

**PROYECTO DE LEY No. \_\_\_\_/2010 SENADO**

**“Por medio de la cual se establece el procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, del retiro discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.”**

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**DECRETA:**

**ARTÍCULO 1o. OBJETO.** La presente Ley establece el procedimiento abreviado a seguir sobre el retiro discrecional del personal uniformado al interior de la Fuerza Pública, para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, recopiladas en el Decreto-ley 1790 de 2000, parágrafo del artículo 45, 99 y 104; artículo 4º de la Ley 857 de 2003 y artículo 13 del Decreto-ley 1793 de 2000.

**Parágrafo.** Para el retiro en forma discrecional será obligatoria la presencia del interesado o de su defensor, a efectos que puedan interponer el recurso de reposición ante quien tome la decisión del retiro y el de apelación ante el Ministerio de Defensa Nacional. En tratándose del retiro de oficiales en los grados de Oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío únicamente el de reposición ante el Gobierno Nacional.



**ARTÍCULO 2o. PROCEDIMIENTO.** Proferido el decreto por el gobierno o la resolución ministerial o del comandante de Fuerza, donde deberá consignar las razones de su retiro e indicar lo recomendado por las juntas respectivas, el interesado o su defensor podrá interponer recurso de reposición y en subsidio el de apelación, según sea el caso, a efectos de controvertir la razón de su desvinculación. Para lo cual se tendrá en cuenta el siguiente procedimiento abreviado:

a) Admisión de la solicitud y apertura a pruebas. Una vez se notifique en forma personal o por edicto el Decreto Gubernamental o la Resolución Ministerial o de Comandante de Fuerza, el interesado o su defensor, interpondrá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, según sea el caso. Cumplido este requisito la petición será admitida, y en el mismo auto se abrirá el proceso a pruebas, para que en el término de cinco (5) días los intervinientes soliciten o aporten las que estimen conducentes;

b) Rechazo de la solicitud. La solicitud de reposición o de apelación solo podrá rechazarse por el no cumplimiento del requisito temporal, mediante auto motivado susceptible del recurso de reposición;

c) Decreto de pruebas. Las pruebas conducentes, solicitadas en esta etapa o con la petición de revocatoria directa del decreto o resolución y las que oficiosamente se estimen necesarias, serán decretadas dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del traslado aludido en el literal "a" precedente;

d) Período probatorio y fallo. Las pruebas serán practicadas en un término no superior a treinta (30) días, vencido el cual el Gobierno Nacional, el Ministerio de Defensa o el Comandante de Fuerza, según sea el caso, tendrá diez (10) días hábiles para decidir, determinación que es susceptible del recurso de apelación con excepción de los oficiales a que se refiere el parágrafo del artículo 1º;



e) Comunicación. En firme el auto que ordena su retiro o su revocatoria, se oficiará al Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, para sus trámites administrativos correspondientes de ley.

**ARTÍCULO 3o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS.** La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, y en especial el Decreto-ley 1790 de 2000, parágrafo del artículo 45, 99 y 104; artículo 4° de la Ley 857 de 2003 y artículo 13 del Decreto-ley 1793 de 2000 y las demás normas que le sean contrarias.

De los Honorables Congressistas,

**ALEXANDRA MORENO PIRAQUIVE**  
Senadora de la República

**MANUEL VIRGÜEZ P.**  
Senador de la República

**CARLOS ALBERTO BAENA LOPEZ**  
Senador de la República

**GLORIA STELLA DIAZ ORTIZ**  
Representante a la Cámara



**PROYECTO DE LEY No. \_\_\_\_/ 2010 SENADO**

**“Por medio de la cual se establece el procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, del retiro discrecional del personal de Oficiales y Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.”**

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**1. Antecedentes.**

Esta figura del “retiro discrecional”, facultad que tiene el Ministerio de Defensa Nacional para retirar de manera nominal al personal uniformado de la Fuerza Pública, surgió en Colombia en el año de 1995, dada la crisis de indisciplina y de corrupción al interior de la Policía Nacional, que llevó al Gobierno Nacional, a través del Decreto Ley 573 de 1995, en su artículo 12, modificar parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional”, y contra el artículo 11 del Decreto 574 de 1995, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 de 31 de enero de 1994, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional”.



## 2. La Corte Constitucional y el Retiro Discrecional.

El retiro discrecional, figura de carácter administrativa, que facultaba al Gobierno Nacional exigir ha dicho cuerpo disciplinado, idoneidad en la prestación del servicio. El Decreto Ley 573 de 1995 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-525/95, Magistrado Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA del dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), cuando sobre la materia señalara:

(...),

*“ACTO DISCRECIONAL*

*Encontramos en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad.*

(...),

*POLICIA NACIONAL-Depuración/RETIRO DEL SERVICIO DE LA POLICIA NACIONAL*

*Las medidas adoptadas tienen por finalidad facilitar la urgente y necesaria depuración al interior de la Policía Nacional, muchos de cuyos efectivos han venido incurriendo en los últimos tiempos -como es bien conocido de la ciudadanía, que lo ha padecido- en una serie de graves anomalías que van desde la ostensible ineficiencia en el cumplimiento de elementales deberes de protección al ciudadano, hasta la comisión de graves delitos de diversa índole. Puede afirmarse, y ello ha sido*



*reconocido por el gobierno y las propias autoridades de policía, que esta institución, como se ha señalado, ha venido atravesando una situación crítica de corrupción e ineficiencia que es necesario afrontar a través de mecanismos flexibles y eficaces que busquen erradicar con la mayor prontitud tales vicios. La más lógica y obvia de estas medidas es la que faculte a la institución para disponer con la mayor celeridad el retiro de aquellos de sus miembros, de cualquier rango que sean, sobre quienes haya graves indicios, o desde luego pruebas suficientes, de que no son aptos para asumir la delicada responsabilidad que se les confía, o que han incurrido en faltas graves, sobre todo delitos contra los ciudadanos, contra el patrimonio público, o contra los supremos intereses del Estado y de la sociedad”.*

Postulados que fueron recogidos por ese mismo alto colegiado en Sentencias: C-092-96, C-120-96, C-193-96.

### **3. El Gobierno Nacional y la Facultad Discrecional.**

La anterior normatividad llevó al Gobierno Nacional ampliar esta facultad discrecional a las Fuerzas Militares (Ejército, Armada Nacional y Fuerza Aérea), como se aprecia en los decretos de carrera: Decreto-ley 1790 de 2000, parágrafo del artículo 45, 99 y 104; artículo 4º de la Ley 857 de 2003 y artículo 13 del Decreto-ley 1793 de 2000.

Si bien es cierto la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-253 del 25 de marzo de 2003, declaró inexecutable el

artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, que al interior de la Policía Nacional se reiteraba la facultad discrecional, al estimar la Alta Corporación que 'El presidente de la República no puede modificar, adicionar o derogar decretos distintos a los establecidos expresamente en el artículo 2 de la Ley 578 de 2000'. Conllevando a la expedición del artículo 4º de la Ley 857 de 2003, a efectos de restablecer dicha figura en esa Institución.



La misma Corte Constitucional, mediante Sentencia C-179 de 2006, del 8 de marzo de 2006, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró exequible el artículo 4º, parcial, de la Ley 857 de 2003 y 104 del Decreto-ley 1790 de 2000, bajo el entendido que las razones que establecen los criterios objetivos y razonables, sobre la función constitucional que presta la Fuerza Pública, en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política de Colombia, ameritan esta clase de decisiones, lo cierto es que desde el miramiento objetivo, dichos criterios se avalan, pero desde el principio de los derechos fundamentales a que se refiere el Estado Social de Derecho de la Constitución del 91, como bien lo resaltara el Honorable Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentarúa en su salvamento de voto, dejó entrever al Colegiado que existe un vacío legal en la legislación revisada, en el entendido que no se está tutelando el artículo 29 de la Carta ante la imposibilidad de ejercer el ejercicio de defensa el debido proceso en las decisiones que se toman por parte del Gobierno Nacional y del Ministerio de Defensa, resaltando como dicha potestad resulta meramente nominal y en perjuicio de los miembros de la Fuerza Pública.

Derechos fundamentales que se han visto seriamente quebrantados ante un abuso de poder por parte del ente ejecutivo, como quiera que si bien es cierto que el conflicto armado, la lucha contra el narcotráfico, han visto afectado dicho flagelo criminal al interior de las huestes militares, lo cierto es que aquellos uniformados que han sido afectados directa o indirectamente con decisiones un tanto "arbitrarias", han acudido ante el juez constitucional, quienes han señalado que: "no basta, entonces aducir, en abstracto y para un conjunto más o menos amplio de personas, "razones del servicio", pues en cada caso el retiro ha de ser objeto del análisis y de la justificación que ponga al afectado en condiciones óptimas para controvertir el acto administrativo. La motivación es, así, un presupuesto del derecho de defensa, por cuanto sólo cuando se sabe a ciencia cierta, cuál es la causa del retiro se puede recurrir o plantear con mayor acierto el problema ante los jueces competentes, cuya actuación se enfocará desde el principio de los motivos esgrimidos por la administración y no en



desentrañar cuáles fueron esos motivos”<sup>Senador de la República de Colombia</sup>. (Tutela T-569/08. MG. Rodrigo Escobar Gil). Entre otras de ese Alto Colegiado, como quiera que el Consejo Superior de la Judicatura se haya pronunciado sobre este mismo tópico.

No obstante a la exequibilidad de la norma por parte de la Corte Constitucional amparando el procedimiento en la norma en cita, al considerar que el interesado cuenta con el mecanismo en la jurisdicción Contenciosa Administrativa, lo cierto es que al interior de ese Alto Colegiado también se encuentra un menoscabo hacia el miembro de la Fuerza Pública que ha sido retirado por este mecanismo, pues ha considerado el contencioso que las pruebas que llevaron al Comité de Evaluación del interesado, en muchos casos informes de Inteligencia y Contrainteligencia que no fueron de conocimiento del perjudicado señala:

*“Así mismo, es conveniente aclarar que los estudios de inteligencia y contrainteligencia efectuados por la Policía Nacional, son análisis de carácter secreto y por este motivo, se hace irrealizable examinar tales pruebas, dada la categoría que ostentan..., ...Sobre el particular se aclara que efectivamente las actas de los mencionados comités deben estudiarse por hacer parte de la actuación administrativa completa, por la cual se ha llevado al retiro del servicio de un funcionario, pero no por ello significa que deba hacerse un pronunciamiento de fondo respecto de las mismas, pues como ya se precisó, ellas no son enjuiciables ante la jurisdicción..., ...Así las cosas, se encuentra que los cargos endilgados contra el acto administrativo acusado no se comprobaron”*

Radicado: 41001-23-31-000-1995-8293-01 del 25 de julio de 2002. Consejo de Estado-Sala Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “B”. Consejo Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.



Son circunstancia de hecho y de derecho que permiten retomar la posición del Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentarúa, como de los jueces constitucionales, en el sentido de entrar por la vía legislativa a llenar ese vacío procesal, a efectos de garantizar que los miembros de la Fuerza Pública, tengan un debido proceso y el derecho de defensa frente a decisiones un tanto irregulares, por parte del Ministerio de Defensa y los Mandos Militares, como se refleja en los fallos de tutela que han sido de conocimiento de la opinión pública a través de los diferentes medios de comunicación, en el cual han obligado el reintegro de un gran número de personal que injustamente han sido desvinculados por esta figura, con un impacto fiscal en el erario público, al tener que reintegrarlos y reconocerles el pago de sus haberes y prestaciones sociales, por el tiempo que estuvieron fuera de la Institución.

Aunado lo anterior, los fallos adversos en el Contencioso Administrativo, al verse en la imposibilidad de realizar control de legalidad sobre los informes de inteligencia y de las actas de las juntas asesoras, las cuales no fueron controvertidas por los interesados, ante la toma nominal del Ministerio de Defensa y los Mandos, fueron retirados, quebrantando todos sus derechos fundamentales, llevan en este momento al legislador a buscar un mecanismo para proteger y garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, teniendo en cuenta que procedimientos un tanto arbitrarios como fue la aplicación de la justicia sin rostro y su creación por "necesidades de asegurar una cumplida administración de justicia frente a los devastadores efectos de la delincuencia organizada" el Estado Colombiano señaló que el gobierno Colombiano con su legislación no hizo más que violar el artículo 14 del Parágrafo 1 del Pacto, violación del Tribunal Competente, independiente e imparcial, de las debidas garantías penales y de la garantía de igualdad de todas las personas ante los Tribunales de Justicia" (Naciones Unidas a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en comunicación 848-1999. Colombia. 20/09/2002. CCPR/C/75/D/848/1999 (Jurisprudencia), el Comité de Derechos Humanos en la 75º periodo de sesiones, 8-26 de julio de 2002).



#### **4. La Necesidad del Proyecto de Ley.**

Por lo anterior y a efectos de evitar que Colombia siga siendo cuestionada por violación de Derechos Humanos ante los organismos internacionales, por administrar procedimientos como el retiro discrecional, sin una garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, nos lleva a señalar que la presente iniciativa estaría acorde con el mandato constitucional del artículo 29, estableciendo un procedimiento abreviado y garantista de los derechos del debido proceso y el derecho de defensa.

#### **5. El nuevo llamado de la Corte Constitucional al Gobierno Nacional.**

La Corte Constitucional en Febrero de 2009, pidió, a través de una tutela, a los comandantes de las Fuerzas Militares que sean "razonables" con su facultad discrecional, porque esa potestad no es sinónimo de "actuaciones arbitrarias", sino que deben obedecer al debido proceso.

La tutela indica que las fuerzas militares deben garantizarle a la persona que piense retirar, el derecho a una audiencia frente a los órganos encargados de recomendar el retiro del servicio, y que la persona pueda conocer claramente los motivos por los que va a quedar desvinculado.

"Las decisiones discrecionales tienen que llevarse a cabo dentro del marco legal que les da sustento formativo. Debe tomarse en consideración a fines precisos y claramente delimitados. Además, una medida discrecional debe ser razonable en relación con los fines perseguidos y debe respetar el debido proceso", subrayó la Corte, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño.

Y agrega: "La facultad de retiro discrecional no es equivalente a una autorización al Ejército de actuaciones arbitrarias", y además,



“para evitar la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades públicas las decisiones discrecionales deben llevarse a cabo dentro del marco legal que les da sustento”.

## 6. En Conclusión.

El presente proyecto de ley no acaba con la facultad discrecional dentro de la fuerza pública, sino que establece un procedimiento abreviado para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa; con el objetivo de evitar abusos con la consecuente violación de los derechos fundamentales a los miembros activos de la fuerza pública.

Esta actitud de utilizar el “Retiro Discrecional” sin observar los derechos fundamentales está dejando como consecuencia multitud de demandas y tutelas que están contribuyendo a la congestión judicial y a la reparación con dineros públicos de los afectados.

Todo ello es lo que se pretende corregir este proyecto de ley que se pone, en manos del Congreso de la República, por parte de la Bancada del Movimiento MIRA, para su estudio.

De los Honorables Congresistas,

**ALEXANDRA MORENO PIRAQUIVE**  
Senadora de la República

**MANUEL VIRGÜEZ P.**  
Senador de la República

**CARLOS ALBERTO BAENA LOPEZ**  
Senador de la República

**GLORIA STELLA DIAZ ORTIZ**  
Representante a la Cámara

