarado por la jurisdicción competente.

Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó.

No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por *desviación de poder* contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo,

constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos.

2. De la posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos, a la luz de la Constitución de 1991.

En relación con el asunto materia del examen constitucional, el artículo 223 de la Constitución Política establece que:

"Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.

Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale" (negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Presidente de la República fué revestido por el Congreso de la República de precisas facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, así como para reglamentar la vigilancia y seguridad privada, mediante la Ley 61 de 1993. El artículo 1o. de esa ley dispuso.

"Artículo 1.- De conformidad con el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para los siguientes efectos:

...

d) Señalar las normas sobre clasificación, expedición y revalidación de salvoconductos, para porte y tenencia de armas de fuego.

...".

En la exposición de motivos de la ley de autorizaciones, se indicó:

"B. Finalidad del proyecto.

"Dentro de los programas del Gobierno, el logro de la paz, es quizá el objetivo que reviste la mayor prioridad, para lo cual es preciso diseñar y concretar mecanismos eficaces que conduzcan a eliminar los diversos factores de violencia que se han desencadenado a lo largo de las últimas décadas en el país. Uno de tales mecanismos es precisamente la expedición de una reglamentación adecuada para restringir las armas en poder de la población civil, pues esta inveterada costumbre arraigada en nuestra sociedad, ha dado paso a las funestas prácticas del sicariato, y la justicia privada. Por esta razón, es de imperiosa necesidad adoptar una legislación adecuada y moderna, que garantice un efectivo control de las armas de fuego, limitando su porte, a casos estrictamente necesarios para garantizar la seguridad personal" (negrillas fuera de texto).

Con fundamento en tales facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2535 de 1993, *"por medio del cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos"*, cuya constitucionalidad en su artículo tercero es parcialmente cuestionada ante esta Corporación.

3. De la jurisprudencia constitucional existente sobre el porte de armas, municiones de guerra y explosivos.

En relación con el tema que se examina en esta oportunidad, es procedente hacer referencia a la jurisprudencia de esta Corporación y que se prohija en esta oportunidad, concretamente la sentencia No. C-077 de febrero 25 de 1993, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se expresó al revisar la constitucionalidad del Decreto 06 de 1993, *"por el cual se expiden normas sobre el porte de armas, municiones y explosivos y se dictan otras disposiciones"*, lo siguiente:

"5. El único que originaria e incondicionalmente puede poseer y portar armas es el Estado a través de la fuerza pública (CP art. 216) y los miembros de los organismos y cuerpos oficiales de seguridad (CP art. 223) y su uso se circunscribe a los precisos fines y propósitos enunciados en la Constitución y la Ley. Cualquier otra posesión y uso se deriva del permiso estatal. Junto al indicado monopolio, dada la necesidad del permiso para la constitución y circulación de derechos ulteriores sobre las armas y demás elementos bélicos, cabe reconocer una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión. A partir de esta reserva el Estado puede, en los términos de la ley, crear y administrar titularidades privadas, a través de la técnica administrativa del permiso. La propiedad y posesión de los particulares no tiene frente a este conjunto de bienes un valor constitucional originario que pueda oponerse al Estado. Por el contrario, cualquier titularidad proviene

de éste y tiene el alcance relativo que pueda en cada caso derivarse de las leyes.

6. **La prohibición de poseer y portar los elementos bélicos enumerados en el artículo 223 de la Constitución Política, que se extiende a todos los miembros de la comunidad, se explica por la necesidad de observar en la vida civil y en su necesaria práctica comunicativa un comportamiento pacífico (CP arts. 95-6 y 22). Este deber tiene múltiples manifestaciones positivas y negativas. Entre ellas baste mencionar la de abstenerse de circular con armas, hacerse justicia por los propios medios y la de colocar a quienes no portan armas en condiciones de debilidad manifiesta (CP. art. 13).**

7. **La existencia de situaciones de mayor peligro que se predica de ciertas personas y actividades, hace necesaria la dispensa en su caso de la prohibición que pesa sobre la generalidad de poseer y portar armas. El permiso exonera al titular de un interés legítimo del deber de observar dicha prohibición. Las normas positivas que regulan el procedimiento que debe surtirse para obtener el permiso, si bien tienen por objeto identificar y reconocer el interés legítimo del particular, buscan así mismo garantizar a la autoridad la efectiva posibilidad de tutelar el interés público. La discrecionalidad de la autoridad para conceder, supeditar, suspender o revocar los permisos de porte de armas, es una materia que corresponde determinar a la ley. La mayor o menor amplitud - moldeada históricamente de acuerdo con las diversas concepciones del interés público - de la autorización concedida al particular, se origina y se explica por el carácter de monopolio y reserva originaria que sobre los elementos bélicos se reconoce al Estado y la necesidad de precisar los criterios para conceder y administrar en todo tiempo las titularidades privadas derivadas de aquél" (negrillas fuera de texto).**

Por su parte, esta misma Corporación en la sentencia No. C-179 de abril 13 de 1994, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, señaló al estudiar el proyecto de ley estatutaria de los "Estados de Excepción", que:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 223 de la Constitución, única y exclusivamente el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Quien desee portar o poseer armas, debe obtener el respectivo permiso de la autoridad competente, el cual no puede extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o simplemente para presenciarlas.

Cabe anotar que los organismos de seguridad y los cuerpos oficiales armados, están autorizados para portar armas, de acuerdo con los principios y procedimientos que expida el Gobierno.

Siendo facultad de la ley el establecimiento de los requisitos necesarios para obtener el permiso para la adquisición y porte de armas, como las obligaciones derivadas de éste, bien puede el legislador de excepción durante el estado de conmoción interior y siempre y cuando las circunstancias de alteración del orden público lo ameriten, suspender dichos permisos...., medidas que se dirigen exclusivamente a lograr la paz y evitar la comisión de hechos ilícitos que de alguna manera perturben la tranquilidad ciudadana.

....".

Tercera. Análisis del Cargo.

De lo anterior se colige con claridad que el legislador sí puede regular los permisos requeridos para la posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos, sin que dicha facultad sea el ejercicio de una actuación arbitraria o caprichosa, ni el desarrollo de una potestad absolutamente discrecional.

El argumento del demandante radica en que la autoridad que dispensa los permisos en virtud de la potestad discrecional que las normas legales le confieren no está obligada a motivar en derecho las razones de su decisión, sustrayéndose de la controversia jurídica con el afectado por cuanto no se le señalan de manera taxativa las condiciones por las cuales el permiso se concede o se niega, por lo que en su criterio, "*el estado de derecho se constituye en una ficción, pues la actuación administrativa de carácter discrecional estará bajo el imperio del capricho omnipotente de quien encarna la autoridad de turno*".

A juicio de la Corte, el régimen de concesión de permisos para poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, contenido en el artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, corresponde a una materia que puede ser adoptada por el legislador, según se desprende de lo prescrito en el artículo 223 de la Constitución Política, al señalar la prohibición de poseerlas o portarlas "sin permiso de autoridad competente", prohibición que está fundada en el derecho a la paz y en el deber de los ciudadanos de propender al logro y mantenimiento de la misma (artículo 95 numeral 6o. de la CP.), con la finalidad del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2o. CP.).

El grado de discrecionalidad que a las autoridades respectivas se otorga para la expedición de los permisos para poseer o portar armas, municiones de guerra o explosivos, no entraña entonces ningún vicio de inconstitucionalidad.

La discrecionalidad para expedir los permisos correspondientes para posesión o porte de elementos bélicos es una materia que compete desarrollar al legislador. Potestad ésta que en criterio de la Corte no desconoce los principios ni la esencia del Estado de derecho, ni puede entenderse como *un capricho omnipotente de quien encarna la autoridad de turno*, ya que en todo caso la autoridad competente que expide el permiso debe ceñirse a los principios y procedimientos que para el efecto señala la ley.

Y no puede, menos aún, afirmarse que esa potestad discrecional de la autoridad pública excede el ordenamiento superior, ya que es la misma norma constitucional -artículo 223- la que deja en manos de la autoridad competente la facultad, el poder y la atribución de permitir y autorizar la posesión o el porte de armas, municiones de guerra o explosivos. Es decir, se parte de la prohibición *in genere* de poseer o portar dichos elementos bélicos, pero se autoriza de manera excepcional su posesión o porte cuando medie permiso expreso de la autoridad competente.

Se pregunta: ¿cuándo y cómo procede dicha autorización? Para la Corte es el legislador quien debe determinar el procedimiento y los requisitos que se exigen para permitir la posesión o el porte de armas, municiones de guerra o explosivos por parte de la autoridad competente, quien los expide en forma discrecional con el lleno de los requisitos que impone la ley.

En este sentido, comparte la Corte las apreciaciones del señor Procurador General de la Nación, quien advierte que los actos discrecionales de la administración no sólo están previstos en la ley, sino que su posibilidad no atenta contra los principios del Estado de derecho. La discrecionalidad no exime en ningún momento a la autoridad administrativa de actuar en consonancia con el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, radica en la autoridad competente la facultad de determinar y decidir en qué casos o eventos es procedente y viable conceder el permiso para la posesión o el porte de las armas, municiones de guerra o explosivos.

De otro lado, no pueden concebirse, como así lo da a entender el demandante, los actos discrecionales como actos por fuera del control jurisdiccional. En todo caso procederán los recursos jurisdiccionales contra el acto o decisión discrecional que sea arbitrario o contrario a la Constitución o la ley, pues la potestad discrecional de la administración no autoriza ni legitima a la autoridad competente para imponer en forma caprichosa su voluntad.

Sobre el particular, los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo consagran las acciones de nulidad y la de nulidad con restablecimiento del derecho, como los mecanismos idóneos para controvertir o atacar judicialmente el acto que el demandante juzga ilegal, o aquel que es producto de una *supuesta* decisión irregular, arbitraria o caprichosa del funcionario, en cuya cabeza radica la potestad discrecional. Dicha disposición señala que esta acción "*procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también*

cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió".

Debe destacar la Corte que del acto administrativo general, impersonal y abstracto, puede predicarse una finalidad genérica que la constituye el interés de la comunidad, ya que el poder público sólo se justifica en función de servicio a la colectividad, y una finalidad específica que será establecida en cada caso concreto por la ley que asigne la competencia de que se trate, y habrá entonces desviación de poder, cuando este se ejerza desconociendo o bien la finalidad genérica del interés público o bien su finalidad específica, evento en el cual será procedente la acción de nulidad.

Es pertinente finalmente, hacer alusión a lo expresado por el señor Ministro de Defensa Nacional en su memorial de defensa de la constitucionalidad de la norma parcialmente acusada, para quien:

*"Las normas del Decreto 2535 de 1993 establecen los requisitos para la obtención de la revalidación del permiso, advirtiendo que la misma resulta procedente cuando se han observado la integridad de las normas previstas en el mencionado estatuto de armas, de donde **la discrecionalidad en el otorgamiento de los permisos no es arbitraria ni absoluta**, sino que obedece a unos criterios técnicos, sociales, científicos y administrativos, convergentes todos ellos a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado en materia de seguridad pública y la concesión de medios para proveerse a la seguridad privada o de defensa personal.*

El artículo 3o. del Decreto 2535 de 1993, no viola el artículo 4o. de la Carta que establece la supremacía frente a la demás normatividad del Estado, ya que lo que desarrolló es el propio postulado consagrado en el artículo 223 de la Constitución Política. De igual manera, la potestad discrecional en materia de expedición de permisos no infringe la Constitución o la ley, sino lo que desarrolla son los principios postulados que garantizan la defensa de las instituciones, los derechos fundamentales y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, entre ellas administrar el monopolio de las armas. No se viola como lo aduce el actor, el derecho a la intimidad personal y familiar al buen nombre, ni el habeas data a que se refiere el artículo 15 de la Constitución, porque al otorgarse o negarse un permiso no se está afectando el buen nombre o la intimidad del solicitante, por cuanto que son razones de seguridad pública y ciudadana... El procedimiento previsto para la expedición de un permiso de tenencia o porte, no viola el debido proceso, ya que no se trata de una actuación administrativa de tipo disciplinario o sancionatorio, sino de un proceso de evaluación regido bajo dos extremos: uno, relacionado con la propia necesidad y justificación de poseer y portar un arma frente a la comunidad, y el

otro, el de la actividad general reguladora del Estado, en limitar el porte o tenencia de armas ilimitado en manos de la ciudadanía".

Cuarta. Conclusión.

Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 223 superior, la Carta Política defirió a la ley el desarrollo y reglamentación del uso, posesión y porte de armas, municiones de guerra y explosivos. Es pues al Gobierno Nacional a quien corresponde expedir, a través de la autoridad competente, la autorización para portar armas, como así lo consagra la norma cuyo aparte fue demandado, y que en criterio de esta Corporación es exequible, pues no excede ni vulnera el ordenamiento constitucional.

Como se ha expresado, la Carta Fundamental de 1991 estableció una prohibición a los particulares de portar armas, municiones de guerra y explosivos sin permiso de la autoridad competente, pues de acuerdo con la norma citada, esa facultad es de uso privativo de los "*organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, bajo el control del Gobierno*", siendo el Estado el titular del uso de la fuerza a través de tales organismos, y radicando en él el monopolio constitucional de la fabricación e introducción de los elementos bélicos señalados.

En esa forma, es el mismo Estado quien está habilitado para autorizar de manera excepcional y bajo la potestad discrecional, titularidades privadas de porte y tenencia de armas, municiones de guerra y explosivos; es decir, puede en ciertos y determinados eventos, facultar a los particulares para su posesión y porte mediante la supervisión de la respectiva autoridad como así lo dispone el artículo 223 superior, y lo desarrolló el Decreto 2535 de 1993 en la norma acusada.

En razón de lo anterior, el aparte acusado deberá ser declarado exequible.

Finalmente, respecto a la pretensión del actor de que se declare inconstitucional toda la normatividad que establezca potestades discrecionales, resulta infundada tal pretensión, toda vez que lo discrecional no implica arbitrariedad, como quedó expuesto anteriormente. Además, tendría la Corte de oficio que ampliar la proposición jurídica para cobijar dentro de un mismo cargo gran parte de la normatividad nacional en que se verifiquen potestades discrecionales, lo cual no es procedente al tenor del Decreto 2067 de 1991, razón por la que este cargo no prospera.

VIII. DECISION

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y previos los trámites dispuestos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION,

R E S U E L V E :

Declárase EXEQUIBLE la expresión "*...con base en la potestad discrecional...*", contenida en el artículo 3° del Decreto 2535 de 1993.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JORGE ARANGO MEJIA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General