

C-019-18

Sentencia C-019/18

DERECHO A LA PAZ-Fundamento constitucional/PAZ-Derecho, deber y fin constitucional

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA-Alcance

PARTICIPACION CIUDADANA-Finalidad

PARTICIPACION DEMOCRATICA-Derecho-deber

MODELO DEMOCRATICO-Importancia del carácter reglado

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Conservación del orden público

INSTRUMENTOS JURIDICOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL-Medidas de carácter excepcional para facilitar la terminación del conflicto armado interno y alcanzar la paz

DERECHOS DE LAS VICTIMAS A LA VERDAD, JUSTICIA, REPARACION Y GARANTIAS DE NO REPETICION-Jurisprudencia constitucional

CONCEPTO DE VICTIMA EN EL CONFLICTO ARMADO-Desarrollo legal

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Instrumentos internacionales

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-En el marco de justicia transicional

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA EN DERECHO COMPARADO-En el marco de justicia transicional

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA-Desarrollo legal

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Competencia de la Corte Constitucional en la revisión de los decretos dictados al amparo del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 comprende aspectos formales y asuntos de índole sustantivo

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Competencia gubernamental

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Temporalidad

PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA ENTRE TITULO DE LA LEY Y SU CONTENIDO-Finalidad

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Límites formales de carácter material

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisito de conexidad objetiva

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisito de conexidad estricta o juicio de finalidad

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Valoración de la conexidad estricta

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisito de conexidad suficiente

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisito de necesidad estricta

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Asuntos expresamente excluidos

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Exclusión de asuntos sometidos a reserva estricta de ley

Referencia: Expediente RDL- 014

Decreto ley 775 del 16 de mayo de 2017, “Por la cual se dictan normas para que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondetec preste servicios de defensa técnica a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en los Decretos leyes 2067 de 1991 y 121 de 2017, profiere la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.-La Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, Claudia Isabel González Sánchez, mediante oficio del 17 de mayo de 2017 recibido en la Secretaría General de la Corte, remitió el Decreto Ley 775 de 16 de mayo de 2017, para control de constitucionalidad automático siguiendo lo dispuesto en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016[1].

2.- Por reparto de la Sala Plena de esta Corporación, el asunto ingresó al Despacho del Magistrado Sustanciador el 18 de mayo del presente año, para el trámite de rigor.

3.- Mediante Auto de veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017) el Magistrado Sustanciador avocó el conocimiento del presente asunto y decretó la práctica de algunas pruebas según lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto Ley 2067 de 1991 y el numeral 2º[2] del artículo 3º del Decreto Ley 121 de 2017, que estimó conducentes, pertinentes y necesarias.

4.- En dicho Auto se ordenó la fijación en lista para efectos de permitir la intervención ciudadana y se dispuso la comunicación de la iniciación del presente asunto al Presidente de la República para los fines del artículo 244 de la C. Pol. al Presidente del Congreso, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Defensa, al Alto Consejero para el Postconflicto, al Alto Comisionado de Paz, a la Fiscalía General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado, al Fondo de Defensa Técnica y Especializada -FONDETEC- y al Departamento Administrativo de la Función Pública, para los efectos señalados en el artículo 11 del Decreto Ley 2067 de 1991.

5.- De igual forma, se dio el traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia en los términos del artículo 3º del Decreto Ley 121 de 2017.

6.- Adicionalmente, en observación al artículo 13 del Decreto Ley 2067 de 1991, se invitó a las siguientes instituciones para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran en el proceso de la referencia:

(i) Centro de Justicia, Derecho y Sociedad (Dejusticia), a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Asociación de Militares Retirados (ACORE), al Institute for Intergrated transitions,

Humans Rights Watch, a Amnistía Internacional (Amnesty International), a la Fundación Ideas para la Paz, al Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, al Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, a la Fundación Víctimas Visibles, a la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, al Movimiento Voces de Paz, al Comité Nacional de Víctimas de la Guerrilla, a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al Comité Internacional de la Cruz Roja, a la Corte Penal Internacional (CPI);

(ii) A las facultades de derecho de la Universidad Javeriana (Facultad de derecho e Instituto Pensar), a la Universidad Externado de Colombia (Departamento de Derecho Penal, Constitucional y Centro de Investigación en Filosofía y Derecho), Nacional, Rosario, Sergio Arboleda, al Grupo de Estudios en Derecho Penal y Justicia Transicional de la Universidad de los Andes, a la Universidad de Antioquia, de Cartagena, ICESI de Cali, EAFIT de Medellín, Libre de Bogotá, del Norte de Barranquilla, Surcolombiana de Neiva, de la Sabana, Cartagena, Santo Tomás y Caldas.

7. Efectuados los trámites constitucionales y legales propios de este asunto y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede esta Corporación a decidir sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 775 del 16 de mayo de 2017, en los siguientes términos.

II. TEXTO DEL DECRETO LEY OBJETO DE REVISIÓN

“DECRETO-LEY 775 DE 2017

Por la cual se dictan normas para que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondetec preste servicios de defensa técnica a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la

Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 22 de la Constitución Política establece que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Que la Constitución Política en el artículo 29 establece que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable y que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.

Que la Constitución Política en el artículo 229 establece que se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia y que la ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Que el artículo 93 de la Carta Política establece que los tratados y convenios ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno y que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia.

Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en su artículo 11 determina el derecho de toda persona acusada de un delito, a que se presuma su inocencia y a que tenga un juicio público en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

Que en la Ley 74 de 1968 “Por la cual se aprueban los ‘Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966’”, en la parte relacionada con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14 se establece que: “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si

no tuviera defensor, del derecho que le asiste tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo; (...)”.

Que en la Ley 16 de 1972 ‘Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica’, se consagran un conjunto de garantías judiciales (artículo 8 de la Convención) que integran el debido proceso judicial como derecho fundamental, en particular el: ‘d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”;

Que la Ley 1698 de 2013, creó el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública como un conjunto de políticas, estrategias, programas, medidas preventivas y herramientas jurídicas, técnicas, financieras y administrativas orientadas a garantizar a favor de los miembros de la Fuerza Pública que así lo soliciten, el derecho a la defensa y una adecuada representación en instancia disciplinaria e instancia penal ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros estados por excepción, y con ello el acceso efectivo a la Administración de Justicia, en el marco de lo dispuesto en la Constitución Política.

Que el artículo 4 de la Ley 1698 de 2013, crea el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública (en adelante Fondetec) como una cuenta especial de la Nación, que hará parte del Ministerio de Defensa Nacional -Unidad de Gestión General, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, el cual funcionará bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Que la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre el derecho a la defensa técnica y el Sistema de Defensa Técnica Especializada que estableció la Ley 1698 de 2013.

Que en Sentencia C-745 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) de la H. Corte Constitucional, se explican las características del Sistema de Defensa Técnica Especializa y

se determina que dicho Sistema corresponde al cumplimiento de compromisos internacionales donde se busca garantizar la efectividad del derecho a la defensa técnica: “(...) En este sentido, los beneficios que derivan de la Ley 1698 de 2013 no pueden entenderse como un privilegio, como lo afirma la demandante. Se trata de una prerrogativa propia de quienes pertenecen a un régimen especial de función pública, en razón al tipo de labor que prestan al Estado y a la comunidad y que, en consecuencia, no tiene como causa la pertenencia de militares y policías a un sector minoritario o históricamente discriminado”.

Que en la misma sentencia se reconoce que al estar los miembros de la Fuerza Pública en condiciones excepcionales de riesgo, se justifica el trato diferenciado que se crea en el Sistema: “74. En relación con el cargo por la presunta violación del derecho a la igualdad reitera que este análisis debe hacerse entre sujetos que se encuentren en las mismas condiciones (igualdad entre iguales) por lo que al estar militares y policías en condiciones excepcionales de riesgo, se justifica el trato diferenciado que la regulación demandada les ofrece (...)” y que “77. (...) en virtud del principio de correspondencia se justifica este servicio especializado, dado que por el riesgo permanente al que están expuestos sus integrantes en defensa de la independencia nacional, las instituciones públicas y los derechos de todas las personas (arts. 2 y 221 C.P.), el Estado está obligado a garantizar su defensa técnica, ‘teniendo en cuenta que hay un ejercicio legítimo de la fuerza, en la tarea que desarrollan’, sin que pueda entenderse como un privilegio”.

Que en Sentencia C-044 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa) de la H. Corte Constitucional, se reconoce la obligación que tiene el Estado de garantizar el derecho a la defensa judicial: “76. Por último, en relación con el cargo por infracción del artículo 355 superior, la Corte constata que la prestación con cargo a recursos públicos del servicio de defensa técnica para los integrantes de la fuerza pública, prevista en las normas demandadas, no queda comprendida dentro de las hipótesis de auxilio o donación prohibidas por el artículo 355 superior, razón por la cual declarará exequibles los artículos 2, 4, 5, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 1698 de 2013 en relación con el cargo analizado. Ello por cuanto los integrantes de la fuerza pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa y, por tanto, el Estado está obligado, por el principio de correspondencia, a garantizar su defensa técnica, teniendo en cuenta que desarrollan en virtud de la función que constitucionalmente les ha sido conferida un ejercicio legítimo de la

fuerza. (...)”.

Que en la búsqueda de una paz estable y duradera y la terminación definitiva del conflicto armado el Gobierno Nacional suscribió, el 24 de noviembre de 2016, con el grupo armado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejercito del Pueblo (FARC-EP) un nuevo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Que el Acuerdo Final desarrolla seis ejes temáticos relacionados con i) Reforma Rural Integral; ii) Participación Política; iii) Fin del Conflicto; iv) Solución Integral al Problema de las Drogas Ilícitas; v) Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto; y vi) implementación, verificación y refrendación de dichos acuerdos.

Que en el punto 5.1.2. del Acuerdo antes mencionado, relacionado con Justicia -Jurisdicción Especial para la Paz-, se establece en el punto “11” los contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante SIVJNR) y en el numeral 32 se consagra que: “(...) El componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico (...)”.

Que en los contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales en el SIVJNR, el numeral 34 también consagra que: “el tratamiento de justicia para los integrantes de las FARC-EP, para los agentes del Estado y para otros actores que hayan participado en el conflicto, ya sea como combatientes o como no combatientes, cuando hayan cometido delitos, puede ser diferente pero equilibrado y equitativo”.

Que en el numeral 46 del SIVJNR se establece que el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa -gratuita si el solicitante careciere de recursos-, que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados y cuyo mecanismo de selección será acordado por las partes antes de entrar en funcionamiento el componente de justicia del SIVJNR y que a decisión del interesado, se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia.

Que teniendo en cuenta que el SIVJRNR dispone que el Estado ofrecerá un sistema de asesoría y defensa gratuita, los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los criterios y principios mencionados en el numeral 32 del punto 5.1.2 del Acuerdo, sobre el tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico, debe garantizarse el acceso a un sistema de defensa técnica y especializada.

Que el Congreso de la República, adoptó la decisión política de refrendar el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Que el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, consagró un artículo transitorio en el cual se conceden facultades presidenciales para la paz, el cual señala que el Presidente de la República dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo queda facultado para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Que el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, establece en su parágrafo que los miembros de la Fuerza Pública, podrán acudir, además, al Fondo de Defensa Técnica Fondetec o a abogados miembros de la Fuerza Pública.

Que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondetec, en el marco del posconflicto y en desarrollo de las competencias de justicia, puede prestar el servicio de defensa técnica a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública ante el SIVJRNR, por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Que los miembros de la Fuerza Pública -activos o retirados- en el marco de un proceso transicional de paz podrán acceder a la Jurisdicción Especial para la Paz y obtener tratamientos penales diferentes pero equilibrados y equitativos.

Que para la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz, la Fuerza Pública tendrá plenas garantías bajo un régimen diferenciado, independiente e imparcial. En relación con los Agentes del Estado que hubieren realizado conductas punibles por causa, con ocasión o en

relación directa o indirecta con el conflicto armado, su tratamiento será simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo.

Que en Sentencia C-699 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa) de la H. Corte Constitucional, que declaró exequible el Acto Legislativo 01 de 2016, se establece que en lo relacionado con las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, “(...) se justifica ejercer las facultades previstas en el artículo 2 demandado solo en circunstancias extraordinarias, cuando resulte estrictamente necesario apelar a ellas en lugar de someter el asunto al procedimiento legislativo correspondiente (...)”.

Que en el entendido que la Jurisdicción Especial de Paz ejercerá funciones judiciales y uno de sus objetivos principales es adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado, respecto de hechos cometidos en el contexto y que en razón de éste, es que se expide la Ley 1820 de 2016, donde, entre otros asuntos, se desarrolla la amnistía, el indulto y los tratamientos penales especiales, encaminados específicamente a quienes habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo Final.

Que los miembros de la Fuerza Pública que cumplan con los requisitos exigidos por la Ley 1820 de 2016, y que sean acogidos o cobijados por este tratamiento penal especial, en todas las actuaciones administrativas que se deriven de esta jurisdicción, se les debe respetar de forma inmediata los principios y garantías procesales del debido proceso y del derecho a la defensa.

Que quienes son beneficiarios de la Ley 1820 de 2016 tienen que suscribir un acta donde se comprometen a someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz, y que dicha acta ya ha sido firmada por más de 1.800 integrantes de las Fuerzas y de la Policía Nacional, y es estrictamente necesario y urgente, que los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública tengan un servicio de defensa técnica adecuado al cual puedan acceder para poder someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual entra en funcionamiento en los

próximos meses, para que se les garanticen los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y en particular a solicitar el servicio de defensa técnica y especializada.

Que teniendo en cuenta que ya fue aprobada y entró en vigencia la Ley 1820 de 2016, la cual establece una serie de tratamiento penales especiales para los miembros de la Fuerza Pública y que dichos beneficios se obtendrán en los próximos meses, se justifica y es estrictamente necesario ejercer las facultades extraordinarias previstas en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, porque se requiere que los miembros de la Fuerza Pública que se acojan al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJNR y a los beneficios de la Ley 1820 de 2016, puedan acceder inmediatamente al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública.

Que se hace necesario facultar al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública financiado por Fondetec para que pueda prestar los servicios de defensa técnica a los miembros de la Fuerza Pública por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Por lo anteriormente expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, Facultase al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por el Fondo de Defensa Técnica Especializada - FONDETEC - para prestar el servicio de defensa técnica a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

Para efectos de la prestación del servicio de defensa técnica, en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJNR, no se excluyen las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7 de la Ley 1698 de 2013 siempre que éstas sean conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por

causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Artículo 2. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE y CÚMPLASE,

Dado en Bogotá D.C., a los, 16 de mayo de 2017

Juan Manuel Santos Calderón

Presidente de la República (firma)

El Ministro de Defensa Nacional, Luis C. Villegas Echeverri”.

III. LAS PRUEBAS RECAUDADAS

1. En el Auto de veintitrés (23) de mayo de 2017 este despacho decidió decretar la práctica de algunas pruebas pertinentes, conducentes y necesarias para el asunto de la referencia y se envió un cuestionario al Ministerio de Defensa, al Fondetec (Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública), a la Fiscalía General de la Nación, a la Corte Suprema de Justicia, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y al Gobierno Nacional.

2. La Secretaria de la Corte Constitucional, mediante informes rendidos el treinta y uno (31) de mayo y dos (2) de junio del presente año, puso en conocimiento de este Despacho que respecto de las pruebas solicitadas, se recibieron los informes de las autoridades públicas requeridas, con excepción de las de la Procuraduría General de la Nación y las de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y decidió requerir nuevamente a estas entidades mediante Auto de siete (7) de junio, para que cumpliera estrictamente lo ordenado en el proveído del veintitrés (23) de mayo de 2017.

3. En comunicaciones del catorce (14) y veinte (20) de junio de 2017 fueron allegadas las pruebas solicitadas, dando lugar a que se diera cumplido por este despacho lo estipulado en el numeral 4º[3] del artículo 3º del Decreto Ley 121 de 2017, y dispuso continuar el trámite de las comunicaciones, traslados y fijaciones previstas en el Auto de veintitrés (23) de mayo de 2017.

4. A continuación se relacionan las preguntas formuladas y una síntesis de las respuestas remitidas por las entidades requeridas.

Ministerio de Defensa Nacional[4]

En un primer lugar el Ministerio realiza una introducción al sistema de defensa técnica en donde explica que por intermedio de la Ley 1698, sancionada el 26 de diciembre de 2013, se crea y organiza el “Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública y se dictan otras disposiciones”. Esta ley es la que le da vida jurídica al Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública (en adelante Fondetec), y señala que el Decreto 124 de 2014 reglamenta la Ley 1698 de 2013.

Indica que dicho Fondo es una cuenta creada por el Gobierno Nacional que se encarga de garantizar el derecho fundamental a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública que así lo soliciten, “siempre y cuando el presunto delito o la falta, haya sido cometida en ejercicio de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella”[5].

Explica que el Gobierno Nacional creó el Fondetec en respuesta a la necesidad de brindar seguridad jurídica y bienestar al personal de la Fuerza Pública vinculado a procesos penales o disciplinarios, el cual tiene como objeto, de acuerdo al artículo 2[6], financiar la defensa técnica con calidad y de manera ininterrumpida y gratuita a los integrantes que así lo soliciten, y representarlos ante instancias disciplinarias y penales, ordinarias y/o especiales como la justicia penal militar en el orden nacional, internacional y de terceros Estados por excepción.

Sostiene que el Fondetec es de naturaleza pública y los recursos son administrados por una Fiduciaria del Estado, que actualmente es la Previsora S.A. y siendo este servicio gratuito, además de no requerir la afiliación al fondo ni genera descuentos de nómina por ser dineros de carácter público que se invierten en defensa de los usuarios del Fondo.

Indica que dentro de los requisitos para acceder a los servicios de defensa jurídica, según la normatividad vigente, se encuentra el de: 1. Ser personal activo o retirado de la Fuerza Pública, sin importar la Fuerza a que pertenece o el rango del solicitante; 2. Investigación o

juzgamiento de presunta conducta o falta, que haya sido cometida en actividad y en ejercicio del cumplimiento de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella; y 3. Diligenciar y firmar el formato o solicitud de servicio de defensa gratuita y allegado a Fondetec.

Explica que el Fondo asume todos los gastos inherentes a la defensa técnica de los solicitantes tales como tiquetes y gastos de viaje del abogado defensor, apoyo forense, entre otros, anotando que el servicio es integral ya que se presta en todas las etapas procesales (investigación – juzgamiento – segunda instancia), así como en la presentación y sustentación de los recursos de casación y acciones de revisión.

Expone que los delitos y conductas en que principalmente está a cargo el Fondo son: 1. Homicidio en persona protegida en concurso con otros delitos; 2. Homicidio agravado en concurso con otros delitos; 3. Lesiones personales en concurso con otros delitos.

Subraya que existen conductas o delitos que están excluidas del servicio de Fondetec, según el artículo 7[7] de la Ley 1698 de 2013, cuando se trata de conductas principales: 1. delitos contra la administración pública; 2. delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; 3. delitos contra la familia, violencia intrafamiliar; 4. delitos contra la asistencia alimentaria; 5. delitos contra la fe pública y los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado y contra el régimen constitucional y legal; 6. delitos contra el patrimonio económico y la extorsión; 7. lavado de activos; 8. tráfico de estupefacientes; y 9. enriquecimiento ilícito, entre otros.

Señala que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada –SIDETEC– es: i) voluntario, sólo defiende a los miembros de la Fuerza Pública que lo solicitan, ii) restrictivo, excluye algunas conductas punibles y está sujeto a disponibilidad presupuestal y iii) accesorio, dado que es posible acudir a la Defensoría del Pueblo o al abogado de confianza.

Precisa que los militares y policías no están en idéntica condición que los demás servidores públicos, “pues el ejercicio de sus funciones acarrea el uso de armas que los expone a riesgos que pueden afectar su vida e integridad personal, Por tanto, el SIDETEC se justifica en razón de sus deberes funcionales en situaciones y condiciones disimiles”[8].

A continuación, pasa el Ministerio a responder puntualmente el cuestionario solicitado:

1. ¿De qué manera se organiza el sistema de defensa para la Fuerza Pública, con cuántos abogados cuenta y cuál es el proceso de nominación y selección de esta planta de personal?

Señala que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada, está organizado por un Comité Directivo que lo preside el Ministro de Defensa integrado por los Comandantes de Fuerza y Director de la Policía Nacional y tres (3) representantes del Ministro de Defensa, dentro de ellos un representante de la Corporación Excelencia en la Justicia, según lo dispone el artículo 8º del Decreto 124 de 2014 que reglamenta la Ley 1698 de 2013.

Explica que el Comité Directivo y el Director de Fondetec son los órganos de administración del Fondo y que dicho Comité, entre otras funciones, determina los criterios en relación al perfil de las personas jurídicas o naturales que prestarán el servicio de defensa técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública.

Señala que mediante el Acuerdo No. 10 del 11 de octubre de 2016 se adoptó el documento denominado “Guía de perfiles del Fondo de Defensa Técnica Especializada”, en donde respecto a los defensores se incluyó los siguientes requisitos: 1. En materia de estudios: tener título de formación profesional en derecho, tener título de postgrado en la modalidad de especialización o maestría en derecho penal, procesal penal, disciplinario o derechos humanos; 2. En cuanto a la experiencia: tener cinco (5) años de litigio en materia penal o cinco (5) años de litigio en materia disciplinaria.

Finalmente explica que el Fondo no cuenta con planta de personal y que los veinticuatro (24) abogados defensores activos en el Registro, a fecha 26 de mayo de 2017, que ejercen la defensa técnica y especializada para la Fuerza Pública son vinculados mediante contrato de prestación de servicios previa ordenación del gasto de la Directora de Fodetec, que realiza al fideicomiso que administra la Previsora S.A.[10] con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3º de la Ley 1698 de 2013, que entre otros requisitos dispone el de especialidad.

2. ¿De qué manera se organiza los casos de defensa técnica de la Fuerza Pública que cursan ante la Jurisdicción Penal Ordinaria, cuántos procesos se encuentran en curso y con qué número de abogados se dispone?; ¿De qué manera organiza los casos de defensa técnica de la Fuerza Pública que cursan procesos ante la Jurisdicción Penal Militar, cuántos procesos

se encuentran en curso y con qué número de abogados se dispone? ¿Informe sobre las investigaciones disciplinarias que cursan contra los miembros de la Fuerza Pública, cuántos procesos se encuentran en curso y con qué número de abogados se dispone?

Explica que el Fondetec presta un servicio de defensa jurídica especializada a los usuarios que así lo soliciten y que la capacidad institucional se fortalece en la medida que los usuarios demanden el servicio. Señala que a la fecha existen aproximadamente 5.000 investigaciones disciplinarias en curso contra miembros de las FFMM, de acuerdo con lo manifestado por la oficina de Asuntos Disciplinarios del Comando General de las Fuerzas Militares.

Se informa que dentro de la Policía Nacional a corte de 25 de mayo de 2017, cursan 9.115 investigaciones disciplinarias, sin que se cuente con abogados que ejerzan la defensa técnica a este personal, dado que la función desarrollada en esta unidad radica en el adelantamiento de las investigaciones correspondientes a este contexto. Indica que tan solo se cuenta con dos (2) abogados defensores que no pueden cubrir el gran número de investigaciones que se cursan dentro de la entidad[11].

Relata el procedimiento seguido para medir la calidad del servicio, que consiste en: 1. la recepción de la solicitud, 2. el estudio de la solicitud por el Comité de Estudio y Decisión (en adelante CED) conforme a los parámetros del artículo 4º de la Ley 1698 de 2013; 3. la preselección de la solicitud; 4. la asignación de defensor; 5. la entrevista con el usuario por parte del defensor; 6. la presentación de la teoría del caso y el plan metodológico por parte del defensor al CED, 7. la ejecución de la estrategia de defensa aprobada en el plan metodológico hasta la finalización de la gestión defensorial.

Informa que de acuerdo a las estadísticas a fecha 19 de mayo de 2017 se registra lo siguiente:

- Estudios de solicitudes de defensa desde el año 2014: 2.644
- Procesos en Jurisdicción Penal Ordinaria: 642 y 19 defensores en penal
- Procesos en Jurisdicción Penal Militar: 132 y 3 abogados
- Investigaciones Disciplinarias: 70 y 2 abogados.

- Total de procesos: 844
- Total de beneficiarios en el proceso de defensa: 1.279.

5. ¿Informe sobre las investigaciones de los miembros de la Fuerza Pública que en principio serán beneficiarios del tratamiento penal especial diferenciado para agentes del Estado previsto en los artículos 45 a 50 de la Ley 1820 de 2016[12]?

Explica que conforme al ámbito de cobertura que existe para Fondetec, serán beneficiados por el tratamiento especial aquellos usuarios en los que se establezca que su conducta haya sido cometida con causa, ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado, acorde con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1820 de 2016 y el Decreto Ley 775 de 2017.

Dice que en principio se tiene un estimado de 5.401 militares requeridos por la justicia ordinaria y especializada. Sin embargo, explica que cuando entren a funcionar las salas y secciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se tendrá un número más preciso del personal que será beneficiado con el tratamiento penal diferenciado previsto en los artículos 45 a 50 de la Ley 1820 de 2016, de conformidad a la información suministrada de la Subjefatura de Estado Mayor para el Fortalecimiento Jurídico Institucional del Comando General de las Fuerzas Militares.

En relación con la Policía Nacional, explica que una vez revisados los antecedentes documentales[13], esta entidad ha representado ante el Comité de Defensa Nacional quince (15) casos de funcionarios retirados de la Policía Nacional que en principio cumplen con los requisitos para la aplicación de los beneficios de libertad transitoria, condicionada y anticipada, así como los beneficios de libertad en unidad militar o policial previstos en los artículos 53 y 58 de la Ley 1820 de 2016, actuaciones que han sido puestas en conocimiento del Secretario Ejecutivo de la JEP.

¿Informe sobre las investigaciones, procesos y condenas de miembros de la Fuerza Pública en el ámbito internacional y con cuántos abogados cuenta para esta defensa?

Indica que a la fecha no hay registro de investigación, proceso o condena de carácter internacional en contra de algún militar. En cuanto a la información suministrada por la

Policía Nacional se afirma que la defensa se hace a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

FONDETEC (Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública). Por intermedio del Ministerio de Defensa envió las siguientes respuestas:

¿Cuántos son los recursos destinados para la defensa jurídica de los miembros de la Fuerza Pública?

Informa que la entidad cumple con la misión legal dispuesta por la Ley 1698 de 2013[14], a partir del mes de mayo de 2014, cuyos recursos ejecutados ascienden a la suma de \$23.913.791.284.

Indica que los recursos disponibles en bancos a 30 de abril de 2017, en cuanto al funcionamiento del Servicio de Defensa Técnica Especializada para el 2017, incluyendo el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJNRN)[15], registra un saldo de \$11.819.376.907, 81.

También señala que los recursos se deberán entender ejecutados una vez son transferidos al patrimonio autónomo, además que los actos y contratos se sujetan a las normas de derecho privado[16]. De otro lado afirma que lo ejecutado incluye el Plan Piloto con el cual inició el Fondetec, para dar cobertura a nivel nacional, finalizado el 31 de diciembre de 2015. Estos recursos incluyen los costos de la socialización del servicio que presta el Fondo a los miembros de la Fuerza Pública (activos y retirados), que se han visto involucrados en investigaciones penales y disciplinarias.

Precisa que los recursos se han invertido para la defensa técnica especializada así: 22 defensores, un investigador, un médico forense; un asesor operacional; un asesor jurídico penal; un responsable de la gestión jurídico penal y disciplinaria; y un secretario técnico del Comité de Estudio y Decisión – CED del Sistema de Defensa Técnica Especializada – SIDETEC, que así mismo incluye los costos logísticos que demanda la operatividad del sistema.

Finalmente destaca que los costos de defensa de un proceso promedio ascienden a la suma de \$14 millones de pesos aproximadamente, “considerando la cifra de \$12.094 millones

que se han pagado de la totalidad de los \$23.913 millones que se han ejecutado a través del patrimonio autónomo (artículo 13 de la Ley 1698 de 2013). Es decir, que conforme la disponibilidad de \$11.819 millones de pesos en bancos, para lo que resta del año 2017, se proyecta una capacidad instalada de prestación del servicio de defensa para 825 procesos (...)”[17].

¿Hasta el momento cuántos abogados están inscritos en el Registro de Abogados del Sistema de Defensoría Técnica y Especializada previsto en la Ley 1698 de 2013?

Aduce que hasta el 26 de mayo de 2017 se han inscrito en el Registro 42 abogados, y se encuentran vigentes 24.

¿Si cuentan con la planta de abogados necesaria para la defensa jurídica de los miembros de la Fuerza Pública y la implementación de la Ley 1820 de 2016?

Señala que el Fondo no tiene planta de abogados y que la forma de vinculación para el servicio de defensa técnica se realiza bajo los parámetros del derecho privado mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios. Explica que para el 30 de abril los recursos disponibles para la implementación de la operación de Fondetec en la JEP, asciende a la suma de \$4.428.957.006,31, y que la implementación de la Ley 1820 de 2016 se desarrollará conforme a la demanda de los usuarios del servicio de defensa, “(...) toda vez que el interesado podrá acudir al sistema de defensa técnica especializada que desarrolló la Ley 1698 de 2013, y que con el Decreto Ley 775 del 16 de mayo de 2017, quedó habilitado para el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR”[18].

Fiscalía General de la Nación (FGN):

¿Que informe sobre las investigaciones adelantadas contra miembros de la Fuerza Pública, y en qué estado se encuentran, en relación con las previsiones del Decreto ley 775 de 2017?

Expresa que según la base de datos de los Sistemas de Información Spoa[19], con el fin de cuantificar los procesos y personas que están registradas como miembros de la Fuerza Pública se encontró un registro de 62.184 procesos y 82.702 personas como lo muestra la

tabla acompaña. De estos se encuentran activos 11.763 procesos y 22.691 personas e inactivos 50.421 con 60.011 personas.

Finalmente la Dirección Nacional de Políticas Públicas envió un listado en donde se cuantifica los procesos en los que estuvieran asociados y los delitos por los cuales están siendo investigados por la FGN para un total de 932 procesos activos y 8.388 inactivos.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

¿Que informe de manera detallada los procesos y condenas que cursan contra miembros de la Fuerza Pública en relación con las previsiones del Decreto Ley 775 de 2017?

Sobre esta cuestión de los distintos despachos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se enviaron informes de los procesos que cursan sobre los siguientes delitos: homicidio en persona protegida 37; concierto para delinquir agravado 2; homicidio agravado, fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo de las fuerzas militares y falsedad material en documentos público 1; contrato sin cumplimiento de los requisitos legales 2; tortura 1; homicidio en contra de menor de edad 1; fraude procesal, falsedad material en documento público agravado, violación ilícita de comunicaciones en concierto para delinquir 1; cohecho propio y cohecho para dar y ofrecer 1; desaparición forzada 1; homicidio culposo y lesiones personales culposas 2; homicidio 2, homicidio en concurso con secuestro 1; abandono del servicio 1.

Procuraduría General de la Nación

¿Que informe sobre las investigaciones disciplinarias adelantadas contra miembros de la Fuerza Pública, y en qué estado se encuentran, en relación con las previsiones del Decreto Ley 775 de 2017?

La Procuraduría General de la Nación por intermedio de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos envió Oficio No. 781 de dieciséis (16) de junio de 2017 con la siguiente información. En primer lugar dice que la Procuraduría delegada está determinada por la Ley 734 de 2002, el Decreto 262 de 2000 y especialmente por la Resolución 456 de 2008, que en virtud de criterios de especialidad, sistematicidad y relevancia internacional de la conducta ha delimitado cuáles son las faltas disciplinarias por

las graves violaciones a los Derechos Humanos.

Indica que las conductas cometidas contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), se encuentran descritas en los numerales 5 al 11 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, y que la información se refiere a los procesos disciplinarios adelantados en el marco del conflicto armado en todos los momentos procesales.

Señala que en cumplimiento del Acto Legislativo No. 01 de 2017, por medio del cual se requiere a la Procuraduría General de la Nación la presentación de un informe a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, en un plazo máximo de tres (3) años, sobre los procesos disciplinarios que se hubieren adelantado en el marco del conflicto armado contra servidores públicos, explica que la Procuraduría Delegada se encuentra adelantando la consolidación del informe de todos los procesos disciplinarios que se hayan adelantado en ese contexto desde el año de 1990, información que será presentada en su debido momento ante la JEP.

El listado enviado enumera un total de 776 procesos de disciplinarios en curso en todas las etapas procesales así: homicidio en persona protegida 627; desaparición forzada 32; tortura 30; tortura en persona protegida 12; lesiones personales en persona protegida 8; homicidio 6; infracciones al DIH 6; otras violaciones de derechos individuales 4; muertes de defensores de derechos humanos 3; actos sexuales violentos o abusivos en persona protegida 2; omisión a medidas de protección a civiles 2; amenazas 2; amenazas a defensores de derechos humanos 2; tratos crueles inhumanos y degradantes 2; omisión a medidas de protección a menores 1; omisión de medidas de protección 1; acceso carnal violento 1; lesiones 1; maltrato físico y pérdida ilegal de la libertad 1; violación de los derechos humanos de forma sistemática 1; bombardeos indiscriminados 1; vínculos con grupos armados al margen de la ley 1; colaboración con las autodefensas 1; abuso de autoridad 1; actos sexuales violentos 1; privación de la libertad 1; homicidio agravado en estado de indefensión 1; violación menores de 11 años 1; desaparición en persona protegida 1.

Defensoría del Pueblo

¿Si cuenta con la capacidad de administrar la defensa jurídica de la Fuerza Pública?

Sobre esta pregunta la Defensora Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, Paula Robledo Silva, dice que a 25 de mayo de 2017 dada la información suministrada por la Dirección Nacional de Defensoría Pública, actualmente cuenta con un total de 38 contratistas que prestan el servicio en el Programa Penal Militar[20].

Indica que estos defensores prestan servicio de asesoría y representación judicial en la jurisdicción penal militar[21], aunque no tienen dedicación exclusiva como contratistas con la Defensoría Pública. Expone que el promedio de carga procesal por defensor que presta servicios en este escenario es de 59 procesos.

Señala que aunque dentro de su minuta contractual existen mil ciento treinta y tres (1.133) contratistas que podrían asumir procesos ante la jurisdicción penal militar, actualmente están destinados y capacitados para prestar servicios en programas con más alta demanda como: Sistema Penal Acusatorio, Responsabilidad Penal de Adolescentes y medidas de descongestión de cárceles (Decreto 1542 de 1997), lo que impide que les sea asignada carga de ejecución contractual en la jurisdicción penal militar[22].

Explica que si de 3.200 militares aproximadamente se acogieran en principio a la JEP, la Defensoría del Pueblo no cuenta con los recursos, ni la capacidad institucional para atenderla. Subraya que el presupuesto general de la entidad es de \$471.000 millones, de los cuales la partida para el funcionamiento anual del Sistema Nacional de Defensoría Pública (SNDP) es de \$202.000 millones. Es decir que de ser cierta la cifra, el 42% del total del presupuesto anual se destinaría a garantizar el correcto funcionamiento del SNDP.

Subraya que en el evento en que la Defensoría del Pueblo tuviera que asumir la representación de los miembros de la Fuerza Pública ante el SIVJRNR, en principio no es de recibo, dado el actual panorama fiscal de la entidad. Finaliza diciendo que aunque la entidad es garante y promotora del respeto de los derechos humanos en nuestro país y está comprometida con la construcción de una paz estable y duradera derivada del cumplimiento de lo pactado en el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP, asumir nuevas competencias, dentro del marco de la implementación requiere de la respectiva asignación presupuestal, tanto para la contratación de más defensores públicos, como para el fortalecimiento de la infraestructura institucional.

Gobierno Nacional

¿Por qué razones estima necesario que el sistema de defensa técnica y especializada los miembros de la Fuerza Pública sea prestado por el Fondo de Defensa Técnica Especializada – FONDETEC – y no por otra institución de defensa jurídica como la Defensoría del Pueblo?

Señala que para ejercer la defensa técnica de los miembros de la Fuerza Pública, de manera adecuada, se requiere un conocimiento particular y concreto que va más allá del derecho penal y del derecho procesal penal interno al exigir,“(…) contar con las herramientas jurídicas de armonización del ordenamiento colombiano, con el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, máxime cuando el comportamiento se despliega en el marco de un conflicto armado”.

Explica que además de los principios de continuidad, especificidad, calidad, accesibilidad, gratuidad, oportunidad e idoneidad, imparcialidad y especificidad que se encuentran consagrados en el artículo 3º de la Ley 1698 de 2013, la defensa técnica debe partir de un conocimiento específico en normas que regulan las operaciones y los procedimientos de la Fuerza Pública y para garantizar la adecuada defensa de sus miembros.

Cita la sentencia C-044 de 2015 en que la Corte señaló que, “los integrantes de la Fuerza Pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa y, por tanto, el Estado está obligado, por el principio de correspondencia, a garantizar una defensa técnica, teniendo en cuenta que desarrollan en virtud de la función que constitucionalmente les ha sido conferida un ejercicio legítimo de la fuerza”.

¿Cuáles son las razones para que se incluya dentro del sistema de defensa técnica en los asuntos penales y disciplinarios del artículo 7º de la Ley 1698 de 2013 relacionados con, “(…) los delitos contra la administración pública, la libertad integridad y formación sexuales, delitos contra la familia, violencia intrafamiliar, delitos contra la asistencia alimentaria, la extorsión, la estafa, lavado de activos, tráfico de estupefacientes, enriquecimiento ilícito, delitos contra la fe pública y los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado, contra la asistencia alimentaria, la extorsión, la estafa, lavado de activos, tráfico de estupefacientes, enriquecimiento ilícito, delitos contra la fe pública y los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional y legal definidos en los Títulos XVII y XVIII del Código Penal Colombiano”?

Sobre esta cuestión indica que en la Ley 1698 de 2013 no incluye en el Sistema de Defensa Técnica Especializada las conductas relacionadas en el artículo 7º, sino que por el contrario, las excluye expresamente del Sistema, en el entendido de que las mismas no están relacionadas con el cumplimiento misional de la Fuerza Pública.

Sin embargo, aduce que el Decreto Ley 775 de 2017, objeto de control de constitucionalidad, dispone incorporar estas conductas a la cobertura del Sistema de Defensa Técnica Especializada, con la condición de que las mismas hayan sido cometidas por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Sobre esta inclusión resalta que lo anterior se justifica en la medida, “(...) en que por la compleja dinámica del conflicto armado interno que ha vivenciado el país décadas atrás, alguna de las conductas excluidas taxativamente en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, pudo haberse cometido en relación directa o indirecta con este. Así el presupuesto objetivo para determinar la prestación del servicio de defensa no está dado, de manera exclusiva, por la misión constitucional y legal de la Fuerza Pública, sino que comporta un elemento fundamental adicional que es la relación de la conducta con el conflicto armado”.

¿Explicar qué puntos del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, firmado en el Teatro Colón de Bogotá el 24 de noviembre de 2016, se relacionan con esta disposición constitucional?

Con relación a esta pregunta señala que el punto 5.1.2. numeral 46 del acuerdo dispone en uno de sus apartes que, “El Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita si el solicitante careciere de recursos, que estará integrado por abogados defensores debidamente cualificados y cuyo mecanismo de selección será acordado por las partes antes de entrar en funcionamiento el componente de justicia – SIVJRN-. A decisión del interesado se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia”, que para el presente caso es el Fondetec.

Indica que la JEP tiene entre sus varios propósitos: i) garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición; ii) alcanzar la paz estable y duradera; iii) la reconciliación nacional; y iv) la obligación de investigar y sancionar a quienes hayan cometido graves crímenes que conlleven la violación de derechos humanos o la infracción al derecho internacional humanitario. Subraya que este modelo de justicia exige garantizar el

derecho fundamental a la defensa y el respeto de todas las garantías procesales para quienes se acojan a ella por haber cometido conductas que guarden relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Señala que la JEP no puede ser considerada de manera aislada sino como un componente más del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRN, y que según el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2017 esta jurisdicción especial debe garantizar los principios de imparcialidad, independencia, debida motivación, debido proceso, contradicción, derecho de defensa y presunción de inocencia, entre otros, con desarrollos normativos en la Ley 1820 de 2016 y los decretos ley 277 de 2016 y 700, 706 y 775 de 2017.

Expone que el artículo 60[23] de la Ley 1820 de 2016 establece que la defensa de los miembros de la Fuerza Pública ante la JEP puede ser asumida por Fondetec como un sistema de defensa gratuita, respecto de quienes aleguen carecer de recursos suficientes.

¿Informe cuáles son los costos aproximados de la defensa de los miembros de la Fuerza Pública vinculados con estos delitos y de dónde provienen los fondos destinados para esta?

Manifiesta que no se registran costos por las conductas punibles excluidas en el artículo 7º de la Ley 1678 de 2013, precisando que en términos generales, para la defensa técnica a través de Fondetec los recursos provienen de las cifras que prevé el decreto de liquidación del presupuesto nacional para vigencia al Ministerio de Defensa Nacional, y que aplicando el Decreto Ley 775 de 2017 los recursos disponibles ascienden a la suma de \$4.428.957.006, 31.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Claudia Isabel González Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, indicó que el decreto ley en revisión es EXEQUIBLE.

En primer lugar, explica el contenido de la norma objeto de estudio y el contexto del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública (en

adelante SDTYEMF) financiado por el Fondetec, como mecanismo que permite garantizar los derechos fundamentales a la igualdad, la defensa y al debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública.

Indica que el SDTYEMF fue creado mediante la Ley 1698 de 2013, concebida como una manera de incorporar al ordenamiento colombiano una serie de disposiciones y presupuestos alusivos a la necesidad de garantizar los derechos de los miembros de la Fuerza Pública que, en cumplimiento de su función constitucional, se vieran involucrados en procesos penales o disciplinarios que según la misma Exposición de Motivos la ley busca, “la concreción y materialización de una de las garantías que integran el derecho a un debido proceso: el derecho irrenunciable a acceder a un defensor de oficio proporcionado por el Estado”.

Explica que de los elementos contenidos en la Ley 1698 de 2013, puede afirmarse que se trata de un servicio i) voluntario, que opera a solicitud del interesado; ii) continuo, oportuno, especializado y de calidad; iii) gratuito; iv) restrictivo, en tanto excluye algunas conductas punibles y está sujeto a disponibilidad presupuestal; y v) accesorio, en la medida en que quien lo requiera puede acudir al sistema de defensoría pública de la Defensoría del Pueblo o a un abogado de confianza.

Una vez explicado el contexto en que se expide el Decreto Ley 775 de 2017, anota que su expedición además de ser compatible con el ordenamiento constitucional, tiene estrecha conexidad con la implementación del Acuerdo Final de Paz (en adelante AFP), específicamente con el punto 5 sobre “Acuerdo sobre Víctimas del Conflicto: ‘Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición’, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz y Compromiso sobre Derechos Humanos”, y que además su expedición resultaba urgente e impedía al Gobierno acudir a un proceso legislativo de cualquier naturaleza.

Expone que el Decreto Ley en estudio consta de dos artículos. El primero tiene como objetivo principal habilitar al SDTYE financiado por el Fondetec, para que preste el servicio de defensa técnica gratuita a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública que deban acudir al SIVJRNR, creado en el marco del punto 5 del Acuerdo de Paz, y no únicamente a los que fueron habilitados por los artículos 2 y 6 de la Ley 1698 de 2013.

Aduce que la prestación del servicio se encuentra condicionado a que las conductas desplegadas bien tengan connotación penal o disciplinaria, hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Describe el inciso segundo en donde se establece que este servicio puede darse incluso respecto a las conductas señaladas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, sean penales o disciplinarias, con la condición de que estas hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Señala que la principal finalidad del decreto ley consiste en mantener el elemento esencial del SDTYE en su objetivo constitucionalmente válido de garantizar los derechos fundamentales a la igualdad, la defensa y el debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública, pero haciéndolo extensivo a aquellos que en las condiciones pactadas en el punto 5 del Acuerdo de Paz, deban acudir al SIVJRRN, medida que según la Presidencia cumple a cabalidad con los requisitos constitucionales y jurisprudenciales exigidos a los decretos con fuerza de ley, expedidos en uso de las facultades otorgadas por el artículo 2º del A.L. 01 de 2016.

Una vez descrito el contexto del Decreto ley, alude al cumplimiento de los requisitos formales que se refiere a: i) competencia[24]; ii) título de la norma e invocación de facultades[25]; iii) temporalidad u oportunidad[26] y iv) motivación[27]. De otra parte, señala que se cumple también con los requisitos materiales exigidos por la Corte para la implementación de este tipo de decretos leyes[28].

Sobre la conexidad objetiva indica que el Decreto ley 775 de 2017 forma parte de un conjunto de medidas normativas que implementan de manera directa y específica los aspectos alusivos a los miembros de la Fuerza Pública pactados en el Acuerdo Final. Estima que desde el punto de vista general, es posible considerar que estas normas desarrollan en su conjunto dos ideas centrales del Acuerdo en materia de Fuerza Pública que están contenidas en diferentes numerales del punto 5 sobre las Víctimas del Conflicto, las cuales se materializan a través del Decreto 775 de 2017.

Resalta que un elemento a tener en cuenta en materia de garantía al derecho fundamental a la defensa y al debido proceso, quedó consignado en el numeral 46 del punto 5. que dispone, “el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa-gratuita si el

solicitante careciere de recursos-, que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados y cuyo mecanismo de selección será acordado por las partes antes de entrar en funcionamiento el componente de justicia del SIVJNR. A decisión del interesado, se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia”.

Resalta que en el punto 5.1.3.2. cuando se alude a las acciones concretas de contribución indica que, “En el marco del Sistema Integral, el Gobierno Nacional tomará las medidas necesarias para promover la participación en distintas medidas de reparación que se diseñarán para tal efecto, de agentes del Estado, y otros que participaron de manera directa en el conflicto que hayan causado daños como consecuencia de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a los Derechos Humanos; así como de quienes habiendo participado de manera indirecta en el conflicto puedan haber tenido alguna responsabilidad”[29].

Refiere a la Ley 1820 de 2016 que regula la amnistía, indulto y tratamientos penales especiales, que en el artículo 8º dispone que habrá un tratamiento penal especial, simétrico, simultáneo, equilibrado y equitativo con relación a los agentes del Estado, “(...) que hubieren cometido delitos con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado antes de la entrada en vigor del Acuerdo Final de Paz”; resaltando que en el párrafo del artículo 60 de dicha Ley quedó consagrado que, “Los miembros de la Fuerza Pública, podrán acudir, además, al Fondo de Defensa Técnica Fondetec o a abogados miembros de la Fuerza Pública” y que de acuerdo al mismo artículo será una defensa gratuita para los beneficiarios de la ley que aleguen carecer de recursos suficientes para una defensa técnica idónea.

Sobre el requisito de la conexidad estricta y suficiente, indica que el Decreto ley 775, dispone que los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública que estén siendo procesados ante el SIVJNR por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, tengan la posibilidad de acudir al SDTYFM a través del Fondetec.

Expone que el inciso segundo prescribe que los miembros de la Fuerza Pública podrán acudir al sistema de defensa técnica, incluso cuando se trate de las conductas consagradas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, siempre y cuando hayan sido cometidas “por

causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, y que la implementación de tales puntos no podrá darse de manera coherente si no existiese un vehículo que le permita a los miembros de la Fuerza Pública, como agentes del Estado que participaron en el conflicto, acudir al SIVJRNR con el pleno ejercicio de sus derechos.

Es decir que no garantizar que los miembros de la Fuerza Pública puedan acceder en condiciones constitucionales al SIVJRNR necesariamente restringe la materialización de la inescindibilidad del componente de justicia y del trato especial pactado para la Fuerza Pública, toda vez que impedirá que sus miembros pudieran reconocer sus responsabilidades en condiciones que sean respetuosas de sus derechos, y, de paso, afectaría los derechos de las víctimas destinatarias de las medidas de contribución a la reparación de parte de aquellos.

Concluye diciendo que desconocer la conexidad y necesidad del Decreto Ley 775 de 2017 resquebraja de forma directa que el SIVJRNR pueda ser aplicado a todos quienes participaron en el conflicto, incluidos los agentes del Estado, lo cual, claramente, derivaría en un incumplimiento de lo pactado[30].

De otra parte, estima que en cuanto a la excepción del inciso segundo del artículo 1º del decreto ley 775 de 2017, en el sentido de permitir que el Sistema de Defensa aplique también para aquellos procesos relacionados con las conductas descritas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, debe tener en cuenta que dicha permisión no responde al criterio de que hayan sido o no cometidas en ejercicio de la misión constitucional de la Fuerza Pública, sino a que aquellas hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, inclusión que se deriva directamente del cumplimiento del Acuerdo Final respecto del ámbito de competencia del SIVJRNR.

Subraya que esta inclusión se justifica desde el punto de vista práctico, en la medida en que por la compleja dinámica del conflicto armado interno que ha vivido el país desde décadas atrás, alguna o algunas de las conductas excluidas taxativamente en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013 pueden haberse cometido por fuera de la función constitucional de la Fuerza Pública, pero en relación directa o indirecta con el conflicto.

Menciona la información del Fondetec explicativa del Acta de Compromiso que se establece en la Ley 1820 de 2016 respecto a la JEP, que ha sido firmada por más 1.800 integrantes de

las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional siendo “estrictamente necesario y urgente, que los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública tengan un servicio de defensa técnica adecuado al cual puedan acceder para poder someterse a la JEP, la cual entra en funcionamiento en los próximos meses, para que se les garanticen los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y en particular, a solicitar el servicio de defensa técnica especializada”[31].

Destaca que existe información que demuestra en la práctica la urgencia y necesidad de poder contar con la asesoría que facilite la implementación. Anexa la lista que el Ministerio de Defensa expidió a través de la Resolución No. 0130 del 13 de enero de 2017 en la cual creó el Comité para la elaboración de los listados de miembros de la Fuerza Pública para la aplicación de la “Libertad transitoria, condicionada y anticipada” y la “privación de la libertad en unidad militar o policial”[32].

Sobre el criterio de competencia material expone que el Decreto ley 775 de 2017 no desconoce los límites impuestos por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, dado que es claro que este no es un acto legislativo, no contiene materias propias de las leyes estatutarias, leyes orgánicas, códigos, leyes que necesiten mayoría calificada o absoluta para su aprobación, ni tampoco decretar impuestos, por lo cual no se rebasan las facultades excepcionales para la paz conferidas al Presidente de la República, en la medida que desarrolla varios puntos concretos del Acuerdo Final.

Finalmente analiza la compatibilidad material del decreto ley en estudio con la Constitución y la normas que integran el bloque de constitucionalidad para concluir que las medidas contenidas en el Decreto ley en estudio es exequible ya que están dirigidas a garantizar la implementación material del Acuerdo Final en lo que tiene que ver con el derecho a la igualdad, a la defensa y al debido proceso, en sus diferentes facetas, en especial, el derecho a la defensa técnica, dado que el

Decreto ley no solo busca contribuir de manera directa al logro de una paz estable y duradera contenida en el artículo 22 de la C.P., sino también el de establecer mecanismos que aseguren la materialización de las garantías judiciales fundamentales ante el SIVVJRNR[33].

MINISTERIO DE DEFENSA

Carlos Alberto Saboya González, Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, indica que el Decreto ley 775 de 2017 debe ser declarado EXEQUIBLE.

Para sustentar su solicitud explica cuáles son los antecedentes del decreto ley, precisando que se fundamenta en el punto 5.1.2. del Acuerdo Final, relacionado con la Justicia - JEP-, que en el numeral 32 establece que, “(...) el componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico”.

Cita el numeral 46 del SIVJNR el cual dispone que el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita si el solicitante careciere de recursos, que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados y cuyo mecanismo de selección será acordado por las partes.

Explica que el Fondetec surge como una necesidad de garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad jurídica a los miembros de la Fuerza Pública, que en el cumplimiento de su misión institucional pueden resultar inmersos en investigaciones penales y disciplinarias, y arguye que este sistema resulta necesario para que el servicio se haga con calidad y de manera ininterrumpida a solicitud del interesado.

Señala que dentro de los requisitos para que se le pueda proveer el servicio de defensa técnica se encuentra el de ser personal activo o retirado de la Fuerza Pública, sin importar la Fuerza o el rango a que pertenece el solicitante, la investigación o juzgamiento de presunta conducta o falta, que haya sido cometida en actividad y en ejercicio del cumplimiento de la misión constitucional asignada, y diligenciar y firmar formato o solicitud de servicio de defensa gratuita y allegarlo al Fondetec.

Aduce que los militares y policías no están en idéntica condición que los demás servidores públicos porque el ejercicio de sus funciones acarrea el uso de armas que los expone a riesgos que pueden afectar su vida e integridad personal, y que el Sistema de Defensa Técnica se justifica en razón de sus deberes funcionales, en situaciones y condiciones disímiles.

Relata que el Fondetec cuenta con defensores que registran experiencia en los asuntos

penales y disciplinarios propios de la función que desarrollan los miembros de la Fuerza Pública, de tal manera que adelantan la defensa de los usuarios, conforme a la misión y la organización militar y policial en el marco de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Manifiesta que la mayoría de conductas penales que conocen los defensores se encuentran relacionadas con homicidio en persona protegida, homicidio agravado y lesiones personales, las que resultan como consecuencia del desarrollo de las operaciones militares o procedimientos de policía, y la mayoría en el entorno del conflicto armado que se presentó en Colombia por más de 50 años.

Indica que el Acuerdo No. 10 del 11 de octubre de 2016 adoptó el documento “Guía de perfiles del Fondo de Defensa Técnica Especializada” y respecto de los defensores se determinó como requisitos el título de formación profesional en derecho y un título de postgrado en la modalidad de especialización o maestría en derecho penal, procesal penal, disciplinario o derechos humanos y una experiencia de cinco (5) años de litigio en materia penal o cinco (5) años en materia disciplinaria.

Señala que en Colombia el derecho de defensa se garantiza con la facultad que tiene todo ciudadano a la postulación de su abogado defensor y esto se consolida a través de tres formas: i) acudir a los servicios de un abogado contractual, quien sería pagado por el mismo encartado; ii) acudir a una entidad que por descuentos de nómina o cuotas de los aportes de los afiliados que prestan el servicio de defensa; iii) acudir al Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo; y iv) mediante el Fondetec que se estableció con la Ley 1698 de 2013 y el Decreto ley 775 de 2017 que lo amplía a la JEP.

Subraya que las conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública, que correspondan al ámbito privado del agente del Estado que no son por causa o por ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado, no serán financiadas por el Fondo, conforme a las prerrogativas del Decreto ley 775 de 2017.

Sobre este punto explica que la Ley 1698 de 2013 se expidió por la necesidad de garantizar el derecho fundamental a la defensa técnica de los miembros de la Fuerza Pública que cometan una conducta delictiva en cumplimiento de una misión constitucional. Indica que como lo ha señalado la Corte en las Sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000, C-676 de

2001 y C-084 de 2016, la actividad de la Fuerza Pública comporta un rol especial funcional que requiere para su valoración un conocimiento particular y concreto en temáticas no solo de derecho penal general y procesal, sino su armonización con el DIH, máxime cuando el comportamiento se despliega en el marco de un conflicto armado interno en donde el defensor debe tener un componente adicional que es el conocimiento especial en normas que regulan las operaciones y los procedimientos de la Fuerza Pública.

Igualmente cita la sentencia C-044 de 2015 que conoció de la constitucionalidad de la Ley 1698 de 2013. Explica que en esta sentencia se dispuso que, "...los integrantes de la fuerza pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa y, por tanto, el Estado está obligado, por el principio de correspondencia, a garantizar una defensa técnica, teniendo en cuenta que desarrollan en virtud de la función que constitucionalmente les ha sido conferida un ejercicio legítimo de la fuerza".

Del mismo expone que en la sentencia C-745 de 2015 esta Corporación señaló que a pesar de que la defensa técnica y especializada no es una modalidad de defensoría pública esta no puede superar el monto de los recursos apropiados y disponibles, es una alternativa de representación jurídica para garantizar la efectiva defensa técnica a quienes en razón de su función, de cuya esencia es el uso legítimo de la fuerza, deben enfrentar los requerimientos de autoridades penales o disciplinarias nacionales o extranjeras y de la jurisdicción internacional.

Para respaldar este argumento aduce que en la exposición de motivos de la Ley 1698 de 2013 que estableció que, "Los miembros de la fuerza pública, en razón de su órbita funcional, tienen una asunción injustificada de sus cargas, una desigualdad fáctica latente, en el que se amerita un trato especial para proteger particularmente el derecho fundamental a la defensa" y por esto señala que se debe dar un trato diferencial a los miembros de la Fuerza Pública en su derecho de defensa, dada su órbita funcional.

Explica también que la JEP no se puede interpretar como un componente aislado del SIVJRNR y que por esto el Acuerdo Final ha llevado a materializar lo que se propone en el Acto Legislativo 01 de 2017, el cual dispone en el artículo 12 que esta jurisdicción debe garantizar los principios de imparcialidad, independencia, debida motivación, debido proceso, contradicción, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, entre otros, el

artículo 60 la Ley 1820 de 2016[34], el Decreto 2787 de 2016 y los Decretos 700, 706 y 775 de 2017. Del mismo modo refiere al artículo 60 de la Ley 1820 de 2016 en donde se estableció de forma imperativa que la defensa de los miembros de la ante la JEP también puede ser asumida por Fondetec, que en el párrafo indicó que, “Los miembros de la Fuerza Pública, podrán acudir, además, al fondo de defensa técnica – Fondetec o a abogados miembros de la Fuerza Pública”.

En otro apartado analiza el cumplimiento de los requisitos formales y materiales del Decreto ley en atención a lo previsto en las Sentencias C-699 de 2016 y C-160, C-174, C-224, C-253 y C-289 de 2017 y los decretos con fuerza de ley expedidos por el Presidente de la República al amparo del artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016. Aduce que se cumple con el criterio de competencia ya que el Decreto ley 775 en su parte final se encuentra firmado por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa quienes tienen relación directa con este tema. Explica que también se cumple con el requisito de la correspondencia del Título con el contenido del Decreto, así como en la especificación de las competencias y con el criterio de temporalidad, así como el de motivación.

En cuanto a los requisitos materiales encuentra que se cumple con los criterios de finalidad, conexidad objetiva, estricta y suficiente, así como el criterio de estricta necesidad, porque en su opinión es necesario y urgente que los miembros de la Fuerza Pública tengan un servicio de defensa técnica adecuado para poder someterse a la JEP, la cual entra en funcionamiento dentro de los próximos meses, y explica que se debe garantizar los derechos fundamentales al debido proceso, la defensa y en particular a solicitar el servicio de defensa técnica y especializada.

Afirma que se presentará un incremento en los servicios que se presta al personal activo y retirado de la Fuerza Pública a través del SDTEMFP, atinente al estudio de solicitudes de defensa ante la jurisdicción penal ordinaria y penal militar, así como en las investigaciones disciplinarias, que aumentará las estadísticas registradas en el Sistema de Defensa.

Expone que este Sistema implica que se tomen todas las acciones necesarias para garantizar una correcta defensa técnica y especializada de los que lo requieran, lo cual supone entre otras actividades las entrevistas con los usuarios, la búsqueda de documentación, el diligenciamiento de los formatos establecidos en la JEP y su radicación,

las solicitudes de libertad provisional, de suspensión de órdenes de captura y suspensión o revocatorias de medidas de aseguramiento, solicitud de suspensión de procesos y de colisión de competencias, que se prestarían en el marco de la JEP.

Aduce que con esta regulación el Fondetec, tiene ahora dos sistemas al interior, uno relacionado con ocasión y relación al cumplimiento de la misión constitucional que es el SIDETEC (Sistema de Defensa Técnica y Especializada), y otro, relativo a las conductas inherentes al conflicto armado en el SIVJNR que incluye la JEP. Subraya que en este sentido resulta necesario que ya no se excluyan las conductas que se encontraban enlistadas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, dado que se debe verificar si estas conductas se encuentran relacionados o no con el conflicto armado, para de este modo ser beneficiario del sistema.

Finalmente, analiza el criterio de competencia material en donde se explica que el Decreto ley 775, no recae sobre un asunto expresamente excluido por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 y es garantía del cumplimiento de puntos del Acuerdo Final como el 3 (fin del conflicto); 3.1.11.2. (objeto del Acuerdo Final); 3.2.2.4. (acreditación y tránsito a la legalidad), 5. (acuerdo sobre las víctimas del conflicto), y específicamente con el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la JEP y compromiso sobre Derechos Humanos, que se encuentran desarrollados en el numeral 5.1. sobre el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y los numerales 2, 32, 34 y 46 del punto 5.1.2. (justicia: Jurisdicción Especial para la Paz).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El Defensor del Pueblo Carlos Alfonso Negret Mosquera considera que el Decreto ley 775 de 2017 es EXEQUIBLE porque cumple a cabalidad con los límites formales y materiales definidos por la jurisprudencia constitucional.

Desde el punto de vista de los límites formales señala que el ley en estudio cumple con dichos requisitos dado que fue expedido por el Presidente de la República, quien fue el autor de la iniciativa; fue proferido el 16 de mayo de 2017 dentro el término de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo y fue motivado debidamente, explicando el carácter instrumental para la implementación del Acuerdo Final.

Así mismo, sostiene que se cumplieron con los requisitos de (i) conexidad estricta; (ii) objetiva y (iii) suficiente; así como el requisito de la (iv) necesidad estricta entre el Decreto ley y el Acuerdo final dado que no se regularon temáticas excluidas taxativamente por el inciso segundo del Acto Legislativo 01 de 2016.

Sobre la conexidad estricta o el juicio de finalidad indica que se cumple con este requisito, dado que el Decreto ley 775 de 2017 regula con alto nivel de precisión una materia específica que indudablemente se halla dentro del contenido del Acuerdo Final.

Explica que los dos artículos que lo estructuran se dirigen a implementar los temas contenidos en los numerales 32 y 46 del punto 5.1.2. del Acuerdo de Paz, sobre Justicia, “partiendo de los criterios de tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico para los miembros de la Fuerza Pública”, que es desarrollado por el artículo 1º del Decreto ley que facultó al SDTEMFP para que prestara sus servicios de defensa técnica y especializada a esta población.

Adicionalmente sostiene que la facultad otorgada en el Decreto ley guarda concordancia con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales, en la que se creó el Sistema de Defensa Jurídica Gratuita y se habilitó a los miembros de la Fuerza Pública a acudir al Fondetec para su asesoría y defensa técnica.

En relación con la conexidad objetiva señala que se evidencia que el decreto ley responde al desarrollo mismo del Acuerdo; dado que se ciñó al marco de la obligación de facilitar y asegurar la implementación de lo acordado en los términos del literal f). del punto 6.1.11. “implementación prioritaria”, en donde se definió el sistema de asesoría y defensa gratuita.

Así mismo manifiesta que el decreto ley, no regula aspectos ajenos que “rebasen el ámbito de aquellos asuntos imprescindibles para el proceso de implementación”, pues, el numeral 46 del punto 5.1.2., dentro del acápite “Procedimiento, órganos y sanciones del componente de Justicia del SIVJRN”, establece que: “el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa - gratuita si el solicitante careciere de recursos -, que será integrado por abogados, defensores debidamente cualificados y cuyo mecanismo de selección será acordado por las partes antes de entrar en funcionamiento el componente de

justicia del SIVJNR. A decisión del interesado, se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia”[35].

Indica que se cumple con el requisito de conexidad suficiente, porque en la parte considerativa del decreto ley, se expusieron los motivos que justifican la existencia de sus normas como producto del desarrollo del Acuerdo Final que se materializa en la Ley 1820 de 2016, además informa que los argumentos que ahondaron el porqué del articulado expedido, “(...) se alejan de ser genéricos o inespecíficos en lo que atañe al contenido preciso del Acuerdo, tal y como se demostró para el primer requisito”.

En el análisis de conexidad estricta explica que los 2 artículos del Decreto ley 775 de 2017 guardan un grado de estrecha proximidad con los contenidos del Acuerdo Final, “en tanto esta norma extraordinaria, representa un desarrollo instrumental de gran trascendencia para la implementación, previsto para garantizar los mínimos procesales que emanan del derecho a la defensa para los miembros de la Fuerza Pública”.

En cuanto a la necesidad estricta explica que se evidencia en el requerimiento urgente de otorgar las garantías fundamentales para adecuar el funcionamiento del SDTEMFP a lo dispuesto en el Acuerdo Final en esta materia, teniendo en cuenta que su objetivo principal es la asesoría y la defensa técnica de los miembros de la Fuerza Pública.

Señala que tampoco el Decreto ley regula ninguna de los asuntos excluidos del artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016, es decir, que el contenido no es el propio de los actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos o leyes que necesiten de mayoría calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos. En relación con lo anterior estima que el decreto ley, debe ser declarado exequible desde el punto de vista procedimental.

De otro lado realiza una serie de observaciones puntuales, en donde se reitera que el contenido de la norma en estudio constituye un desarrollo normativo de lo dispuesto en el Acuerdo Final y el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016, y que resulta acorde a la Constitución dado que materializa el derecho a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública, lo cual constituye no solo un principio-derecho constitucional, sino también una garantía del debido proceso[36].

En cuanto a las observaciones puntuales indica que el servicio de Defensoría Pública se presta en favor de las personas que acrediten la imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno acceso a la justicia o las decisiones de cualquier autoridad pública[37].

Sin embargo, subraya que aunque la preceptiva bajo examen faculta al SDTEMFP para prestar el servicio de defensa técnica a los miembros de la Fuerza Pública en el marco del SIVJRNR, esto no implica que estas personas se encuentren obligadas a acudir a este sistema de defensa, puesto que aquello resulta meramente voluntario y, en todo caso, también puede acudir a los diferentes sistemas de defensa judicial existentes, tal como señala el Acuerdo Final y el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016.

En atención a lo anterior estima que, los miembros de la Fuerza Pública- así como las personas beneficiarias de amnistías e indultos de conformidad con la Ley 1820 de 2016, podrían acudir al SNDP de la Defensoría del Pueblo, pero reitera que carece actualmente de los recursos y de la capacidad institucional para atender la demanda de defensa jurídica de la Fuerza Pública ante el SIVJRNR.

Reitera lo expuesto en la parte probatoria que si la cifra de militares es aproximadamente de 3.200 que se acogerían a la JEP[38], la Defensoría del Pueblo no contaría con los recursos, ni la capacidad institucional para atenderla, dado que el presupuesto general de la entidad es de \$471.000 millones, de los cuales la partida para el funcionamiento anual del SNDP es de \$202.000 millones, lo que implica que el 42% del total del presupuesto anual se destine a garantizar el correcto funcionamiento del sistema[39].

Explica además que los contratistas que existen actualmente en la entidad no cuentan con conocimientos especializados en Derecho Operacional, Seguridad y Defensa Nacionales, a diferencia de lo que ocurre con el SDTEMFP que constituye un sistema de defensa técnica con mayores fortalezas en el marco del Derecho Internacional de los conflictos armados.

Adicionalmente, señala que aunque la entidad está comprometida en la construcción de una paz estable y duradera, para lo cual estima fundamental el cumplimiento de lo pactado en el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno y las FARC-EP, la entidad no puede asumir nuevas competencias dentro del marco de la implementación, dado que requiere la

respectiva inversión para el fortalecimiento de la actual estructura institucional, de lo contrario “se pondría en riesgo la idoneidad del derecho de defensa de los miembros de la fuerza pública que decidan acudir al sistema de defensoría pública”.

Termina explicando que si los miembros de la Fuerza Pública deciden acudir al sistema de defensoría pública a cargo de la Defensoría del Pueblo (SNDP) la entidad, solo podría cumplir con dicha función si se asegura una destinación de los fondos requeridos para el fortalecimiento del SNDP, además de insistir en que esta declaración resulta necesaria con miras a garantizar no solo la adecuada prestación del servicio de defensoría pública, sino particularmente el derecho a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública ante el SIVJNR.

INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal, por intermedio de su Presidente, Jairo Parra Quijano, considera que el Decreto Ley 775 de 2017 es EXEQUIBLE por razones de forma y fondo.

En primer lugar, establece que no se advierte vicio de forma de conformidad con los lineamientos fijados por la Corte dado que se comprueba: 1) que el decreto ley fue suscrito por el Presidente de la República y por el Ministro de Defensa, que pertenecen al ramo respectivo; 2) tiene un título que se relaciona con la materia que se regula; 3) invoca expresamente la facultad en virtud de la cual el Presidente de la República tiene la atribución de emitir el decreto ley; y 4) se exponen los motivos que sustentan el decreto ley. Del mismo modo, señala que cumple con el criterio temporal dado que fue dictado por el Presidente de la República el 16 de mayo de 2017 dentro de los 180 días para el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas mediante Acto Legislativo 01 de 2016.

Así mismo, señala que el decreto ley cumple con los requisitos de conexidad objetiva, estricta y suficiente puesto que su contenido está orientado a facilitar el desarrollo normativo del Acuerdo Final y, particularmente, a asegurar el cabal funcionamiento del SIVJNR, en especial el componente de la JEP habida cuenta que facilita el sometimiento de los agentes de la Fuerza Pública a dicha jurisdicción, bajo la garantía de un ejercicio pleno de la defensa técnica, uno de cuyos elementos esenciales es el derecho a contar con la

asesoría y representación judicial por parte de un profesional e ilustrado.

Explica que el decreto examinado, constituye un claro desarrollo del compromiso descrito en el numeral 46 del SIVJRYN previsto en el Acuerdo Final, que establece que, “el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa – gratuita si el solicitante careciere de recursos- que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados y cuyo mecanismo de selección será acordado por la partes antes de entrar en funcionamiento el componente de justicia del SIVJRN. A decisión del interesado, se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia”.

Igualmente indica que se cumple con el requisito de conexidad objetiva externa, ya que el decreto ley desarrolla los componentes básicos del componente de justicia que en el numeral 14 prevé que, “Todas las actuaciones en el componente de justicia, de conformidad con las reglas aplicables a la Jurisdicción Especial para la Paz, respetarán los derechos fundamentales del debido proceso, defensa, asistencia de abogado y presunción de inocencia”[40].

Señala que un elemento adicional que comprueba la conexión objetiva externa y directa con el decreto ley en estudio viene del inciso 4º del numeral 32 del Acuerdo Final establece que, “el componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. En dicho tratamiento deberá tenerse en cuenta la calidad de garante de derechos por parte del Estado”.

Sostiene que el tratamiento especial, diferenciado y equilibrado asignado a los agentes del Estado toma como base axiológica que las conductas delictivas que sean imputables a los miembros de la Fuerza Pública por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, tuvo lugar en ejercicio legítimo de la fuerza estatal y, por tanto, constituirían un exceso en el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

Adicionalmente señala que no es inconstitucional la eliminación de la exclusión de las conductas penales y disciplinarias señaladas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, bajo la condición de que tales comportamientos se hayan perpetrado por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Sobre el particular expone que una interpretación sistemática conlleva a concluir que siempre que sea factible establecer una conexión del comportamiento reprochable (penal o disciplinario) con el conflicto armado (por haber sido cometido por causa, con ocasión o en relación con él), se tratará de un asunto que cae bajo la órbita de competencias de la JEP por lo que desde esta perspectiva hermenéutica considera que, “no existe una situación que rompa la relación de conexidad objetiva externa con el Acuerdo Final, en tanto que el servicio de defensa técnica para los miembros de la Fuerza Pública, por consiguiente, únicamente le será prestado a quienes están sometidos a dicha jurisdicción especial”[41].

Pone de relieve que el contenido del artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, en principio, y en un plano estrictamente objetivo, algunos de los delitos enlistados podrían ser calificados como no conexos con el conflicto armado (por ejemplo, los delitos contra la familia, la asistencia alimentaria, la violencia intrafamiliar, la estafa), mientras que otros permitirían afirmar su conexidad objetiva (como ocurre, v.gr. con los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, el régimen constitucional y legal y eventualmente los que atacan la administración pública, la fe pública, el tráfico de estupefacientes, el lavado de activos o la extorsión).

Sin embargo, manifiesta que tal apreciación a priori no puede ser considerada como un motivo suficiente para declarar la inexequibilidad del decreto ley, porque, “(...) interpretando desde una perspectiva sistemática en últimas el servicio de defensa técnica los miembros de la Fuerza Pública, conforme a la reglamentación contenida en dicho cuerpo normativo, únicamente será prestado de manera efectiva para aquellos agentes estatales que se encuentren sometidos al Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”[42].

Anota que el efecto práctico de la normativa enjuiciada se contrae en la prestación de defensa técnica especializada en ese ámbito jurisdiccional específico con independencia de la calificación jurídica que reciba la conducta, dado que la competencia material de la JEP se extiende a cualquier delito cometido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y que este supuesto es distinto a que el comportamiento del cual se trae sea calificado como objeto o no de amnistías e indultos, “pues en todo caso estará sujeto al tratamiento jurídico especial dispensado por el componente de justicia consignado

en el Acuerdo Final”.

Con relación a la conexidad objetiva interna, encuentra coherencia entre la exposición de motivos y su articulado, en la medida que las razones jurídicas contenidas en su parte motiva, que aluden al tratamiento especial y diferenciado que pactado en el Acuerdo Final para los miembros de la Fuerza Pública, desemboca de forma lógica en la ampliación del SDTYE a efectos de comprender también la representación y asesoría jurídica en el ámbito de aplicación del SIVJRN.

En cuanto a las reservas legales previstas en el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016, advierte que no se incumple con dichas prohibiciones, ya que el Decreto ley en estudio no invade ninguna de las órbitas temáticas definidas por el referido Acto Legislativo.

Finalmente explica que el decreto ley satisface la exigencia de estricta necesidad, porque resulta urgente establecer mecanismos que garanticen que los miembros de la Fuerza Pública tengan acceso a una defensa técnica, teniendo en cuenta que la Ley 1820 de 2016, entró en vigencia el 31 de diciembre de 2016. Por esta razón considera que para dar cabal aplicación a las previsiones de la ley mencionada y disponer lo necesario para una inminente entrada en funcionamiento de la JEP, es ineludible que el Estado implemente de manera ágil y expedita en esta materia las herramientas que garanticen el ejercicio de la defensa técnica por los miembros de la Fuerza Pública que decidan someterse a la JEP.

COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALVEAR RESTREPO:

A través de su presidente Jomary Ortigón, José Jans Carretero Pardo y Soraya Gutiérrez Argüello, vocera del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE), consideran que el decreto ley en estudio satisface los criterios formales pero no los materiales de conexidad estricta y suficiente y necesidad estricta respecto a la expresión “por causa, con ocasión o” del inciso primero y el inciso 2º del artículo 1º que deben ser declarados INEXEQUIBLES.

Explica que extender el Sistema de Defensa Técnica a algunos tipos penales o actuaciones que habían sido limitadas mediante el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, como la violencia intrafamiliar o la inasistencia alimentaria, genera que la representación y la asesoría técnica se realice sobre actuaciones que no estén en relación directa o indirecta con el conflicto

armado y que contrarían abiertamente los principios y espíritu del Acuerdo Final, como la necesaria incorporación de la perspectiva de género.

En primer lugar, realiza el control formal indicando que cumple con las condiciones de que haya sido suscrito por el Presidente de la República y por el Ministro de Defensa, además se especifica en su título el contenido del decreto ley, se explicita que la promulgación responde al ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente que le confirió el artículo 2º del Acto Legislativo 2º de 2016 y, finalmente, que se presenta una exposición de motivos que justifican la promulgación de éste.

En cuanto al contenido explica que el decreto ley en revisión se divide en dos partes. La primera en donde se faculta al Sistema de Defensa Técnica de las Fuerzas Militares, financiado por el Fondetec, para prestar un servicio de defensa técnica para garantizar el debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública procesados.

Sin embargo hace hincapié que allí se incluye una expresión que está por fuera del espíritu del Acuerdo Final, toda vez que se extiende la competencia de dicha defensa no sólo a los crímenes cometidos “en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, sino también a aquellos dados “en el marco del conflicto”, situación que amplía el rango de competencia atribuida a la misma JEP exclusivamente para la Fuerza Pública.

Señala que esta extralimitación de los delitos por los cuales podrán ser defendidos los miembros de la Fuerza Pública con dineros del Estado es claramente desproporcionada contraría el Acuerdo Final y lleva al absurdo de entender que un delito de inasistencia alimentaria, violencia intrafamiliar o estafa se pudo haber realizado en relación directa o indirecta con el conflicto armado. En este orden de ideas indica que el artículo 1º del decreto ley no cumple con los parámetros materiales de constitucionalidad establecidos por esta Corte, pues excede los fines y principios fijados en el Acuerdo Final y modifica las leyes preexistentes para crear un mecanismo de Defensa Jurídica en casos que no son competencia de la JEP.

Así mismo explica que el decreto ley no cumple con el requisito de necesidad estricta porque el Gobierno consideró equivocadamente que lo único prioritario y urgente era el Sistema de Defensa de la Fuerza Pública, sin que a las víctimas se les haya reconocido el derecho a tener un Sistema de Defensa Jurídica que sirviera como mecanismo para lograr la

implementación de los componentes de justicia, verdad, además que fuera una garantía de participación efectiva dentro de todos los procedimientos de la JEP.

Subraya que utilizar la creación del Sistema de Defensa Técnica para extender las garantías que normativamente habían sido restringidas ante ciertos tipos penales o actuaciones administrativas es un elemento que evidentemente no tiene carácter urgente e imperioso, puesto que las conductas ajenas al conflicto no pueden ser integradas al SIVJNR, sino que deben juzgarse dentro de la justicia ordinaria. Resalta que si el marco jurídico sobre esas conductas ajenas al conflicto se quisiera cambiar, se debió haber hecho por las vías ordinarias a disposición del legislador y no a través del mecanismo extraordinario del decreto ley en los términos del Acto Legislativo 01 de 2016.

Señala que la normatividad en estudio tampoco cumple con el requisito de conexidad objetiva toda vez que el sistema de defensa técnica para miembros de la Fuerza Pública no se corresponde con el principio de prevalencia de los derechos de las víctimas, en donde se trata de un mecanismo de justicia restaurativa que contempla la participación activa de estas.

Resalta que no puede ubicarse un contenido objetivo dentro del Acuerdo de Paz en donde se diga que hay que defender con el erario público a los agentes del Estado por crímenes contra “la libertad, integridad y formación sexuales, delitos contra la familia, violencia intrafamiliar, delitos contra la asistencia alimentaria”, sino por el contrario el Acuerdo Final es enfático en que la perspectiva de género es transversal a la implementación de todos los puntos del Acuerdo Final.

En relación con este punto destaca que el SIVJNR establece la obligación de esclarecer la comisión de formas de violencia contra mujeres, niños y niñas, así como la población LGTBI, de manera que a todas luces la posibilidad de que los limitados recursos del Estado sean usados para defender a miembros de la Fuerza Pública que incurrieron en delitos que tienen una carga de violencia de género como lo son la inasistencia alimentaria o la violencia intrafamiliar, no sólo no guarda una conexidad objetiva, sino que es notoriamente contraria a la finalidad del Acuerdo Final.

Concluye indicando que el artículo 1º del Decreto Ley 775 de 2017 no cumple con el requisito de la conexidad estricta ni conexidad suficiente, dado que este artículo amplía el

rango de competencia para defender gratuitamente a miembros de la Fuerza Pública por delitos que exceden la competencia atribuida a la JEP, circunstancia que tampoco se satisface con el criterio de conexidad suficiente porque no se demuestra la congruencia entre el Acuerdo Final y el decreto ley proferido por parte del Gobierno.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

En escrito firmado por el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política Yezid Carrillo de la Rosa de 26 de mayo de 2017, se dice que en estos momentos no pueden atender la solicitud por motivos de calendario académico.

CORTE PENAL INTERNACIONAL

En comunicación del 19 de julio de 2017 firmada por Silvia Fernández Gurmendi explica que la Corte no considera oportuno emitir observaciones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Decreto ley en estudio, dado que este asunto versa sobre un asunto jurídico nacional, y como tal, “esta consulta constituye un asunto no vinculado al mandato de la CPI”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Considera que se cumple con los requisitos formales dado que este fue expedido por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Defensa que es la cartera correspondiente al asunto regulado conforme a lo establecido en el artículo 115 de la C. Pol.

También se comprueba la existencia de una motivación conexa a la medida adoptada[43] y la descripción unívoca en el título de la materia regulada, la jerarquía normativa del decreto con fuerza de ley, así como las facultades extraordinarias utilizadas.

En cuanto a los aspectos competenciales relacionados con i) la dimensión temporal, (ii) la conexidad teleológica con el Acuerdo de Paz o “la faceta positiva de la competencia”[44], (iii) las limitaciones especiales o la “faceta negativa de la competencia”[45] y (iv) el criterio de estricta necesidad, indica que se cumplen con dichos presupuestos, ya que el decreto ley fue expedido el 16 de mayo de 2017 dentro de los 180 días contados a partir de la ratificación del Acuerdo Final, que se realizó el 30 de noviembre de 2017.

Señala que existe una conexidad teleológica con el Acuerdo Final, especialmente con los

numerales 32, 34 y 46 del punto 5.1.2. que regulan (a) la responsabilidad del Estado de ofrecer asesoría y defensa gratuita en el evento de que el solicitante careciera de recursos, además de que éste puede acudir a los sistemas de defensa judicial existentes en Colombia; (b) la garantía de la seguridad jurídica para los agentes del Estado que hubieran cometido delitos con ocasión, causa y relación con el conflicto armado en el componente de la justicia aplicado de manera diferenciada y otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico; y (c) la garantía de la seguridad jurídica a los integrantes tanto de las FARC-EP como los agentes del Estado, y a otros actores que hayan participado en el conflicto armado a través de un tratamiento de justicia diferenciado, pero equilibrado y equitativo.

Aduce que el Acuerdo Final contiene unas obligaciones claras y concretas para el Gobierno, en el sentido de crear un sistema de defensa técnica para los miembros de la Fuerza Pública con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica ante la JEP, modelo de justicia implementada en el Acuerdo que establecen que dicho sistema de defensa pueda ser utilizado por los mencionados servidores siempre que la conducta sea con ocasión, causa o en relación con el conflicto.

En cuanto a las limitaciones competenciales explica que el decreto ley no sobrepasa ninguna de las prohibiciones explícitas e implícitas contenidas en el Acto Legislativo No 1 de 2016, dado que no se está regulando un acto legislativo, una ley estatutaria, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesiten mayorías calificadas o absolutas para su aprobación, ni para decretar impuestos.

Sostiene que tampoco se están regulando materias que deberían ser aprobadas por reserva de ley, por cuanto lo que se hace es facultando al sistema de defensa técnica para los miembros de la Fuerza Pública ante el SIVJNR, siempre y cuando la conducta delictiva haya ocurrido por ocasión o causa con el conflicto armado. Indica que este sistema de defensa como se estableció en la Sentencia C-745 de 2015, es una alternativa de representación jurídica para garantizar la efectiva defensa técnica a quienes en razón de su función, y el uso legítimo de la fuerza, deben enfrentar los requerimientos de autoridades penales o disciplinarias, nacionales o extranjeras.

Subraya que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, la Fuerza Pública debe contar con

un trato especial, justificado en que la C. Pol., “les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a unas reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil”[46].

Indica, además, que en la Sentencia C-044 de 2015, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 1698 de 2013, señaló que si bien es cierto dicha ley consagra un mecanismo que busca amparar el derecho a la defensa técnica y especializada para un grupo específico de sujetos (miembros de la Fuerza de la Pública), también lo es que, “ninguna de las disposiciones de esta ley se ocupa de regular los elementos estructurales ni los principios reguladores del derecho a la defensa técnica definidos en la Constitución, sino tan sólo de establecer un sistema especial de defensoría y, de manera específica, el mecanismo que permitirá la financiación de dicho sistema a través del Fondo de Defensa Técnica y Especializada - FONDETEC (...)”.

Igualmente explica que se cumple con el criterio de “estricta necesidad” ya que en el presente caso resulta urgente que se implemente esta normatividad para garantizar la defensa técnica de los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública que se sometan al SVJRNR, y se acojan a los beneficios de la Ley 1820 de 2016, y de este modo se les pueda garantizar todos los componentes del derecho fundamental al debido proceso, la seguridad jurídica y la definición de situaciones procesales “(...) que impactan la libertad, el honor y el buen nombre de los miembros de la Fuerza Pública que se someten al SIVJRNR”[47].

Hace énfasis en que la normatividad bajo estudio no requiere una especial deliberación democrática por su carácter eminentemente garantista de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Indica que en esta etapa de la implementación del Acuerdo Final se debe dar un mensaje de confianza y expresión de buena fe en el efectivo cumplimiento de la palabra del Estado frente a los miembros de la Fuerza Pública, y su diferenciado, pero equitativo tratamiento.

Sobre los aspectos sustanciales explica que la medida tiene como soporte el desarrollo del derecho deber de la paz, el crear instrumentos para hacer efectiva la presunción de inocencia y el derecho de defensa para acceder adecuadamente al sistema de justicia - y

control disciplinario -, lo cual ha de entenderse también en concordancia con lo previsto en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos Humanos, así como a la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto de San José de Costa Rica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución.

De otro lado indica que el numeral 32 del punto 5.1.2. del Acuerdo Final se establece que se dará un tratamiento equilibrado y equitativo para los agentes del Estado; y que dicho sistema ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita si el solicitante careciere de recursos, lo que además se encuentra acorde con el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016, que dispone que los miembros de la Fuerza Pública, podrán acudir, al Fondetec o a abogados miembros de la Fuerza Pública.

Igualmente cita el punto 5.1.2. del Acuerdo sobre “contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como de otros tratamientos especiales”, en donde se consigna que el componente de justicia aplicará también a los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de este, para lo cual se aplicará un tratamiento equilibrado, simultáneo y simétrico.

Sostiene que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Ley 775 de 2017 también tiene una justificación constitucional, dado que si bien se trata de la utilización de un sistema financiado con recursos estatales para defender a quienes han supuestamente incurrido en conductas ajenas al servicio – como las señaladas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, catalogadas de estar conectadas directa o indirectamente con el conflicto, dicha medida también constituye una efectiva forma para proteger el tesoro público en materia de responsabilidad civil del Estado, “(...) dado que éste en todo caso asume la carga económica cuando se da una condena por hechos ajenos al servicio, independientemente de la posibilidad que tiene de repetir, en los casos y condiciones señaladas por la ley, contra el servidor autor del daño”[48].

Señala, además, que se trata de una medida que corresponde a la amplia facultad de configuración legislativa, “acorde con una finalidad loable desde el punto de vista constitucional, y que refleja la voluntad expresada en el Acuerdo, razón por la cual el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Ley 775 de 2017 debe ser declarado exequible”[49].

Explica que el hecho de extender este servicio de defensa a estas conductas se configura

en un incentivo para obtener la colaboración de quienes tuvieron una participación directa o indirecta en un conflicto armado, prolongado y degradado, que supuso la comisión de todo tipo de delitos en el contexto y en razón de éste, de manera que la medida legal bajo estudio es un modo de fomentar el acceso a la verdad y la garantía de no repetición y que por esto es un reflejo del principio de integralidad frente a las víctimas, del respectivo sistema creado en el Acto Legislativo 01 de 2017[50].

Finalmente, analiza el artículo 2º del Decreto Ley, relacionado con la vigencia, y concluye que esta norma es constitucional, por cuanto contempla una de las fórmulas tradicionales admisibles para dicho fin, es decir, que la producción de efectos de la norma se da a partir de su publicación.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 241 y el inciso tercero del artículo 2º transitorio de la Constitución sobre facultades presidenciales para la paz, incorporado en el Acto Legislativo 01 de 2016[51], la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 775 de 2017.

Problema jurídico y metodología de la decisión

2. El Decreto Ley 775 de 2017, que consta de dos artículos, fue remitido a esta Corporación en virtud del control automático de constitucionalidad contenido en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016. El primer artículo establece en el primer inciso que se faculta al SDTYEMFP, financiado por el FONDETEC, para prestar el servicio de defensa técnica a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública ante el SIVJRYNR por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

El inciso segundo del mismo artículo establece que para efectos de la prestación del servicio de defensa técnica, en el marco del SIVJRNR, no se excluyen las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, siempre que éstas sean conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en

relación directa o indirecta con el conflicto armado. Finalmente, el artículo 2º del Decreto Ley establece la vigencia del artículo que rige a partir de su publicación.

3. Teniendo en cuenta la competencia de la Corte el problema jurídico a decidir es si ¿El Decreto Ley 775 de 2017, expedido mediante el uso de las facultades extraordinarias del Presidente de la República cumple con los requisitos formales y materiales para ajustarse a la Constitución?

La paz como fin del Estado social de derecho. Las atribuciones y límites del Ejecutivo

4. El artículo 22 de la Constitución establece que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. En su concepción más sencilla, la paz significa ausencia de guerra. En este sentido, acorde con las normas internacionales[52] para la Corte[53] el mandato constitucional debe entenderse en un sentido fuerte, esto es, no como una mera aspiración ni como la expresión de una utopía, sino como una regla de conducta que debe inspirar a todos los colombianos y que debe conducir a la solución de los conflictos de manera pacífica.

Esta Corporación a través de la sentencia C-048 de 2001, en la que se examinó el artículo 8 parcial de la Ley 418 de 1997[54], determinó que la Carta de 1991 se cataloga como una “Constitución para la paz”, al tener un triple carácter: i) valor de la sociedad, fundamento del Estado y de los derechos humanos (preámbulo Constitución); ii) fin esencial que irradia el ordenamiento jurídico y principio que dirige la acción del Estado (art. 2 superior); y iii) un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (art. 22 superior), que dirige la acción de los particulares y las autoridades. De ahí que los ciudadanos y las autoridades deben adelantar medidas eficaces no sólo para prevenir sino también para eliminar los actos de agresión y quebrantamiento de la paz.

En el mismo sentido, en la sentencia C-379 de 2016[55] la Corte enfatizó que la finalidad del Estado constitucional no es otra que “la consecución de la paz y la convivencia a través del orden jurídico y la protección de los derechos fundamentales de las ciudadanas y ciudadanos (...) Así, es claro que la apuesta del derecho, y en particular el derecho constitucional, es suplir el conflicto basado en la vía violenta, por mecanismos pacíficos e

institucionales de resolución de las controversias”.

5. Ello ha permitido colegir que la paz es un objetivo de primer orden dentro del modelo organizativo de Estado social de derecho, reconociéndole una triple condición, es decir, “como derecho, deber y valor fundante de dicho modelo, lo cual conlleva a obligaciones directas en, al menos, tres aspectos definidos: (i) un deber estatal de diseño e implementación de acciones, normativas y de política pública, dirigidas a la superación del conflicto armado y, en general, el logro de la convivencia pacífica; (ii) un deber social de preferir a la solución pacífica como mecanismo exclusivo y constitucionalmente admisible de resolución de las controversias; y (iii) el logro progresivo de la plena vigencia de los derechos fundamentales, lo cual es un presupuesto tanto para la paz como para la vigencia del orden democrático, concebido desde una perspectiva material”[56].

6. También ha referido este Tribunal a la importancia de la democracia en procesos de transición hacia la paz. En la sentencia C-379 de 2016 señaló que la democracia participativa como valor “se funda en la concurrencia de los ciudadanos en la definición del destino colectivo e irradia la relación existente entre el Estado y los ciudadanos, que se retroalimenta de manera permanente, toda vez que el Pueblo soberano en ejercicio de su poder político cuenta con diferentes mecanismos que le permiten participar en el diseño y funcionamiento del Estado”. Igualmente determinó que la participación ciudadana es un principio fundamental que “ilumina todo el actuar social y colectivo en el Estado social de derecho[57]”, caracterizado por ser esencial, transversal, universal y expansivo.

A la vez esta Corte resaltó que como derecho deber la participación ciudadana debe darse conforme a los mecanismos establecidos y bajo los parámetros constitucionales y legales aplicables[58]. En un Estado constitucional y democrático el pueblo “acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y auto limitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad[59]”.

7. De ahí que haya referido al carácter reglado del modelo democrático, que se traduce en procedimientos diseñados para canalizar la expresión de la soberanía popular y la sujeción a las directrices constitucionales[60], por lo cual se desconocería la Carta Política “cuando se busca defender posturas mayoritarias sin importar los procedimientos establecidos en la

Constitución y los límites constitucionales existentes. Por ejemplo, sería inconstitucional restringir los derechos fundamentales de las minorías a través de un referendo constitucional, en tanto los derechos fundamentales no son susceptibles de ser reducidos en su alcance mediante mecanismos de participación ciudadana, pues estos derechos constituyen un límite al ejercicio del poder político, tanto del poder constituyente como de los poderes constituidos”[61].

También en la sentencia C-048 de 2001 se expuso que la generalidad del deber social de “propender al logro y mantenimiento de la paz” (art. 95.6 C. Pol.), radica en la Rama Ejecutiva como principal responsable de cumplir con la obligación de adelantar los trámites pertinentes y necesarios para proteger la seguridad de los habitantes del territorio nacional. En efecto, de conformidad con el artículo 189 numeral 4 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República “conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”.

8. Para el mantenimiento y conservación del orden público, el Ejecutivo puede adoptar diferentes tipos de medidas las cuales oscilan entre las soluciones pacíficas de conflictos y la utilización de acciones coercitivas como el uso de la fuerza, además de la declaratoria de conmoción interior o de guerra exterior (arts. 212 y 213 C. Pol.). No obstante, se sostuvo que:

“Los instrumentos pacíficos para la solución de conflictos se acomodan mejor a la filosofía humanista y al amplio despliegue normativo en torno a la paz que la Constitución propugna. De ahí pues que, las partes en controversia, particularmente en aquellos conflictos cuya continuación pone en peligro el mantenimiento de la convivencia pacífica y la seguridad nacional, deben esforzarse por encontrar soluciones pacíficas que vean al individuo como fin último del Estado. Al respecto, esta Corporación ya había dicho que el derecho a la paz ‘implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo’[62]. Y, en otro pronunciamiento la Corte señaló que ‘el derecho y el deber a la paz obligan al juez constitucional a expulsar las leyes que estimulen la violencia y que alejen las posibilidades de convertir los conflictos armados en conflictos políticos’[63]”.

9. Por último, la sentencia referida observó que el derecho internacional público ha concebido la negociación como un método no jurisdiccional de solución pacífica de las controversias, por medio de la cual se confía el arreglo principalmente a las partes en conflicto. De ahí que la buena fe y la confianza de los negociadores se constituyan en factores determinantes para la consecución de la paz.

Recientemente la sentencia C-379 de 2016 determinó que el cumplimiento de los fines de las medidas de transición hacia la paz pasa por la acción concurrente y coordinada de diferentes poderes públicos, así como por la sociedad civil convocada a través de mecanismos de participación democrática. Destacó la facultad del Presidente de la República para suscribir “acuerdos destinados a la finalización del conflicto armado”, pudiendo delegar en otros funcionarios del Gobierno el llevar a cabo diálogos durante un proceso de paz, además de suscribir acuerdos intermedios o instrumentales, siempre bajo la premisa de que al Jefe de Gobierno corresponde la firma del acuerdo definitivo del proceso de paz[64].

10. Esta Corte ha reiterado[66] que los propósitos centrales del régimen constitucional, en lo que respecta a la división institucional de las ramas y órganos del poder público, son (i) el mantenimiento de un poder limitado y, por lo mismo, alejado de prácticas autoritarias; y (ii) el logro de los fines esenciales del Estado, dentro los cuales la eficacia de los derechos fundamentales tiene un lugar principal. El primer objetivo se logra a partir de una definición específica de las competencias de cada ente, así como a través de la previsión de controles interorgánicos entre los mismos. El segundo objetivo, en cambio, supone la previsión de canales institucionales específicos, que permitan la acción concurrente y complementaria entre los poderes, bajo un esquema de colaboración armónica.

11. En consecuencia, el Constituyente de 1991 le apostó a la superación de la violencia sistémica mediante las vías institucionales, constituyendo los acuerdos de paz instrumentos primordiales para la convivencia pacífica, que comprometen a la sociedad y al Estado en su conjunto, debiéndose desarrollar en atención a los lineamientos de la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

12. En igual sentido, la Corte mediante sentencia C-379 de 2016 evidenció que las medidas de transición hacia la paz tienen una perspectiva amplia que va más allá de la finalización

del conflicto armado, al tener como objetivos principales la reconciliación, la eficacia de los derechos y el fortalecimiento del Estado participativo y democrático de derecho. Trajo a colación la sentencia C-577 de 2014[67] que previó un conjunto de reglas en materia de instrumentos de justicia transicional, las cuales por su relevancia se describen a continuación:

a) La justicia transicional se compone por un grupo de procesos de transformación social, política y profunda, que comprenden diversos mecanismos encaminados a la reconciliación y la paz, la vigencia de los derechos de las víctimas y el restablecimiento de la confianza en el Estado, así como el fortalecimiento de la democracia. Obedece a un conjunto de procesos coordinados que tiene como elemento básico la implementación de cambios políticos que permitan la transición con un componente público participativo.

b) La justicia transicional busca afrontar violaciones masivas de derechos humanos cometidas por particulares o por agentes del Estado. Es necesario adoptar mecanismos que en aras de la reconciliación permitan el equilibrio en las tensiones que se presentan entre la justicia y la paz. Busca solucionar tales conflictos en orden a restablecer los derechos de las víctimas y lograr el cese de la guerra. Es necesario encontrar un balance entre el fin a las hostilidades y el prevenir el regreso a la violencia (paz negativa), y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva).

c) La previsión de normas jurídicas, incluso constitucionales, que contemplen instrumentos de transición no conforman per se sustituciones a la Carta Política. Estos mecanismos se muestran como herramientas que están dirigidas a la restitución de los derechos humanos y, en particular, de los derechos de las víctimas. Superan la idea tradicional de la justicia retributiva como única alternativa de tratamiento penal, para adoptar una visión restaurativa de los derechos de las víctimas y fundada en su participación.

d) Los valores que se pretenden proteger a través de las medidas de transición, la reconciliación, el fortalecimiento del Estado de derecho y la democracia, vienen a tener un lugar central. La reconciliación de la sociedad es fundamental para la subsistencia estable del Estado, que se obtiene por medio de un proceso político y social en el cual las partes enfrentadas se reconocen mutuamente como actores válidos con el objetivo de restablecer la democracia. La reconciliación apunta a vivir en comunidad posibilitando plantear las

distintas posturas ideológicas en un contexto de respeto mutuo y concertación, que implica en la práctica que se realicen concesiones a los actores que se integran a la comunidad.

e) Las medidas de transición pretenden la superación del conflicto, a través de la ampliación de la base democrática que implica la promoción de instrumentos de participación, los cuales cumplen propósitos de otorgar una mayor legitimidad y estabilidad a los acuerdos, así como la creación de instancias pacíficas de resolución de conflictos. Se trata de un proceso de fortalecimiento de la participación política que reemplace el conflicto armado por el debate democrático.

13. Lo anterior, permite a la Corte evidenciar que las medidas de transición hacia la paz se sujetan a la acción concurrente y coordinada de las diferentes ramas del poder público. Además, deben ser cumplidas por la sociedad civil pudiendo ser convocada a través de mecanismos de participación democrática para otorgar mayor estabilidad y legitimidad a los procesos de justicia transicional.

La paz y los derechos de las víctimas. Los órdenes constitucional e internacional[68]

Marco normativo interno[69].

14. La paz en el orden interno es un valor superior, un derecho (subjetivo – colectivo) y un deber jurídico que compromete a todos los Colombianos[70]. Hay que resaltar desde la Sentencia C-630 de 2017, que realizó el control de constitucionalidad del Acto Legislativo No 02 de 2017, encontró la Sala que la paz se enmarca como elemento esencial de la Constitución de 1991, dado que, “la paz es un objetivo de primer orden dentro del modelo de organización política adoptado por la Constitución” y señaló que esa privilegiada posición de la paz encuentra apoyo (a) en los motivos que impulsaron la adopción de la Constitución de 1991, (b) en su condición de presupuesto para el ejercicio de los derechos, (c) en el reconocimiento que de ella se hace en el preámbulo de la Carta y (d) en su consagración como valor, deber y derecho en el artículo 22 de la Constitución.

15. Del mismo modo puntualizó que la paz como principio consustancial de la Constitución reconoce la condición ética del ser humano conforme a la cual una sociedad sólo puede subsistir si sus miembros se obligan, entre sí, a respetar los derechos humanos, y aunque el Acuerdo Final no es la única forma de concretar el valor y el derecho a la Paz, sí constituye

un instrumento en esa dirección.

16. En el desarrollo del derecho a la paz, la Corte Constitucional ha consolidado una amplia jurisprudencia y doctrina sobre los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Se ha fundamentado especialmente en las siguientes disposiciones constitucionales: 1 (Estado Social de Derecho), 2 (deber de protección de las autoridades de los derechos a la vida de los residentes en Colombia), 15 (derecho a la intimidad personal y familiar), 21 (derecho a la honra), 29 (debido proceso), 90 (responsabilidad por parte del Estado de los daños patrimoniales antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas), 93 (bloque de constitucionalidad que reconoce los tratados y convenios ratificados por el Congreso, que prevalecen en el orden interno y que serán referente de interpretación de los derechos fundamentales), 228 (la administración de justicia tiene función pública), 229 (acceso a la administración de justicia), 250.6 (deber de la Fiscalía General de la Nación para solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales para asistir a las víctimas).

Específicamente, las sentencias C-228 de 2002[71], C-370 de 2006, C-715 de 2012[72], C-099 de 2013[73], C-579 de 2013 y C-180 de 2014, han contribuido a la fijación de unos derroteros constitucionales básicos, soportados en estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Esta Corporación ha consagrado que el Estado tiene la obligación constitucional de proteger los derechos de las víctimas, en ejercicio de principios como el goce efectivo de los derechos (art. 2 C. Pol.), la dignidad humana (art. 1 C. Pol.) y el acceso a la administración de justicia (art. 229 C. Pol.).

17. A partir de un amplio marco normativo, el legislador ha definido la noción de víctima, así, desde la expedición del Decreto 444 de 1993 “Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas” (art 1º), donde reconoció la calidad de víctima a aquellas personas que hubieran sufrido perjuicios indirectos como consecuencia de atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos que afecten a la población civil. Posteriormente, se amplió el concepto incluyendo a la población afectada como consecuencia de tomas guerrilleras[74], a las que sufrieran por combates y masacres indiscriminadas por motivos ideológicos o políticos[75] y, con el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, se incluyó a la población civil que sufriera perjuicios en su vida, integridad personal o

bienes, como consecuencia de actos relacionados con el marco del conflicto armado interno, atentados terroristas, combates, ataques y masacres.

A continuación, la Ley 975 de 2005[76], dio un paso con la creación de un “marco legal para reincorporar a la vida civil a los miembros de grupos armados al margen de la ley y, al mismo tiempo, garantizar los derechos de las víctimas del conflicto a la verdad, justicia y reparación integral”[77]. Posteriormente, el Decreto 1290 de 2008[78], dispuso la creación de un programa de reparación individual por vía administrativa de las víctimas de los grupos armados al margen de la ley, basándose en el denominado principio de solidaridad, resarcimiento entendido como una reparación anticipada del Estado por hechos punibles realizados por grupos al margen de la ley, “sin perjuicio de la responsabilidad de los victimarios y de la responsabilidad subsidiaria o residual del Estado”. Se definió como víctimas, aquellas personas a las que se refiere el artículo 15 de la Ley 418 de 1997.

De manera prevalente debe mencionarse la Ley 1448 de 2011[79] sus decretos con fuerza de ley creados para satisfacer derechos de grupos étnicos. La Ley 1448, comúnmente reconocida como “Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras”, busca restablecer el proyecto de vida de cada víctima del conflicto armado interno, así como garantizar el goce efectivo de sus derechos de manera sostenible y transformadora, se enmarca dentro del campo de la justicia transicional y tiene como propósito definir acciones concretas para garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

En relación con el concepto de víctima, el artículo 3º de dicha ley estableció que “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno (...) La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.

18. Por su parte, la Corte[80] ha definido que a la luz de la Ley 1448 de 2011 son víctimas todas las personas que de manera individual o colectiva, hayan sufrido un (i) daño real, específico y concreto, (ii) cualquiera que haya sido el delito que lo ocasionó, siempre y

cuando se trate (iii) de hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985. Igualmente, estableció que el hecho que una persona no sea considerado víctima para los efectos de la aplicación de la mencionada ley, no implica que ésta no pueda acreditar tal condición en el marco de un proceso penal, pues la norma no niega la condición de víctima sino que crea especiales mecanismos de asistencia y reparación para las víctimas de grupos al margen de la ley.

De otro lado, a partir del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera firmado en La Habana (noviembre de 2016), se expidió el Acto legislativo 01 de 2017, por medio del cual se “crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado, y la construcción de una paz estable y duradera”. El artículo transitorio 1 hace referencia al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, disposición que parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos. Asimismo, el artículo transitorio 5 establece la “Jurisdicción Especial para la Paz”, manifestando como objetivo principal satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia integral.

Lo anterior guarda relación con lo establecido en el punto 5 del Acuerdo Final mediante el cual se acordó como eje central “el resarcimiento de las víctimas” contribuyendo a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

19. En ese orden de ideas, se tiene entonces que la legislación nacional ha consagrado diversos cuerpos normativos que permiten a las víctimas directas del conflicto armado obtener medidas de asistencia y reparación integral así como también alcanzar herramientas para reivindicar y exigir la protección a sus derechos fundamentales. En tal sentido, las críticas de algunos intervinientes en el sentido de que la legislación en análisis, no repara en la necesaria defensa de las víctimas, no tiene razón, pues, de antaño y de manera amplia y plural, el legislador colombiano ha tomado nota de esa preocupación y ha previsto los medios legales para que las prerrogativas de los afectados con el delito, tengan claros encargados de su defensa y auspicio.

En el orden internacional[81]

20. El derecho internacional ha avanzado en el respeto y promoción de los derechos humanos como garantía de la convivencia pacífica de y entre los pueblos[82]. La comunidad de naciones ha hecho énfasis sobre aquellos Estados que adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado social de derecho. La necesidad de acuerdos políticos de reconciliación con grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que gobiernan el ejercicio de la función judicial, admitiendo una forma especial de administración de justicia para situaciones de tránsito hacia la paz, sin ceder en su exigencia de que las violaciones a los derechos humanos sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, los autores contribuyan a identificar la verdad de los delitos y reciban algún tipo de sanción[83].

La Corte en la sentencia C-180 de 2014[84] concluyó que “si bien en procesos de transición democrática hacia la convivencia pacífica es posible modular el deber estatal de juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos, esta flexibilización debe sujetarse a ciertos límites mínimos de protección de los derechos de las víctimas”[85]. El ejercicio de ponderación para alcanzar la justicia en sociedades en transición, hace imperativo cumplir los estándares internacionales en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas, derivados de tratados de derechos humanos, del derecho internacional humanitario, decisiones de Tribunales Internacionales, sistema interamericano de derechos humanos y comisión interamericana de derechos humanos, declaraciones internacionales y lineamientos sentados por otros organismos[86].

21. Los derechos de las víctimas, particularmente de graves violaciones a los derechos humanos, tienen una clara relevancia constitucional atendiendo el artículo 93 de la Constitución, toda vez que los tratados ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno, y los derechos y deberes constitucionales se interpretarán atendiendo los convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia[87].

Ha de señalarse que tales convenios internacionales se enfocan principalmente en reconocer que exista un recurso efectivo, los Estados garanticen el acceso a la justicia, se investiguen las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, los países cooperen en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derechos humanos, y se prohíban los desplazamientos forzados. Por

consiguiente, son los Tribunales Internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las declaraciones internacionales y los órganos administrativos quienes han referido de manera concreta al reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Entre los instrumentos más significativos pueden mencionarse[88]:

(i) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, art. 8º)[89].

(ii) La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948, art. XVIII)[90].

(iii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, art. 2, num.3, lit. a)[91]. Conforme a la Observación General 31 de 2004 del Comité de Derechos Humanos[92], la Corte ha manifestado que los recursos a que se refiere este precepto: “(i) estén a disposición de toda persona, y sean adecuados para que aun los sujetos especialmente vulnerables puedan acceder a ellos; (ii) sean efectivos para reivindicar los derechos fundamentales amparados por el Pacto, y (iii) garanticen que las denuncias por violaciones de derechos sean investigadas de un modo rápido, detallado y efectivo por órganos independientes e imparciales. Adicionalmente, la interpretación de la norma exige que haya una reparación para las personas cuyos derechos amparados por el Pacto hayan sido violados, reparación que implica “por lo general” la concesión de una indemnización apropiada”[93].

(iv) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, arts. 1.1, 2º, 8º y 25)[94], alude a la obligación de respetar los derechos, al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, a las garantías judiciales y a la protección judicial. Prevé que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal, en la sustanciación de cualquier acusación penal o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Adicionalmente, tienen derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales[95].

(v) El Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales)[96]. El Protocolo I reconoce el “derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros”[97]. El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra (1949,

art. 17), alude a los desplazamientos forzados.

(vi) La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[98] (1984) y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura[99] (1985).[100]

(vii) La Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas (1994)[101].

(viii) La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948)[102].

(ix) La Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951)[103] y su Protocolo adicional (1967)[104].

(x) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1988)[105]. Consagra los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses[106].

22. Por otra parte, ha de señalarse que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos humanos también tienen un papel preponderante por tratarse de la garantía de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tiene carácter vinculante y que constituyen la interpretación autorizada de los derechos consagrados por ésta, esencialmente respecto de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, los cuales en opinión de dicho Tribunal guardan una conexión intrínseca.

23. La Corte Constitucional ha concluido que los Estados están obligados a investigar los graves atropellos en contra de los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva. Así mismo, que las obligaciones de reparación conllevan si es posible la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación, que de no ser factible pueda acudir a otra serie de medidas como la compensación. Por último, el que un Estado atraviese por circunstancias

que dificulten la consecución de la paz, no lo liberan de los deberes en materia de verdad, justicia, reparación y no repetición, que emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[107].

Derecho a la defensa técnica en el marco de justicia transicional

24. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) en sus artículos 10 y 11, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP[108]) en su artículo 14; la Convención sobre los Derechos de los Niños en su artículo 40[109] y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, (17 y 18) han establecido el derecho de toda persona a ser asistida por un defensor ya sea proporcionado por el Estado, remunerado o no[110].

Así el artículo 10 de la DUDH se establece que, “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Por su parte, el numeral 1º del artículo 11 de la misma Declaración se indica que, “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

25. Por otro lado, el literal d) del numeral 3º del artículo 14 del PIDCP, dispone que, “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas. (...) d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, sino tuviera defensor, del derecho que le asiste al tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

Igualmente en el literal d) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)[111] sobre las garantías judiciales[112] se establece el “d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y comunicarse libre y privadamente con su defensor”, y en el literal e) de la misma CIDH se

dispone que toda persona tiene “el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrar defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

26. Esta regulación ha dado lugar a que la Corte Interamericana en su jurisprudencia haya acudido a otros instrumentos normativos para desarrollar este derecho, como los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, que en el numeral 8º dispone que en los asuntos penales, “toda persona arrestada, detenida, presa se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial (...)”[113].

Igualmente en la Opinión Consultiva OC 11/90 la Corte Interamericana determinó que, “los literales d) y e) del artículo 8.2. expresan que el inculpado tiene derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la misma legislación interna”[114], y que, “(...) en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna (...)”[115]

27. La Corte Interamericana ha tenido que conocer algunos casos relacionados con el derecho a la defensa técnica o la asistencia letrada. Por ejemplo en las Sentencias Riebe Star y otros c. México, Brown c. Jamaica[116] y Figueredo Planchard c. Venezuela[117] se dijo que la garantía contenida en el artículo 8º de la Convención, tiene que ser garantizada en todas las etapas del proceso, incluso cuando se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio[118].

Este mismo presupuesto se ha reiterado en las Sentencias “Barreto Leiva c. Venezuela” en la cual se hizo énfasis en que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde el momento en que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y culmina cuando finaliza el proceso, precedente que se ha acogido en los casos “Suárez Rosero c. Ecuador” (párrafo 71), “Caso Bayarri c. Argentina” (párrafo 105) y

“Heliodoro Portugal vs. Panamá”[119].

En el mismo caso Riebe Star y otros c. México se estableció que la presencia de observadores tales como oficiales consulares o representantes de una comisión de derechos humanos no pueden ser entendidos como el ejercicio pleno del derecho a la defensa técnica; y en el caso Vasilskis c. Uruguay de 1983 se dispuso que la representación ante un Tribunal Militar por un oficial militar que no es abogado no cumple con esta garantía.

28. Igualmente en la Sentencia Vélez Llor c. Panamá de 23 de noviembre de 2010 se dijo que, “(...) La Corte ha sostenido que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo[120]. Los literales d) y e) del artículo 8.2 establecen el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que, si no lo hiciera, tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna (...)”[121].

También se ha establecido dentro del sistema normativo Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) que el derecho a la defensa técnica, requiere (i) el derecho a tener acceso a la asistencia letrada durante el interrogatorio; (ii) el derecho a elegir el defensor de su elección; (iii) el derecho a tener un defensor de oficio; (iv) el derecho a comunicarse con su defensor; (v) el derecho a una representación eficaz y (vi) el derecho a defenderse personalmente[122].

En el caso de la elección del defensor se dijo por parte del Comité de Derechos Humanos en el caso “Kelly (Paul) c. Jamaica” que se puede violar este derecho cuando el Tribunal continua acreditando un defensor de oficio a pesar de que el acusado ha indicado que no lo acepta como su representante, ni le ha dado instrucciones para que lo defienda y ha hecho lo necesario para obtener servicios de otro defensor[123].

29. En cuanto el derecho a tener un defensor de oficio el PIDCP establece dos requisitos para el goce de este derecho: (i) que el acusado carezca de medios para sufragar los honorarios de un defensor, y (ii) que “el interés de la justicia” exija el nombramiento de un defensor gratuito (inciso d) del párrafo 3º del Artículo 14). Sin embargo, en la Convención Americana no se habla de la gratuidad de la asistencia letrada, sino que como se dijo se

reconoce “el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna”[124].

30. Finalmente, se ha insistido en el ámbito internacional de los derechos humanos que la defensa técnica tiene que ser eficaz, así en la Observación General No 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, estableció en el caso “Collins (Willard) c. Jamaica” que, “El acusado o su abogado deben tener el derecho a actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas”.

De otro lado en el marco de la justicia transicional se ha garantizado el derecho a la defensa técnica en los Tribunales Penales Internacionales[125] como el de Núremberg y Tokio, y los Tribunales Penales Internacionales ad hoc creados por Naciones Unidas para los conflictos de la ex Yugoslavia y Ruanda, y los Tribunales Penales Internacionales de carácter mixto de Kosovo, Timor Oriental, Camboya, Sierra Leona y Líbano.

Así en el artículo 16 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg se estableció en los literales d) y e) que, “d) El acusado tendrá derecho a defenderse a sí mismo ante el Tribunal o a ser asistido por un Letrado; e) el acusado tendrá derecho a presentar en el juicio pruebas en su descargo, bien por sí mismo o a través de su Letrado, así como a interrogar a los testigos citados por la Fiscalía”.

31. Por su parte el literal c) del artículo 9º sobre Procedimiento para un juicio justo del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio se indicaba que, “El acusado tendrá derecho a ser representado por un Letrado de su elección, si bien esta posibilidad queda sujeta al eventual rechazo de tal representación que el Tribunal pueda hacer en cualquier momento”. En esta misma norma se indica que el, “El Acusado habrá de depositar ante la Secretaria General del Tribunal, el nombre de su Letrado y si se diera el caso de que un Acusado no estuviera representado por Letrado alguno y aquel solicitara al tribunal la designación de un abogado, el tribunal nombrará tal abogado para garantizar un juicio justo”.

En el caso del Tribunal ad hoc para la ex Yugoslavia[126] y de Ruanda[127] se contempla el derecho de defensa en términos similares[128]. Así en el artículo 18.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia se dice que, “Si se interroga a un

sospechoso, éste tendrá derecho a ser asistido por un defensor de su elección, y a que se le asigne un defensor sin costo para él, si careciere de medio suficientes para pagar sus servicios”.

Del mismo modo, en el literal d) artículo 21 se establece, dentro de las garantías mínimas del acusado, que cualquier cargo que se le impute “(...) tendrá derecho, en condición de plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste tenerlo; y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

Hay que destacar que en las reglas procesales de ambos tribunales, se han dispuesto obligaciones puntuales respecto al derecho a la defensa técnica, en donde se resaltan aspectos profesionales de los abogados que van a ejercer ante estos tribunales. Así en la Parte IV Sección 2 (De la defensa) se establece las condiciones del nombramiento, los requisitos y deberes del abogado (regla 44), la asignación de abogado (regla 45) y las faltas de conducta de estos (regla 46).

32. De otra parte, en Tribunales Penales de carácter mixto o híbrido, que se caracterizan porque tienen un componente internacional y otro nacional, es decir que los órganos judiciales están formados por jueces internacionales y nacionales, también se regula el derecho a la defensa técnica en los Tribunales Penales Internacionales de Kosovo y de Timor Oriental, que se crearon por la Misión de las Naciones Unidas destinada a estos territorios, y en los TPI de Camboya, Sierra Leona y Líbano, que surgen de un acuerdo entre el Secretario General de las Naciones Unidas y los Estados afectados[129].

En el caso del Tribunal Penal de Kosovo se dispuso que se garantiza el derecho de defensa, según el Código de Procedimiento Criminal Provisional de Kosovo[130], que se establece en los artículos 69 a 77 de la I Parte del Capítulo VI lo referente a los abogados defensores. En dichos artículos se indica que cualquier sospechoso y acusado tendrá derecho, a ser asistido por un abogado defensor durante todas las etapas del procedimiento penal, el derecho a que se le informe con anterioridad al interrogatorio el derecho a tener un abogado, la posibilidad de renunciar al derecho a ser asistido por un abogado defensor, excepto en los

casos de defensa obligatoria. Así mismo se indica en el artículo 71 que, “En un proceso penal no se permite al abogado defensor representar a dos o más acusados en el mismo caso; y que un acusado podrá tener hasta tres abogados defensores, y que se considerará que el derecho de defensa se está cumpliendo si el abogado defensor interviene en el procedimiento”.

En el caso del Tribunal Penal Especial para Timor Oriental[131] en la Regulación 2000/11 de 6 de marzo de 2000 sobre reglas transnacionales de procedimiento penal (Transnational Rules of Criminal Procedure) se dispone en el artículo 27 sobre la representación legal en las visitas que, “1. Cualquier parte en un proceso tiene derecho a un abogado de su elección ante un tribunales” y en el numeral 2º del mismo artículo que se garantizará “(...) la existencia de procedimientos eficientes y mecanismos que respondan para lograr el acceso efectivo e igual de abogados para todas las personas dentro del territorio de Timor Oriental”.

Por su lado, en el Tribunal Especial Internacional para Camboya, que se crea tras el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya, relativo al enjuiciamiento por las leyes camboyanas de los crímenes cometidos durante el período democrático, se consagra en el artículo 13 el derecho a la defensa técnica como parte de los derechos del acusado, y en el artículo 21 los requisitos y obligaciones del abogado defensor. Así mismo se regula este derecho en el proyecto de reglas internas (ECCC Draft Internal Rules) de 3 de noviembre de 2006, en donde se establece en la regla No 12 la creación de una Oficina de la Defensa.

De igual modo, el Tribunal Especial para Sierra Leona dispone en el artículo 14 del acuerdo que se acordó entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona de 16 de enero de 2002[132], la figura del abogado defensor y los derechos del acusado que se regulan en el artículo 17 del mismo estatuto. Así mismo en las reglas de Procedimiento y Prueba de 16 de enero de 2002,[133] se indican los derechos de los sospechosos durante la investigación y nombramiento de abogados, y las condiciones que debe reunir una Oficina de Defensa y las faltas de conducta de los abogados defensores[134].

En el caso del Tribunal Especial para el Líbano[135] se establece en el Estatuto que da lugar a la creación de dicho Tribunal, una Oficina de Defensa (artículo 7º) y que durante la

investigación y juicio se deberán respetar los derechos de defensa (artículos 16 y 17).

Ahora bien en el Estatuto de Roma que dio lugar a la creación de la Corte Penal Internacional y en la cual Colombia está vinculado[136], se reconoce en el numeral 3º del artículo 21, y en los artículos 22, 23, 24, 41, 66 y 67 las garantías propias del proceso justo, como lo son: la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a los recursos, la irretroactividad de las normas penales, el principio pro reo, el principio in dubio pro reo, la dispensa y la recusación de los magistrados[137].

Particularmente el literal d) del artículo 67 sobre derechos del acusado, dispone que el acusado tiene derecho, “(...) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

33. En la sentencia C-578 de 2002, que realizó el control de constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 que aprobaba este Estatuto en el ámbito interno, se estableció por parte de esta Corporación que el Estatuto de Roma recoge el consenso internacional sobre las garantías comprendidas por el derecho de defensa. Sin embargo, encontró en dicho estudio, que parece que existen dos disposiciones conexas respecto a este derecho, el artículo 61, párrafo 2, literal d)[138] y el referido artículo 67, párrafo 1º, literal d) que parecen dejar en manos de la Corte Penal Internacional la determinación de si un investigado requiere de un abogado para que lo defienda.

En este caso esta Corporación dispuso que la expresión “interés de la justicia” debe ser entendida como que este derecho es irrenunciable y no depende de la decisión de un órgano judicial, siguiendo lo dispuesto en el artículo 29 sobre el derecho a la defensa técnica. Se indicó además que, “En orden a armonizar las disposiciones citadas, la Corte Constitucional considera que siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento (...)”.

34. Desde el punto de vista doctrinal se han dado algunas críticas sobre el derecho a la defensa técnica en los procesos de justicia transicional. Así por ejemplo Charles Call

estableció que en las Cortes Mixtas que se crearon en el proceso de justicia transicional en Timor Oriental se cuestionó si los acusados habían recibido una defensa adecuada, dado que se designaron solamente nueve defensores públicos, que no se equiparaba al número de fiscales asignados a los casos, y que fueron sobrecargados de trabajo con el gran número de crímenes que tenían que defender. Igualmente se criticó su falta de competencia, y calidad en la defensa[139].

35. En el ámbito interno el artículo 29 de la C. Pol. establece que, “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” y en el inciso 4º que, “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”. Igualmente, en el artículo 229 de la C. Pol. se dispone que, “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

Del mismo modo, el numeral 4º del artículo 282 de la C. Pol. señala como función del Defensor del Pueblo el de “Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley”. En desarrollo de este artículo se expidió la Ley 24 de 1992 que en el artículo 21 establece, “La defensoría pública se prestará en favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentren en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial y extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquiera autoridad pública (...) En materia penal el servicio de defensoría pública se prestará a solicitud del imputado, sindicado o condenado (...)”.

El Sistema Nacional de Defensoría Pública (en adelante SNDP) provisto por la Defensoría del Pueblo se reguló por la Ley 941 de 2005[140]. En el artículo 1º de esta ley se estableció como finalidad del Sistema el de, “(...) proveer el acceso de las personas a la Administración de Justicia en materia penal, en condiciones de igualdad y en los términos del debido proceso con respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales”.

Así mismo, se dispuso en el artículo 2º que el SNDP prestará sus servicios en favor de las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentren en circunstancias de

desigualdad manifiesta para la defensa de sus derechos. Por persona en desigualdad económica se entiende, según el inciso 2º de este artículo, como aquella persona “que carece de recursos suficientes para proveer su defensa técnica y por imposibilidad social, aquella que por discriminación u otra circunstancia excluyente no pueda acceder a un defensor particular”.

Igualmente se estableció en el artículo 4º de esta ley que el SNDP garantizará una defensa integral, ininterrumpida, técnica y competente, y que dicha defensa debe realizarse con estándares de calidad y eficiencia en la prestación del servicio (artículo 7º). Además se dispuso en dicha regulación que los abogados que presten el servicio de asistencia y representación en el SNDP estarán sujetos a las responsabilidades y sanciones que les impone su condición (artículo 8º).

Con relación a la defensa técnica de los miembros de la Fuerza Pública se promulgó en una primera instancia la Ley 1224 de 2008 “Por la cual se implementa la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública”, la cual tiene como finalidad, “facilitar a los miembros de la Fuerza Pública acceso oportuno, gratuito, especializado, permanente y técnico, a una adecuada representación en materia penal, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política”.

En esta regulación se indicó que la cobertura del servicio de defensoría técnica se prestará a los miembros de la Fuerza Pública por conductas cometidas en servicio activo y en relación con el mismo, cuyo conocimiento corresponda a la Justicia Penal Militar, y con esta finalidad se dispuso la creación de un Fondo Cuenta con carácter permanente en el Ministerio de Defensa Nacional con recursos del presupuesto nacional, donaciones y las contribuciones que permita la ley. Del mismo se dijo que dichos recursos los ejecutará el Ministerio de Defensa con fundamento en los criterios de oportunidad, agilidad y eficiencia (artículo 3º)

Así mismo se estableció, en el artículo 6º que el Servicio de Defensoría Técnica de la Fuerza Pública, sería prestado por profesionales del derecho vinculados como Defensores, Técnicos de la Fuerza Pública a través de contratos de prestación de servicio, o a través de los estudiantes de derecho en su práctica en los consultorios jurídicos, o como judicatura.

Por último, en dicha regulación se tuvo en cuenta el principio de integralidad en donde se

especificó que el alcance de la defensoría de la Fuerza Pública, conlleva la integridad de la defensa penal, tanto en la justicia penal militar como en la justicia penal ordinaria, así como en procesos disciplinarios, pero a su vez, desde una dimensión preventiva de la comisión de estas conductas, así como su vinculación con la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses litigiosos del Estado[141].

De otro lado, en el literal e) del artículo 179 de la Ley 1407 de 2010 “por la cual se expide el Código Penal Militar” se estableció específicamente el derecho de defensa, en donde se dijo que, “En desarrollo de la actuación, una vez adquirido la condición de imputado, este tendrá derecho en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal”, y el derecho a “ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza nombrado por el Estado”.

Posteriormente, se expidió la Ley 1698 de 2013 que crea y organiza el “Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública”. Como se explicó en la sentencia C-044 de 2015, que resolvió una demanda de constitucionalidad contra esta regulación, se indicó que la Ley 1698 de 2013 crea un servicio de defensoría gratuito para los integrantes de la fuerza pública, distinto y paralelo al sistema de defensoría pública previsto en la Constitución (artículo 282, numeral 4º C. Pol.). Igualmente se consagra en el artículo 2º que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública que se crea en virtud de esta ley, tiene como objeto financiar los servicios que garanticen “el derecho fundamental a la defensa” para “los miembros activos y retirados de la fuerza pública”, en las instancias disciplinarias, en la jurisdicción penal ordinaria y especial tanto en el orden nacional, internacional, o de terceros Estados.

Este Sistema de Defensa Técnica y Especializada – SIDETEC- es i) voluntario, porque sólo defiende a los miembros de la Fuerza Pública que así lo soliciten; ii) restrictivo; porque excluye algunas conductas punibles y está sujeto a disponibilidad presupuestal, y iii) accesorio, dado que es posible acudir a la Defensoría del Pueblo o al abogado de confianza.

Del mismo modo, en el artículo 3º de dicha Ley se establecieron los siguientes principios del Sistema: i) continuidad, es decir que se prestará sin interrupción desde el momento mismo en que se autoriza, salvo fuerza mayor o caso fortuito; ii) especificidad, es decir que los recursos se destinarán al cumplimiento del objeto establecido en la presente ley, iii) calidad,

es decir que el servicio se prestará con eficiencia y calidad; iv) accesibilidad para los miembros de la Fuerza Pública activos y retirados; v) gratuidad, es decir que se realizará sin costo alguno, hasta por el monto de los recursos apropiados y disponibles; vi) oportunidad e idoneidad, vii) imparcialidad, y viii) especialidad, que consiste en que los abogados que presten estos servicios deben ser especialistas en derecho disciplinario, penal, procesal penal, así como conocimiento en derecho operacional, derechos humanos y derecho internacional humanitario.

La Ley 1698 de 2013 fue reglamentada por el Decreto 124 de 2014 en donde se establece el sistema de selección de defensores (artículo 1º)[142]; la creación de registro de abogados (artículo 2º) en donde se contiene la información personal y profesional de los abogados seleccionados vinculados a Fondetec; la posibilidad de que se pueda contratar auxiliares de la justicia con el fin de apoyar la defensa técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública (artículo 3º); la definición de derecho operacional como la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario por los operativos y procedimientos de la Fuerza Pública (artículo 4º); las obligaciones que deben tener los defensores de acuerdo al artículo 31 de la Ley 941 de 2005 en donde se explica que deben manifestar la existencia de cualquier impedimento, ejercer la defensa técnica de manera idónea y oportuna; guardar absoluta reserva sobre los hechos e informaciones o cualquier dato o evidencia, cumplir sus obligaciones de acuerdo con las normas entre otros aspectos (artículo 5º).

Del mismo modo, en el artículo 8º del Decreto se establece la administración del Fondo en donde participan el Ministro de Defensa o su delegado, el Comandante General de las Fuerzas Militares, el Comandante del Ejército, el comandante de la Fuerza Aérea Colombia, el Comandante de la Armada Nacional, el Director General de la Policía Nacional, tres (3) representantes del Ministerio de Defensa y el Director o Gerente de Fondetec.

En el artículo 10º del Decreto se establece que este Comité tendrá como funciones, determinar la cobertura del servicio de defensa que se financiará con cargo de los recursos del Fondo, adoptar los planes y programas con fundamento en los cuales se impartan las instrucciones de la sociedad fiduciaria, determinar criterios en relación con el perfil de la(s) persona(s) jurídicas o naturale(s) que prestarán el servicio de defensa técnica y

especializada de los miembros de la Fuerza Pública, determinar las necesidades del Fondo, establecer las conductas punibles que se excluyen del ámbito de cobertura del SDTYEMFP, adicionales a las referidas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, aprobar el presupuesto el manual de contratación que debe regir la actividad del patrimonio autónomo, aprobar el presupuesto teniendo en cuenta los recursos disponibles en el patrimonio autónomo y adoptar su propio reglamento.

36. De otra parte esta Corporación ha venido estableciendo una serie de principios con relación al derecho a la defensa técnica. Así desde la sentencia T-436 de 1992 esta Corte dispuso que el derecho de defensa técnica es un derecho fundamental contenido en el debido proceso que se garantiza dado que, “Con frecuencia, el mismo inculpado no puede exponer su punto de vista en la forma exigida, y tampoco, en absoluto, defender él mismo la función de un control de los órganos de la justicia. Esto depende muchas veces de que no está en situación de referir su situación oralmente o por escrito (...) el defensor es por esto, en primer lugar, ayudante del inculpado y ha de defender sus derechos”.

A su vez, en la sentencia C-071 de 1995 en materia de defensor de oficio se dijo que, “En asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras de garantizar al procesado su derecho de defensa (...)”[143].

De igual manera, en la Sentencia C-037 de 1996 se indicó que de acuerdo al artículo 29 de la C. Pol. que establece que toda persona tiene derecho a ser asistido por un abogado, y el artículo 229 de la Constitución, sobre el acceso a la administración de justicia se indicó que la defensa técnica ya sea pública o privada “(...) implica un compromiso serio y responsable del profesional del derecho, el cual no puede limitarse a los aspectos meramente procesales o de trámite, sino que requiere implementar todas aquellas medidas y gestiones necesarias para garantizar que el sindicado ha tenido en su representante alguien apto para demostrar jurídicamente, si es el caso, su inocencia”.

En la sentencia C-127 de 2011 se diferenció entre la defensa técnica y la material, en donde se indicó que, “De conformidad con las garantías reconocidas en la Constitución y los

tratados de derechos humanos, la Corte ha aceptado que el ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública (...).”.

En cuanto a la defensa técnica y especializada financiada por el Fondetec contenida en la Ley 1698 de 2013 se han proferido por parte de esta Corporación dos sentencias, la C-044 de 2015 y la C-745 de 2015. En la C-044 de 2015 se resuelven cargos de inconstitucionalidad por vicios formales y materiales. En cuanto a los vicios formales se demandó la reserva de ley estatutaria, la unidad de materia y que la Comisión en que se debió tramitar la ley era la Primera, sobre derechos humanos, y no la Segunda, sobre defensa y seguridad. El cargo material consistió en que se vulneraba el artículo 355 de la C. Pol. sobre la prohibición de realizar auxilios o donaciones[144].

En relación a estos problemas jurídicos la Corte consideró que la norma era exequible por estos cargos y estableció que, “(...) la prestación con cargos a recursos públicos del servicio de defensa técnica para los integrantes de la fuerza pública, prevista en las normas demandadas, no queda comprendida dentro de las hipótesis de auxilio o donación prohibidas por el artículo 355 superior. Ello por cuanto los integrantes de la fuerza pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa y, por tanto, el Estado está obligado, por el principio de correspondencia, a garantizar su defensa técnica, teniendo en cuenta que hay un ejercicio legítimo de la fuerza, en la tarea que desarrollan”[145].

Del mismo modo, se hizo énfasis en que, “La reglamentación que expida el Gobierno Nacional con fundamento en los artículos 2º y 6º de esta ley, se deberán precisar los criterios que orientarán la asignación de recursos por servicios de defensa con cargo a dicho fondo, incluyendo criterios de distribución proporcional a fin de asegurar que aquellos cubran la defensa de aquellos integrantes de la fuerza pública que no cuentan con rentas e ingresos suficientes para sufragar su defensa y que la destinación de los recursos se efectúe con arreglo a criterios de eficiencia y equidad”.

Por otro lado, en la sentencia C-745 de 2015 que conoció de la demanda contra la Ley 1698 de 2013 por violación de los derechos a la igualdad (artículo 13 de la C. Pol.); del artículo 284.4 de la C. Pol., al no incluir a la Defensoría del Pueblo como órgano de dirección del SDTYE, y el de vulnerar el artículo 29 de la C. Pol., dado que éste sistema fue creado como una cuenta adscrita al Ministerio de Defensa violando de este modo la autonomía e independencia de los defensores públicos, la Corte estableció que no tenía razón la demandante en tanto que el riesgo que supone la labor de la Fuerza Pública justifica que se establezca un régimen especial para la defensa de este colectivo en virtud del principio de correspondencia y en el entendido que los beneficios que derivan de la Ley 1698 de 2013 no puede ser considerado como un privilegio, sino como una prerrogativa propia de quienes pertenecen a un régimen especial de función[146].

También se estableció por parte de la Sala que el Sistema de Defensa Técnica que se regula en la Ley 1698, no se corresponde al servicio que presta la Defensoría del Pueblo en los términos de la Ley 941 de 2005, dada las características de voluntario, exclusivo, restrictivo y accesorio de esta regulación, que no desarrollan el artículo 284.2 de la C. Pol.

37. Finalmente, citando el No 16 de los Principios Básicos del Abogado[147], se hace énfasis en que los abogados que asistan técnicamente a los miembros de la Fuerza Pública, en el SDTYE, deben actuar con total independencia, sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas, y no deben estar expuestos a persecuciones o sanciones administrativas en el ejercicio de su labor. Sobre este cargo la Sala comprobó que al analizar los contenidos de la Ley 1698 de 2013 no se evidencia la afectación de la autonomía e imparcialidad con la que debe actuar el defensor público en la tarea encomendada.

38. En conclusión, se evidencia que en las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad consagran el derecho a la defensa técnica del procesado y de la víctima como una forma de garantizar el debido proceso y las garantías judiciales de estos. Esta asistencia debe ser garantizada en todas las etapas del proceso, debe ser eficiente y de calidad, debe ser asequible y gratuita cuando el procesado o la víctima no tengan los recursos suficientes para solventarla.

Así mismo, que desde el punto de vista de la defensa técnica de los miembros de la Fuerza

Pública, se ha dispuesto un sistema de defensa técnica y especializada financiada por el Fondetec, previsto en la Ley 1698 de 2013, que establece como principios la voluntariedad, que sea restrictivo y accesorio, pero también la especialidad y la imparcialidad de los abogados que hacen parte de este sistema de defensa.

De otro lado, se constata que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que este sistema de defensa técnica y especializada es constitucional dado que garantiza que a los integrantes de la Fuerza Pública en ejercicio de su misión constitucional se les asegure una defensa técnica apropiada, en atención a que ejercen una labor peligrosa y en virtud del principio de correspondencia. En este caso se hace hincapié que la garantía de esta defensa no pueden entenderse como un privilegio, sino como una prerrogativa propia de quienes pertenecen a un régimen especial de función por el uso de las armas y por la actividad riesgosa en que se encuentran.

Igualmente se ha dispuesto que la reglamentación que se expida para el ejercicio de este derecho debe tener en cuenta criterios de distribución proporcional a fin de asegurar que aquellos cubran la defensa de aquellos integrantes de la fuerza pública que no cuentan con rentas e ingresos suficientes para sufragar su defensa y que la destinación de los recursos se efectúe con arreglo a criterios de eficiencia y equidad.

Adicionalmente se explica que se debe garantizar en la defensa técnica en los tribunales penales internacionales especiales, ad hoc y mixtos, que se debe garantizar el debido proceso y el derecho de defensa a los investigados, procesados y condenados de crímenes graves al DIH y al DIDH.

Control de Constitucionalidad del Decreto Ley 775 de 2017[148]

39. El Acto Legislativo 1 de 2016 sobre el Procedimiento Legislativo Especial para la paz regula lo concerniente al control que debe realizar la Corte de los decretos leyes que expida el Gobierno para la implementación de los acuerdos de paz con las FARC-EP.

Específicamente, el artículo 2º de dicho Acto establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio, el cual quedará así:

Artículo transitorio. Facultades presidenciales para la paz. Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Las anteriores facultades no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos.

Los decretos con fuerza de ley que se dicten en desarrollo de este artículo tendrán control de constitucionalidad automático posterior a su entrada en vigencia. El procedimiento de revisión de constitucionalidad de estas disposiciones deberá surtirse por parte de la Corte Constitucional dentro de los dos meses siguientes a su expedición”.

40. En relación con dicho artículo la Corte ha establecido que para la realización del control de constitucionalidad de estos decretos leyes se debe hacer énfasis en que se trata de una facultad excepcional que no debe reemplazar el rol del legislador en ejercicio del principio democrático, dado que a pesar de la importancia que pueda tener la implementación de los acuerdos de paz en consonancia con el principio estructural de la paz, esto no puede llegar a justificar que se desplace la función legislativa en el ejercicio del principio democrático, para desarrollar dicha normatividad respetando los principios de democracia deliberativa y participativa, el principio consustancial de la división de poderes y la protección de los derechos de la minoría en este ejercicio.

Es decir que las facultades que se le otorgan al Presidente de la República para la expedición de decretos leyes para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, deben ser utilizadas de manera excepcional por parte del Gobierno para la implementación y desarrollo del Acuerdo Final y en todo caso tener en cuenta los principios de conexidad objetiva, estricta y suficiente, así como el criterio de estricta necesidad que han sido delimitados por la Corte en el juicio este tipo de normas[149].

41. La jurisprudencia de esta Corte ha indicado que la revisión de constitucionalidad de los decretos leyes dictados al amparo del artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 versa sobre

los aspectos formales relativos a la competencia del Presidente para regular el asunto y sobre aquellos asuntos competenciales derivados de la necesidad de conexidad entre la materia regulada y la implementación del Acuerdo, como las restricciones derivadas de la vigencia del principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos.

En los siguientes apartados la Sala analizará lo concerniente a los aspectos formales de carácter procedimental y competencial en el control del Decreto ley 775 de 2017.

Límites formales de carácter procedimental[150]

42. En el control formal la Corte ha dispuesto cinco requisitos que deben ser analizados al realizar el control de constitucionalidad de este tipo de decretos que han sido dispuestos en la jurisprudencia y que se expondrán brevemente a continuación.

Legitimación. Firma del Presidente de la República, Ministro o Director del Departamento Administrativo

43. Los decretos leyes que se expidan en ejercicio de estas competencias transitorias son de carácter gubernamental y por ende deben ser expedidos por el Presidente y el Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 115 de la C. Pol. que establece que, “(...) Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables (...)”[151].

En este requisito formal la Corte no solo tiene que constatar si el decreto ley fue firmado por el Presidente de la República y el Ministro o Director del Departamento Administrativo, sino que debe verificar si se trata del Ministro o Director Administrativo del ramo correspondiente a la materia correspondiente en el decreto ley, con lo se tiene que verificar si el contenido del decreto ley se corresponde con las competencias del Ministro o Director del Departamento, pudiéndose dar el caso que por el contenido temático que la competencia le corresponda a dos o más Ministros o Directores Administrativos dependiendo de la materia que se regula.

Temporalidad. Expedición dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016

44. El artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 dispone que los decretos con fuerza de ley para la implementación y desarrollo normativo del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, deben haber sido expedidos dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016. Como quedó dicho en la sentencia C-699 de 2016, que realizó el estudio de constitucionalidad de dicha reforma constitucional, “(...) la habilitación legislativa es entonces temporal pues solo puede ejercerse dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016”.

45. Del mismo modo la Corte ha resuelto el tema de establecer con certeza el momento de la refrendación popular, dado que el artículo 5º del Acto Legislativo 01 de 2016 condiciona la entrada en vigencia de dicho procedimiento legislativo especial para la paz al momento de la refrendación popular del acuerdo final. Igualmente la Corte ha resuelto la cuestión de si los 180 días deben ser contados como días calendario o días hábiles.

Sobre estos interrogantes en la sentencia C-160 de 2017[152] se dispuso que este proceso de refrendación culminó el 30 de noviembre de 2016, luego de que el Senado de la República aprobara el día 29 de noviembre de 2016 una proposición mediante la cual declaró cumplida la refrendación popular del Acuerdo Final, y la Cámara de Representantes hiciera lo propio el día 30 de noviembre.

Esta decisión se dio teniendo en consideración lo que se establece en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 1820 de 2016[153], en donde el legislador constató que la refrendación popular culminó, “(...) luego de un amplio debate de control político en el que participaron representantes de las más diversas posiciones ideológicas de la sociedad civil y con la expresión libre y deliberativa del Congreso de la República, como órgano de representación popular por excelencia mediante la aprobación mayoritaria de las Proposiciones números 83 y 39 del 29 y 30 de noviembre del presente año en las plenarias del Senado de la República y la Cámara de Representantes, respectivamente”.

Siguiendo este presupuesto normativo se subrayó que debe entenderse que el término de 180 días de vigencia de las facultades legislativas para la paz, comenzó a contarse a partir

del 1º de diciembre de 2016, es decir el día siguiente a la refrendación popular, y que culmina el día 29 de mayo del año en curso.

En la sentencia C-131 de 2017 se respondió a la cuestión de si el término de la refrendación debía contarse en días hábiles o corrientes. Sobre esta pregunta se citó la sentencia C-174 de 2017 en donde se puso de presente que no existe, desde el punto de vista constitucional, una regla precisa para determinar si los términos de días que utiliza la Constitución se refieren a días hábiles o a días continuos o calendario[154], y que la Corte ha interpretado que ciertos términos constitucionales relativos a días deben ser entendidos como calendario, mientras que otros se refieren a días hábiles.

Teniendo en cuenta lo anterior se indicó que la decisión de cada uno de estos asuntos depende si existe una razón válida para una u otra opción. De esta manera, se dispuso que los términos de días que prevean la realización de una cierta actividad ante una entidad pública, es decir, que no dependan de la exclusiva voluntad del sujeto para quien corre dicho término, sino cuya realización sólo sea posible durante los períodos de funcionamiento ordinario de la entidad pública, deben ser interpretados como hábiles[155]. Por el contrario, aquellos términos de días que se encuentren previstos para cierta actividad, cuya realización no dependa del período de funcionamiento ordinario de una entidad pública, sino que sean del exclusivo resorte del sujeto sobre quien recae la carga, han sido entendidos como días calendario[156].

En consideración a lo anterior se estableció que en aplicación de este criterio de interpretación lógica y razonable del texto constitucional, se concluye que el término de 180 días al que hace referencia el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 se refiere a días calendario, corrientes o continuos, dado que la expedición de los decretos ley por parte del Presidente de la República no depende del funcionamiento ordinario de otra entidad pública y, por consiguiente, el ejercicio de estas facultades legislativas puede ocurrir tanto en días hábiles, como no laborales y, en ese caso, ningún vicio de validez del decreto ley podría predicarse por este solo hecho[157].

Correspondencia del título del decreto ley con el contenido de este

46. La Corte estableció que por tratarse de una norma con fuerza y rango de ley resulta necesario que se cumpla con lo previsto en el artículo 169 de la C. Pol., que dispone que, “El

título de las leyes deberá corresponder precisamente con su contenido”, dado que en este caso a pesar de que se trata de facultades legislativas especiales al Presidente de la República para que expida este tipo de decretos con fuerza de ley no quiere decir que se omitan los requisitos generales para cualquier proyecto de ley expedido por el Congreso.

Precisión de la norma que habilita al Presidente para ejercer las potestades legislativas especiales

Motivación formal del decreto ley

48. Desde el punto de vista formal la Corte debe analizar si el decreto ley cuenta con una motivación, en donde se verificará si existen consideraciones que justifiquen la expedición de esta legislación por parte del Presidente de la República en ejercicio de las facultades especiales.

Límites formales de carácter material

49. Por tratarse un proceso excepcional de delegación por la vía de un Acto Legislativo de competencias al Presidente de la República para dictar los Decretos con fuerza de ley con la finalidad de “asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, la Corte debe verificar si el decreto ley objeto de revisión tienen conexidad objetiva, estricta y suficiente entre el decreto y el Acuerdo así como de la necesidad estricta[158].

Sobre la necesidad del cumplimiento de estos requisitos en la sentencia C-131 de 2017 se estableció que los decretos ley que son regulados en el artículo 2º del acto legislativo 1 de 2016 no son una atribución genérica o abierta al Gobierno para la producción legislativa, sino que por el contrario, son el resultado de una competencia excepcional, que se explica en la necesidad de expedir medidas para implementar un acuerdo de paz adoptado en el marco propio de la justicia transicional.

Se dijo además que esta atribución materializa una competencia gubernamental que no está precedida de debate democrático alguno para su ejercicio, ni menos de la representatividad de la oposición o de otras formas de minorías políticas, y por tal razón

resulta pertinente que el control de constitucionalidad que se realice sobre estos decretos verifique de una manera estricta el cumplimiento de los límites materiales que justifican y fundamentan la habilitación legislativa especial.

50. Con relación al requisito de la conexidad se ha dispuesto que se debe acreditar un vínculo material entre la medida adoptada en el decreto ley y el Acuerdo Final. Sobre este requisito se ha hecho énfasis en que la verificación de la conexidad no significa que este último constituya un parámetro de control de constitucionalidad, sino que representa un referente hermenéutico en consonancia con el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, con miras a la implementación del Acuerdo Final. Esta conexidad debe ser objetiva, estricta y suficiente, características que también han sido definidas por la propia jurisprudencia de la Corte en el análisis de constitucionalidad de estos decretos.

51. Sobre la conexidad objetiva[159] la Corte ha establecido que se refiere a la necesidad de que el Gobierno demuestre un vínculo general, cierto y verificable entre la materia del decreto y el Acuerdo Final. Para la existencia de un vínculo general, cierto y verificable entre la normatividad expedida y el Acuerdo Final de Paz es necesario verificar si el decreto ley tienen relación con alguno o algunos de los seis puntos del Acuerdo, que son: (i) el desarrollo agrario integral; (ii) la participación en política, en particular de los integrantes de los grupos armados alzados en armas; (iii) el fin del conflicto armado; (iv) las drogas ilícitas; (v) los derechos de las víctimas; y (vi) la implementación, verificación y refrendación de los acuerdos.

Sobre este punto se debe analizar si el decreto ley en estudio está orientado y tiene como finalidad el de facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera con las FARC-EP, firmado el 24 de noviembre de 2016 en el Teatro Colón de Bogotá. En este punto la Corte tiene que comprobar si el decreto ley que pretende implementar el Acuerdo no regula materias diferentes que rebasen el ámbito de aquellos asuntos necesarios para su desarrollo.

En cuanto a la conexidad estricta, se exige un vínculo directo, no incidental ni accesorio, entre el decreto expedido y un aspecto específico del Acuerdo Final. Se trata de un juicio de finalidad o conexidad teleológica, y se refiere a la carga argumentativa para el Gobierno consistente en demostrar que el objetivo del desarrollo normativo contenido en el decreto

ley pretende de manera precisa implementar un aspecto definido y concreto del Acuerdo de Paz. En este juicio la Corte debe estudiar si se trata de una relación directa entre la regulación expedida y el aspecto específico del Acuerdo, identificado por el Gobierno, lo que descarta vínculos accidentales o accesorios como justificaciones del ejercicio de las facultades presidenciales para la paz.

52. El requisito de conexidad estricta se previó inicialmente en la sentencia C-699 de 2016. Luego, en la sentencia C-160 de 2017 se estableció el alcance del presupuesto y se precisó que también corresponde a un juicio de finalidad en el que se adelanta un análisis de dos niveles, entre los que se encuentra: (i) la identificación del contenido preciso del Acuerdo y (ii) la verificación del vínculo entre la medida y el contenido en mención. La constatación de que el ejercicio de las facultades presidenciales para la paz busca facilitar o asegurar la implementación del Acuerdo Final también se adelantó en las sentencias C-174 y C-224 de 2017 bajo el presupuesto de “conexidad externa o teleológica”. Asimismo, en la sentencia C-289 de 2017 se realizó un juicio de finalidad, dirigido a determinar si el decreto ley se emitió con el fin de implementar o desarrollar el Acuerdo Final.

La Corte ha considerado que la amplitud de esas materias no supone una concepción genérica de la habilitación legislativa extraordinaria, dado que esta interpretación lo que conduce es a desconocer la naturaleza estrictamente limitada de la competencia gubernamental de producción legislativa. Del mismo modo, se ha establecido que una visión amplia de la utilización de este mecanismo respecto a la generalidad de las materias, significaría un desequilibrio de los poderes públicos a favor del Ejecutivo, “quien quedaría investido de una facultad omnímoda para regular los más diversos aspectos de la vida social, en grave perjuicio del principio democrático y de la separación de poderes”[160].

53. Igualmente se ha dispuesto que la valoración de la conexidad estricta supone una labor en dos niveles: externo e interno[161]. En la valoración externa el Gobierno deberá identificar cuál es el contenido preciso del Acuerdo que es objeto de implementación y se incumpliría con este requisito (i) si el Gobierno no identifica de manera exacta el contenido del Acuerdo Final que pretende desarrollar, o (ii) si no existe un vínculo verificable entre esa materia precisa y los contenidos del decreto ley respectivo, de manera que la norma extraordinaria regule asuntos diferentes a los del Acuerdo Final, los cuales deben ser en toda circunstancia tramitados a través del procedimiento legislativo ordinario. En la

valoración interna el Gobierno debe mostrar el vínculo entre las motivaciones del uso de las Facultades Presidenciales para la Paz y la regulación efectivamente expedida. Esta condición se incumple cuando las motivaciones expuestas por el Gobierno no guarden coherencia con lo efectivamente regulado.

54. En torno al requisito de la conexidad suficiente[162] está relacionado con el grado de estrecha y específica proximidad entre la regulación prevista en el decreto ley respectivo y el contenido preciso del Acuerdo que se pretende implementar. En este sentido las argumentaciones del Gobierno que sean genéricas y las relaciones incidentales o indirectas entre el decreto ley correspondiente y el contenido preciso del Acuerdo Final, desconocerán este presupuesto e implicarán un ejercicio excesivo de las facultades extraordinarias conferidas por artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016, “pues no mostrarían un vínculo indiscutible entre la legislación extraordinaria y la materia específica e identificada del Acuerdo Final que se supone que el gobierno pretende desarrollar o implementar”[163].

Para verificar si con la utilización de la potestad legislativa por parte del Gobierno podría derivar en la vulneración del principio de separación de poderes y la vigencia del modelo constitucional democrático la Corte tiene que analizar la necesidad estricta[164] en la utilización de estas potestades. La Sala ha reiterado el carácter limitado de la habilitación legislativa extraordinaria por parte del Gobierno, dado el origen derivado que tienen las facultades de producción normativa del Presidente. Igualmente ha resaltado que esta naturaleza se fundamenta, a su vez, “en el déficit de deliberación y de representatividad de las minorías políticas que es connatural a la adopción de los decretos con fuerza de ley, pero que se compensa en el debate en el Congreso al conceder la autorización legislativa al Presidente, con precisión y claridad”[165].

En este caso lo que se pretende garantizar es que la actividad ordinaria del Congreso no se limite por el carácter limitado y excepcional de la habilitación legislativa extraordinaria al Gobierno, pues la regla general para la producción normativa en el Estado constitucional es que el órgano legislativo tenga la competencia para expedir las leyes, dado que esta instancia cuenta con niveles suficientes de representatividad democrática, deliberación y protección de los derechos de participación, en particular de las minorías.

55. Sobre este requisito la Corte ha dispuesto que la excepcionalidad de la facultad legislativa por parte del Gobierno tiene que demostrar dos aspectos. En primer lugar, (i) que el trámite legislativo ordinario no es idóneo para regular la materia objeto del decreto y en segundo término, (ii) que el procedimiento legislativo especial de que trata el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016 tampoco cumple con tal idoneidad[166].

56. Además se ha dispuesto que la acreditación por el Gobierno del requisito de necesidad estricta no se suple simplemente con exponer criterios de conveniencia política o de eficiencia en la expedición normativa, sino que exige un estándar mayor consistente en la demostración acerca de la falta de idoneidad del mecanismo legislativo ordinario y especial, en virtud de las condiciones de urgencia mencionadas. En otras palabras, lo que le corresponde al Ejecutivo es establecer, dentro de los considerandos de los decretos extraordinarios, que el uso de la habilitación legislativa especial es imperioso para regular la materia específica de que trata el decreto respectivo.

Del mismo modo la Corte tiene que verificar que no se trate de asuntos expresamente excluidos de la regulación mediante la habilitación legislativa extraordinaria. Como quedó expuesto se dispone en el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 que las facultades legislativas excepcionales que tiene el Gobierno para implementar los acuerdos no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos.

57. También se ha hecho énfasis en que no resultará válida desde la perspectiva constitucional, la utilización de la habilitación legislativa extraordinaria para la regulación de asuntos que, por su naturaleza, requieren de mayor discusión democrática y que, por lo mismo, están sometidos a reserva estricta de ley. A este respecto se debe resaltar la sentencia C-699 de 2016 en la cual se dijo que no pueden usarse las facultades extraordinarias para regular asuntos sujetos a reserva de ley “(...) que no estén mencionados en el artículo 150-10 de la Carta Política o en el artículo 2 acusado, tales como la restricción de la libertad de expresión, la creación de delitos o el incremento penas (CP arts. 29 y 93)[167]”.

58. Se concluye que en el control material de los decretos ley dictados en ejercicio del

artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 es el de servir de medio para la implementación del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP, respecto de aquellos asuntos eminentemente instrumentales y que, por lo mismo, no están supeditados a la comprobación de un grado de deliberación democrática suficiente. Por el contrario, cuando se trate de materias propias del Acuerdo que han sido consideradas como de reserva estricta de ley y, por esa razón, requieren de dicho grado de deliberación, entonces deberá hacerse uso del trámite legislativo, bien sea ordinario o especial.

Así mismo que los decretos leyes adoptados con base en esa habilitación deben ser conexos a precisos contenidos del Acuerdo Final y no podrán versar sobre los asuntos excluidos en la reforma constitucional y, de una manera más general, resultan excluidos aquellos temas que no deban ser imperiosamente regulados a través del mecanismo de los decretos leyes, al requerir estar precedidos de un debate democrático calificado.

59. Una vez realizada la exposición de los requisitos formales y materiales de carácter procedimental para el ejercicio del control de constitucionalidad de los decretos leyes adoptados con base en las facultades extraordinarias previstas en el artículo 2º Acto Legislativo 1 de 2016, se realizará el estudio de constitucionalidad formal y material del Decreto Ley 775 de 2017.

Análisis de constitucionalidad del Decreto ley 775 de 2017

En el siguiente acápite la Sala realizará el análisis formal y material del Decreto Ley 775 de 2017, teniendo en cuenta los requisitos analizados en el capítulo precedente.

Análisis formal

60. La Corte debe analizar cinco aspectos en consonancia con el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 y el artículo 115 de la C. Pol. En primer término (i) si el decreto ley fue expedido por el Presidente, por el Ministro o el Director del Departamento Administrativo correspondiente; (ii) si el decreto ley fue expedido dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016; (iii) si existe correspondencia entre el Título del decreto ley y el contenido de éste; (iv) si reposa la precisión en el decreto ley de la norma que habilita al Presidente de la República para ejercer estas facultades; y (v) verificar motivación del decreto ley en estudio.

Firma del Presidente de la República, Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente

Con relación al primer presupuesto constata la Corte que el Decreto ley 775 de 2017 fue expedido y firmado por el Presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón y por el Ministro de Defensa Nacional Luis Carlos Villegas, que es la cartera que materialmente se encuentra relacionada con el contenido del decreto ley objeto de revisión, dado que se refiere a la defensa técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, financiada por el Fondetec a los miembros activos o retirados ante el SIVJRYNR, por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Expedición dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016

61. Encuentra la Sala que se cumple con este requisito dado que el Decreto ley 775 de 2017 fue expedido el dieciséis (16) de mayo de 2017, trece días antes del vencimiento del plazo para el ejercicio de las facultades especiales del Presidente de la República, y dentro del término de vigencia que se establece en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 que es hasta el 29 de mayo de 2017.

Correspondencia del Título del Decreto ley con el contenido

Así mismo, el inciso segundo del mismo artículo señala que para efectos de la prestación del servicio de defensa técnica en el marco del SIVJRYNR, no se excluyen las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, “siempre que éstas sean conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. El artículo 2º se refiere a la vigencia del decreto ley que rige a partir de su publicación.

Como se puede comprobar el contenido del Decreto ley se corresponde con el título ya que se refiere a normas referentes a que el Sistema de Defensa Técnica y Especial de los miembros de la Fuerza Pública financiado por el Fondetec para que preste los servicios de defensa técnica en el Sistema de Verdad Justicia Reparación y Condiciones de No Repetición.

Teniendo en cuenta lo anterior la Corte estima que se cumple con el requisito de correspondencia entre el Título y el contenido del Decreto ley 775 de 2017.

Precisión de la norma que habilita al Presidente de la República para ejercer las potestades legislativas especiales

63. El Decreto ley 775 objeto de revisión establece que el Presidente de la República lo expide “En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 ‘Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” con lo cual se cumple con este requisito.

Motivación formal del decreto ley

64. El Decreto ley 775 de 2017 cumple con el requisito de la motivación dado que el Gobierno a través de 31 considerandos enuncia las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, los artículos constitucionales, la legislación interna y la jurisprudencia que desarrolla la temática de la defensa técnica a los miembros de la Fuerza Pública, así como la conexidad que tiene esta regulación con el Acuerdo Final de Paz, con lo cual también se cumple con este requisito.

Conclusión sobre el análisis formal de carácter procedimental

65. Una vez analizados los aspectos formales del Decreto ley 775 de 2017 concluye la Corte que se cumplieron con los requisitos que ha establecido el Acto Legislativo 01 de 2016, la Constitución y la jurisprudencia de la Corte para la expedición de este tipo de decretos con fuerza de ley de carácter especial y excepcional.

Análisis formal de carácter competencial

66. La Corte estableció que en el análisis de los decretos con fuerza de ley expedidos con fundamento en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 una serie de requisitos para verificar si se cumplió con la motivación suficiente, en donde se debe verificar si se produjo la conexidad objetiva, estricta y suficiente entre el Decreto ley y el Acuerdo Final de Paz, así como el requisito de la estricta necesidad que pueda llegar a justificar la aprobación de

esta regulación por la vía expedita del Gobierno.

Sobre el análisis material del Decreto Ley 775 de 2017, la mayoría de los intervinientes consideraron que se cumplieron con estos requisitos. Sin embargo, para el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, no se cumplió con los requisitos de conexidad estricta y suficiente, ni con la necesidad estricta en la expresión “por causa, con ocasión o”, del inciso primero y en todo el inciso 2º del artículo primero, dado que excede los fines y principios fijados en el Acuerdo Final, no tienen un carácter urgente y necesario y además no se corresponde con el eje central del Acuerdo de Paz que consiste en proteger los derechos de las víctimas.

Teniendo en cuenta lo anterior pasa la Corte a verificar si se cumplieron con los requisitos materiales con la expedición del Decreto ley 775 de 2017 de conexidad objetiva, estricta y suficiente, y el de necesidad estricta.

Requisito de la conexidad objetiva, estricta y suficiente:

67. Como se explicó anteriormente este requisito consiste en comprobar un vínculo material entre las medidas adoptadas en el Decreto Ley 775 de 2017 y el Acuerdo Final de Paz firmado el 24 de noviembre de 2017 entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP. En este requisito se tiene que comprobar la conexidad objetiva, estricta y suficiente.

Conexidad objetiva

68. Ha de constatarse que el Gobierno haya demostrado de manera genérica un vínculo cierto y verificable entre el contenido del Acuerdo Final y las materias contenidas en el decreto ley respectivo, para comprobar si este está orientado y tiene como finalidad el de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo del Acuerdo Final de Paz que se refieren al (i) el desarrollo agrario integral; (ii) la participación en política, en particular de los grupos armados en armas; (iii) el fin del conflicto armado; (iv) el problema de las drogas ilícitas; (v) los derechos de las víctimas; y (vi) la implementación, verificación y refrendación de los acuerdos.

Así mismo se debe analizar que el decreto ley no puede regular aspectos diferentes o que rebasen el ámbito de aquellos asuntos imprescindibles para el proceso de implementación,

ya que se desconocería este presupuesto cuando la materia regulada, aunque en un primer momento se advierta que está vinculada con el Acuerdo Final de Paz termina por regular asuntos que excedan el proceso de implementación.

69. Como se ha venido explicando Decreto ley 775 de 2017 consta de dos artículos el primero de ellos establece en su inciso primero que se faculta al SDTYEMFP, financiada por Fondetec - “(...) para prestar el servicio de defensa técnica a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública ante el SIVJRYNR, por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”.

El inciso segundo determina que, “Para efectos de la prestación del servicio de defensa técnica, en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJRNR, no se excluyen las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013, siempre que éstas sean conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”. Finalmente, el artículo 2º sobre la vigencia indica que, “El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación”.

70. Como puede observarse el Decreto Ley 775 tiene como objetivo la ampliación defensa técnica y especializada que se establece para la Fuerza Pública a cargo del Fondetec, para los miembros activos o retirados ante el SIVJRYNR, por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, así como la eliminación de la exclusión de los delitos que se encuentran referidos en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013.

En la motivación del decreto ley se establece que la temática regulada desarrolla el punto 5.1.2. del Acuerdo Final relacionado con Justicia y con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que en el punto II establece los contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistía e indultos así como de otros tratamientos especiales en el SIVJRNR. En dichos apartados se establece un tratamiento especial diferenciado para los agentes del Estado, y a la vez equitativo y simétrico, que garantice su derecho a la defensa.

En el Acuerdo Final se dispuso la creación de la JEP que contempla el SIVJRNR. Allí se establece que en las actuaciones que se hagan ante el Sistema de Verdad, Justicia,

Reparación y Condiciones de No Repetición se respetarán los derechos fundamentales de las víctimas y de los procesados al derecho de defensa y debido proceso. Igualmente que en los tratamientos de justicia se aplicará a los agentes del Estado un tratamiento equilibrado, equitativo, simultáneo y simétrico cuando se sometan a dicha Jurisdicción, y que el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita, así como que el interesado puede acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia como por ejemplo el Sistema Técnico y Especializado para la Fuerza Pública establecido en la Ley 1683 de 2013 financiado por el Fondetec.

Se subraya que en el Acuerdo Final de Paz se establece que este Sistema que tiene como eje principal el derecho de las víctimas a la verdad, justicia reparación y condiciones de no repetición se debe asegurar en todo caso los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública que estén investigados, procesados o condenados por causa por conductas penales o disciplinarias, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

71. Estos elementos generales de conexidad objetiva, se complementan a su vez con elementos puntuales del Acuerdo Final que se vinculan con el contenido del Decreto ley 775 de 2017. En efecto como se establece en los propios considerandos del decreto ley[168] en el numeral 32 del punto 5.1.2. se consagra que, “(...) El componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico”[169].

72. De otro lado, se verifica la conexidad objetiva concreta en el numeral 34 del mismo punto 5.1.2.[170], en donde se consagra en el SIVJRN los contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos, y en el que se establece que, “el tratamiento de justicia para los integrantes de las FARC-EP, para los agentes del Estado y para otros actores que hayan participado en el conflicto, ya sea como combatientes o como no combatientes, cuando hayan cometido delitos, puede ser diferente pero equilibrado y equitativo”[171].

Igualmente se aprecia este vínculo objetivo entre el Acuerdo Final de Paz y el Decreto Ley, con el numeral 46 del SIVJRN del punto 5.1.2. en donde se establece que, “(...) El Estado

ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa -gratuita si el solicitante careciere de recursos-, que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados y cuyo mecanismo de selección será acordado por las partes antes de entrar en funcionamiento el componente de justicia del SIVJNR. A decisión del interesado, se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia”[172].

Teniendo en cuenta lo anterior comprueba la Corte que el Decreto ley 775 de 2017 desarrolla elementos generales y puntuales relacionados con el Acuerdo Final de Paz, específicamente en la implementación del punto 5.1.2 sobre el SIVJNR cumpliéndose de este modo con el requisito de conexidad objetiva.

73. Como se pudo verificar el contenido del decreto ley en estudio se relaciona objetivamente con el Acuerdo Final de manera general dado que tiene como finalidad establecer que el SDTYEMFP financiado por el Fondetec se extienda a los miembros de la Fuerza Pública que de manera diferenciada, pero equitativa, equilibrada y simétrica deseen someterse al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y condiciones de No Repetición.

74. Finalmente también se puede comprobar que de manera concreta o puntual el Decreto ley en estudio se relaciona con los numerales 32, 34 y 46 del punto 5.1.2. contenido en el punto 5 sobre Justicia y Derechos de las Víctimas del SIVJNR del Acuerdo Final, que tiene como eje central los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición, en donde se debe garantizar el derecho de defensa y el debido proceso de los agentes del Estado, como los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren investigados, procesados o condenados por delitos o faltas disciplinarias relacionadas con el servicio, en el marco del conflicto armado interno.

Conexidad estricta

75. Este requisito exige un vínculo directo, no incidental ni accesorio, entre el decreto expedido y un aspecto o compromiso del Acuerdo Final de Paz en donde se tiene que realizar un juicio de finalidad o de conexidad teleológica. En el análisis de este elemento se tiene que valorar conexidad estricta a nivel externo e interno.

1) En la conexidad estricta a nivel externo considera la Sala que el Gobierno identifica en

los considerandos 15, 16, 17, 18 y 19 del Decreto ley que se está desarrollando el punto 5.1.2. del Acuerdo Final sobre el SIVJNR y específicamente lo que se establece en el numeral 32 sobre el tratamiento diferenciado a los miembros de la Fuerza Pública en los delitos que hubieran cometido conductas disciplinarias o penales que tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado por causa o con ocasión de éste.

También existe conexidad externa con el numeral 34 del Acuerdo Final de Paz sobre el tratamiento diferente pero equilibrado y equitativo para los agentes del Estado y con el numeral 46 que dispone que el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita si el solicitante careciere de recursos, “(...) que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados y cuyo mecanismo será acordado por las partes antes de entrar en funcionamiento el componente de justicia del SIVJNR y que a decisión del interesado, se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia”.

76. En consideración a lo anterior la Sala estima que se cumple con el requisito de conexidad estricta a nivel externo ya que se comprueba la conexidad finalística y teleológica entre el Decreto ley en estudio y el Acuerdo Final de Paz. Sobre este punto se comprueba que el Gobierno fundamenta explícitamente que la expedición del Decreto Ley se justifica en aras a la implementación del Acuerdo Final que establece que agentes del Estado como los miembros de la Fuerza Pública cuentan con un sistema de defensa técnica y especializado que garantice sus derechos de defensa y debido proceso en las actuaciones que se realicen ante el SIVJNR.

77. Esta regulación a su vez se justifica concretamente en los considerandos generales y puntuales del Decreto ley en el entendido que la garantía de los derechos al debido proceso y de defensa se establecen como una forma de proteger los derechos fundamentales de los procesados, pero también con el objetivo de cumplir con los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición, dado que lo que se busca es que la defensa técnica y especializada pueda llevarse a cabo los presupuestos básicos que se proponen en el sistema de justicia transicional.

78. Así en las motivaciones se hace referencia a las normas constitucionales que justifican el contenido del Decreto Ley como el artículo 22 de la C. Pol. que establece que la paz es un derecho fundamental; el artículo 29 sobre el derecho al debido proceso en donde se

específica que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado jurídicamente culpable, y en donde se dice que el sindicado tiene el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado, escogido por él, o de oficio durante la investigación y el juzgamiento; y con el artículo 229 de la C. Pol. sobre el derecho de la persona a acceder a la administración de justicia y cuándo lo puede realizar sin necesidad de abogado.

79. Igualmente, que dicha regulación se consagra en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, en donde se establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma inocente, y a que tenga un juicio público en el que se aseguren todas las garantías procesales de defensa; y el artículo 8º literal d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)[173], en donde se consagran un conjunto de garantías judiciales que integran el debido proceso judicial como derecho fundamental, y especialmente el derecho que tiene inculcado del defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección[174].

Además de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad referidas, se cita la Ley 1698 de 2013 que crea el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, que se configura como un conjunto de estrategias, programas, medidas preventivas y herramientas jurídicas, técnicas financieras y administrativas orientadas a garantizar a favor de los miembros de la Fuerza Pública, que así lo soliciten el derecho a la defensa y una adecuada representación en instancias disciplinaria, penal ordinaria y especial.

80. De otro lado se hace referencia en los considerandos 11 y 12 a las Sentencias C-044 y C-745 de 2015, para especificar que de acuerdo al precedente de esta Corporación el Sistema de Defensa Técnica lo que busca es garantizar el cumplimiento de compromisos internacionales para facilitar la defensa técnica, beneficios para los miembros de la Fuerza Pública, que no puede ser entendidas como un privilegio, sino como una prerrogativa para el tipo de labor que prestan al Estado y a la comunidad y que se justifica por el riesgo especial permanente al que están expuestos sus integrantes.

Además de estos considerandos se indica que el contenido del Decreto ley se vincula con el punto 5.1.2. sobre el SIVJNR que establece un tratamiento equitativo y simétrico pero

diferenciado a los miembros de la Fuerza Pública. De otro lado en el considerando 22 se cita el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016 “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, que establece en el parágrafo que los miembros de la Fuerza Pública, podrán acudir, además al Fondo de Defensa Técnica o Fondetec o a abogados miembros de la Fuerza Pública para su defensa.

Comprueba la Corte que en las motivaciones del Decreto ley en estudio se explica suficientemente el uso de las facultades presidenciales para la paz y la regulación efectivamente expedida y se guarda coherencia con lo efectivamente regulado, con lo cual se cumple con este requisito.

Conexidad suficiente

81. Como se explicó, este requisito exige que el vínculo demostrado se sustente por sí solo, de manera indiscutible y sin necesidad de argumentos colaterales, para que se evidencie la específica y estrecha proximidad entre lo regulado y el contenido preciso del Acuerdo Final que se pretende desarrollar.

Como se ha venido señalando el Decreto ley 775 de 2017 consta de dos artículos el primero titulado “Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública” y el segundo regula la “Vigencia”. El primer artículo se compone a su vez de dos incisos:

(i) El inciso primero establece que se faculta al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por el Fondetec para prestar el servicio de defensa técnica a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

(ii) El inciso segundo establece que, “Para efectos de la prestación del servicio de defensa técnica en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR, no se excluyen las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7 de la Ley 1698 de 2013, siempre que éstas sean conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto

armado”.

82. Las conductas que se encuentran excluidas del SIVJNR son las conductas principales relacionadas con los delitos i) contra la administración pública; ii) la libertad integridad y formación sexuales; iii) delitos contra la familia; iv) violencia intrafamiliar; v) delitos contra la asistencia alimentaria; vi) la extorsión; vii) la estafa; viii) el lavado de activos; ix) el tráfico de estupefacientes; x) el enriquecimiento ilícito; xi) delitos contra la fe pública; xii) delitos contra la existencia y seguridad del Estado xiii) delitos contra el régimen constitucional y legal definidos en los Títulos XVII y XVIII del Código Penal Colombiano, “entre otras”.

83. Dentro del Título XVII se encuentran los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado como los “Delitos de traición a la patria” que son en su orden: i) El menoscabo de la integridad nacional (artículo 455); ii) la hostilidad militar (artículo 456); iii) traición diplomática (artículo 457); iv) instigación a la guerra; v) atentados contra hitos fronterizos (artículo 459); vi) actos contrarios a la defensa de la Nación (artículo 460); vii) ultraje a emblemas o símbolos patrios (artículo 461); viii) aceptación indebida de honores (artículo 462). Del mismo modo en el Capítulo Segundo se encuentran: i) el espionaje (artículo 463); ii) la violación de tregua o armisticio; iii) la violación de la inmunidad diplomática (artículo 465); iv) la ofensa a diplomáticos. Por su parte en el Título XVIII se encuentran en el Capítulo Único referido a la “Rebelión, sedición y asonada”, los delitos de i) rebelión (artículo 467); ii) sedición (artículo 468); iii) asonada (artículo 469); iv) conspiración (artículo 471); v) seducción y usurpación y retención ilegal de mando (artículo 472).

84. Con relación al primer inciso del artículo 1º la Sala constata que resulta evidente que la medida adoptada tiene una conexión suficiente con el Acuerdo Final, ya que como se explicó desarrolla el punto 5.1.2. del Acuerdo de Paz sobre el tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico que se le debe garantizar a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública para la defensa técnica y especializada ante el SIVJNR por las conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, en especial el numeral 46 que establece que el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita -si el solicitante careciere de recursos-, que será acordado por abogados defensores debidamente cualificados.

85. El segundo inciso del artículo 1º también existe una estrecha y específica proximidad entre la regulación prevista en el Decreto Ley 775 de 2017 de incluir dentro del Sistema de Defensa Técnica y Especializada financiada por Fondetec las conductas penales que se encontraban excluidas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013[175].

En efecto, se especifica en el mismo numeral concretamente que estas conductas penales o disciplinarias hayan tenido lugar “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, para que se proporcione un sistema de defensa técnica especializada a los miembros de la Fuerza Pública.

En este caso las justificaciones generales y especiales del Decreto ley 775 de 2017 que establecen la necesidad de ampliar el SDTYEMFP activos o retirados que hubieran cometido conductas penales o disciplinarias, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno son suficientes, y se encuentran en consonancia con el artículo 29 de la C. Pol. sobre el debido proceso y el derecho de defensa y la asistencia técnica del procesado, así como con el artículo 229 de la Constitución Política sobre el acceso a la administración de justicia, dado que esta garantía le permite al procesado tener una asistencia letrada y especializada con delitos que tienen carácter privado son cometidos “por causa con ocasión o en relación directa con el conflicto armado”.

Requisito de necesidad estricta

87. En el caso del Decreto ley 775 de 2017 se explica en los considerandos 29, 30 y 31 que esta medida es estrictamente necesaria y urgente porque de acuerdo a la Ley 1820 de 2016 los miembros de la Fuerza Pública que decidan someterse al SIVJNRN tienen que suscribir un acta[176] donde se comprometen someterse a la JEP.

88. Se explica que dicha acta ya ha sido firmada por más de 1.800 integrantes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y que por este hecho es “(...) estrictamente necesario y urgente, que los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública tengan un servicio de defensa técnica adecuado al cual puedan acceder para poder someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual entra en funcionamiento en los próximos meses, para que se les garanticen los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y en particular a solicitar el servicio de defensa técnica y especializada” (considerando 29)[177].

De igual modo se indica en la fundamentación del Decreto ley 775 que dado que la Ley 1820 de 2016 sobre amnistía e indulto y tratamiento especial diferencial ya fue aprobada y entró en vigencia el pasado 30 de diciembre de 2016, se justifica y es estrictamente necesario ejercer las facultades extraordinarias previstas en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, porque se requiere que los miembros de la Fuerza Pública se acojan al SIVJRNR, y a los beneficios de la Ley 1820 de 2016, puedan acceder inmediatamente al SDTYEMFP financiado por Fondetec (considerandos 30 y 31).

89. Hay que resaltar que en las respuestas al cuestionario enviado el Ministerio de Defensa explicó que para ejercer la defensa técnica en el tratamiento penal especial diferenciado previsto en los artículos 45 a 50 de la Ley 1820 de 2016, se tiene un estimado de 5.401 militares requeridos por la justicia ordinaria y especializada, pero que se espera que este número se amplíe cuando entre en funcionamiento la JEP. Del mismo modo la Fiscalía estableció en su informe que según la base de datos de los Sistemas de Información Spoa se encontró un número de 62.184 procesos y 82.702 personas contra miembros de la Fuerza Pública, de los cuales 11.763 procesos y 22.691 personas se encuentran activos.

90. Sobre este mismo punto la Procuraduría enlistó un número actual de 776 procesos disciplinarios que podrían ser objeto de esta regulación y la Defensoría del Pueblo respondió afirmando que actualmente cuenta con un total de 38 contratistas que prestan el servicio en el Programa Penal Militar, y que ante la noticia de que aproximadamente 3.200 militares se acogerían a la JEP, la entidad no cuenta con los recursos ni la capacidad institucional para atender esta demanda.

Por su parte Presidencia de la República explicó que a 29 de junio de 2017, del total de usuarios activos en el sistema del Fondetec, el 59 %, serían candidatos a ingresar a la JEP, es decir un número de 782 usuarios y, por esto aduce que se hace estrictamente necesario y urgente que se implemente el Decreto ley 775, para que haga efectivo el sistema de defensa para los miembros de la Fuerza Pública implicados en delitos o conductas disciplinarias relacionadas directa o indirectamente por causa o con ocasión del conflicto armado para que se le garanticen a estos los derechos a la defensa, el debido proceso en un sistema equitativo y simétrico, pero diferenciado.

Hay que resaltar que el Colectivo de Abogados Alvear Restrepo destacó sobre este el

cumplimiento de este requisito dos puntos: (i) que echa de menos que se proveyera de un sistema de defensa técnica para las víctimas que son el eje del SVJNR y (ii) que considera que la eliminación de las exclusiones que se habían establecido en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013 debió realizarse por las vías ordinarias, ya que no considera que se requiera de manera estrictamente necesaria y urgente esta modificación por las vías del procedimiento especial en cabeza del Gobierno, sin una discusión en el Congreso sobre la necesidad y las implicaciones de esta modificación legal.

91. En relación con este presupuesto considera la Corte que se cumple con el requisito de necesidad estricta por la urgente necesidad de implementar un sistema de defensa técnica especializada para los miembros de la Fuerza Pública ante el SIVJNR, dado que en la actualidad no se cuenta con los abogados y la estructura necesaria para extender y adecuar este sistema de defensa en las conductas penales y disciplinarias que se hayan cometido por causa, por ocasión o en relación directa indirecta con el conflicto armado.

Del mismo modo, se comprueba que el trámite legislativo ordinario o especial no resulta idóneo dado que como explicaron algunos de los intervinientes en la parte probatoria y en las intervenciones, ya se encuentra en vigencia tanto el Acto Legislativo 01 de 2017 que estableció y reguló la Jurisdicción Especial de Paz (JEP) como la Ley 1820 de 2016 que en su Título IV (artículos 44 a 59) regula lo atinente a los tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado como en su Título V (artículo 60 sobre el Sistema de Defensa), establece el tratamiento que se le debe dar a los agentes del Estado y el sistema de defensa de estos.

92. Tampoco resultaría idóneo que se regule la posibilidad de que se faculte al SDTYEMFP financiado por el Fondetec, a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública ante el SVJNR por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno mediante el procedimiento legislativo especial para la paz de que trata el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016, dado que se necesita la implementación urgente y expedita de dicho sistema de defensa, en atención a que mediante el Acta de Compromiso se han acogido a junio del presente año 782 miembros de la Fuerza Pública, pero el número se estima que se aumentará a un número de 1.800 integrantes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Por esta razón considera la Sala que se evidencia la necesidad estricta de proveer un sistema de defensa técnica y especializada a los miembros de la Fuerza Pública, en garantía de la protección de los derechos fundamentales a la defensa y el debido proceso de estos.

93. En conclusión sobre este requisito considera la Sala que el artículo 1º del Decreto 775 de 2017 cumple con la necesidad estricta, dado que se requiere de manera expedita y urgente una regulación para proveer de DTYEMFP en el marco del SIVJNR que ya empezó a regir y que se estima que se aplique a más de 1.800 miembros de la Fuerza Pública por conductas penales y disciplinarias cometidas por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Como se ha venido sosteniendo la ampliación del Sistema de Defensa Técnica y Especializada provisto el Fondetec resulta necesario para garantizar los derechos fundamentales a la defensa y el debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren investigados, procesados o condenados por estas conductas con miras a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición.

Que no se trate de materias expresamente excluidas

94. En el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 se dispuso expresamente que las facultades legislativas excepcionales que tiene el Gobierno para implementar los acuerdos de paz no pueden ser utilizadas para expedir (i) actos legislativos; (ii) leyes estatutarias; (iii) leyes orgánicas; (iv) leyes códigos; (v) leyes que necesitan mayoría calificada o absoluta para su aprobación, ni (vi) para decretar impuestos.

En el caso concreto encuentra la Corte que el Decreto ley 775 de 2017 que se faculta al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, financiada por el Fondetec, para prestar el servicio de defensa técnica a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública no trata de materias reservadas, ya que no se trata de un acto legislativo, una ley estatutaria[178], una ley orgánica, un código, leyes que necesitan mayoría calificada o absoluta, ni una norma que se establece para decretar impuestos. Con lo cual se cumple con este requisito.

Control material del contenido del Decreto Ley 775 de 2017

95. Una vez efectuado el control formal, pasa la Corte a realizar el control sustantivo del contenido del Decreto ley 775 de 2017 especificando que el control de constitucionalidad que realiza la Corte sobre este tipo de decretos leyes expedidos en virtud de las facultades especiales contenidas en el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 no se circunscribe a verificar su compatibilidad con los límites de procedimiento y competencia, sino que se extiende a confrontar su correspondencia material con las demás normas constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario que conforman el bloque de constitucionalidad.

96. Como lo ha definido la jurisprudencia constitucional, el control de los decretos leyes dictados al amparo del artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, es: (i) expreso, toda vez que está consagrado en el tercer inciso del artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016; (ii) jurisdiccional, razón por la cual no se examina su conveniencia u oportunidad sino que se tiene como parámetro de control la Constitución Política que es preexistente al acto analizado, y se convierte en referente obligatorio para el escrutinio que adelanta la Corte; (iii) automático, en cuando no requiere una acción pública de inconstitucionalidad; (iv) participativo, ya que cualquier ciudadano puede intervenir en el proceso; (v) posterior, pues consiste en la revisión de un decreto ley promulgado que, en este caso, ya ha entrado en vigor; e (vi) integral, en tanto se debe revisar la totalidad de las disposiciones que lo conforman, tanto por vicios de fondo, como de procedimiento de formación.

97. Como se ha venido sosteniendo el Decreto ley 775 de 2017 es el resultado de la implementación del Acuerdo Final de Paz firmado entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP, en desarrollo del punto 5.1.2. sobre el SIVJRNR, que establece un tratamiento equitativo y simétrico, pero diferenciado a los miembros de la Fuerza Pública, en donde se provea de forma gratuita un sistema técnico y especializado a aquellos miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que no puedan solventarlo.

Esta prerrogativa se encuentra desarrollada específicamente en los numerales 32, 34 y 46 de dicho punto del Acuerdo de Paz. El numeral 46 específicamente señala que el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita – si el solicitante careciere de recursos- y que podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia.

“Artículo transitorio 12°, Procedimiento y reglamento, Los magistrados que integran la JEP estarán facultados para elaborar las normas procesales que regirán esta jurisdicción y que deberán ser presentadas por el Gobierno Nacional al Congreso de la República, incluido el régimen disciplinario aplicable a sus funcionarios que no sean magistrados. Estas normas deberán garantizar los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger abogado acreditado para ejercer en cualquier país, participación de las víctimas como intervinientes según los estándares nacionales e internacionales y los parámetros establecidos en el Acuerdo Final y doble instancia en el marco de un modelo adversarial. También regularán los parámetros que deberán ser utilizados por la JEP para evaluar si se han presentado o no incumplimientos de las condiciones del sistema, así como la forma de graduar en cada caso las consecuencias que tales incumplimientos acarreen, siempre dentro de los parámetros fijados en el Acuerdo Final(...)”[180].

Así mismo el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016[181] señala que,

“Artículo 60. Sistema de defensa jurídica gratuita. El Estado ofrecerá un sistema de asesoría y defensa gratuita para los beneficiarios de esta ley que aleguen carecer de recursos suficientes para una defensa idónea, respecto a los trámites y actuaciones previstas en ella, sistema que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados. A decisión del interesado se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia, a abogados miembros de la fuerza pública, empleados civiles del ministerio de defensa, a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que brindan asistencia a personas acusadas o condenadas por hechos o conductas relacionadas con el conflicto o a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que hayan brindado la asistencia jurídica al beneficiario durante su proceso penal o su condena. El Estado establecerá los necesarios convenios de financiación con las organizaciones de derechos humanos designadas por los beneficiarios con el fin de que todos los destinatarios de esta ley disfruten de un sistema de defensa con la misma idoneidad.

Parágrafo. Los miembros de la Fuerza Pública, podrán acudir, además, al Fondo de Defensa Técnica Fondetec o a abogados miembros de la Fuerza Pública”[182].

98. Como se estableció en la parte dogmática de esta providencia la paz es fin del Estado Social de Derecho en donde se hizo énfasis que se pueden implementar medidas de transición para la finalización del conflicto armado que se fundamenta los objetivos como la reconciliación, la eficacia de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado participativo y democrático[183].

99. Del mismo modo se resaltó que los procesos de justicia transicional, tienen como finalidad buscar el fin último de una paz estable y duradera en consonancia con el Preámbulo y el artículo 22 de la C. Pol. Se hizo énfasis en que este tipo de justicia busca (i) un proceso de transformación social, política y profunda; (ii) afrontar violaciones masivas de derechos humanos cometidas por particulares o por agentes del Estado; (iii) que estas normas no supongan la sustitución de la Constitución; (iv) que los valores que se pretenden proteger a través de las medidas de transición, la reconciliación, el fortalecimiento del Estado de derecho y la democracia; (v) para que de este modo se pueda llegar a la superación definitiva del conflicto.

100. Igualmente se estableció que los procesos de justicia transicional no pueden ir en detrimento de los derechos de las víctimas a su reparación integral, es decir a la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición, en donde el Estado está obligado a investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva, con las obligaciones de reparación que conllevan la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento a la situación anterior a la violación.

De otra parte se dispuso que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), las normas del derecho internacional humanitario (DIH) y las normas constitucionales establecen el derecho a la defensa técnica de los procesados, y de las víctimas en aras a que se cumplan con los principios de la justicia transicional de la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición.

101. Así mismo dispuso que esta defensa técnica debe ser (i) continua, (ii) específica; (iii) de calidad; (iv) asequible; (v) gratuita en los casos en que el procesado o la víctima no puedan proveerla; (vi) oportuna; (vii) idónea; (viii) imparcial y (ix) especial y que para el caso del Sistema de Defensa Técnica y Especializada (SIDETEC) la defensa técnica de los

miembros de la Fuerza Pública es (i) voluntaria porque sólo se provee a los miembros de la Fuerza Pública que así lo soliciten; (ii) restrictiva, porque excluye algunas conductas punibles y está sujeto a disponibilidad presupuestal y (iii) accesoria porque es posible acudir a la Defensoría del Pueblo o al abogado de confianza.

Una vez analizado los aspectos generales a tener en cuenta para el control de constitucionalidad del Decreto ley 775 de 2016 pasa la Corte a realizar el control puntual del inciso primero del artículo 1º y el artículo 2º sobre la vigencia.

Artículo 1º

El artículo primero consagra lo siguiente:

“Artículo 1. Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública. Facultase al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por el Fondo de Defensa Técnica y Especializada – FONDETEC- para prestar el servicio de defensa técnica y especializada a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno

Este artículo se puede dividir en cuatro partes:

(i) Que se faculta al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por el Fondo de Defensa Técnica y Especializada – FONDETEC – para prestar el servicio de defensa técnica y especializada ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición;

(ii) Que este servicio se prestará a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública; y

(iii) Que será por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

(iv) Que para efectos de la prestación del servicio de defensa técnica, en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJNR, no se excluyen

las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7 de la Ley 1698 de 2013 siempre que éstas sean conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Sobre el primer punto referido a que se faculta al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por el Fondo de Defensa Técnica y Especializada – Fondetec – para prestar el servicio de defensa técnica y especializada ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRYNR) encuentra la Sala que la norma es constitucional.

En este caso de lo que se trata es de extender el sistema de defensa técnica y especializada financiada por Fondetec al SIVJRYNR, y proporcionar un sistema de defensa idóneo para los miembros de la Fuerza Pública activos o retirados que en el marco del conflicto armado hubieren cometido algún delito o falta disciplinaria.

Como se estableció en la parte dogmática de esta providencia, la búsqueda de una salida negociada del conflicto armado a través del diálogo y la firma de un Acuerdo Final de Paz, da lugar a que se puedan establecer mecanismos de justicia transicional en donde los agentes del Estado como los miembros de la Fuerza Pública, puedan someterse a los mecanismos de justicia transicional y de esta manera garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición.

En este caso proveer por un Sistema de Defensa Técnica y Especializada para los miembros de la Fuerza Pública, que se sometan al SIVJRYNR, no vulnera la Constitución, dado que se encuentra en consonancia con el artículo 29 de la C. Pol sobre el debido proceso y el derecho a la defensa y a la asistencia técnica del procesado. Así mismo se encuentra en consonancia con el artículo 229 de la C. Pol. sobre el acceso a la administración de justicia, dado que esta garantía le permite al procesado tener una asistencia letrada, no solo para la defensa de sus propios intereses, sino para el entendimiento del sistema de justicia transicional y el cumplimiento pleno de los deberes hacía con las víctimas a su reparación integral.

102. Encuentra la Sala que la posibilidad de que los miembros de la Fuerza Pública que se sometan al Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y Condiciones de No Repetición se les posibilite una defensa técnica y especializada se corresponde con las normas

constitucionales y del bloque de constitucionalidad referidas a que en los procesos de justicia transicional se debe proveer de un sistema de asistencia letrada efectivo para los procesados.

En este sentido, se le debe facilitar al procesado las oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de su abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, y de forma confidencial, recibir una defensa técnica eficaz, competente, ininterrumpida y de calidad; y tener el derecho de poder cambiar a su abogado si así lo solicita.

Igualmente esta defensa técnica debe ser garantizada en todas las etapas en que se desarrolle el SIVJRYNR, de manera integral, es decir tanto en los procesos penales, disciplinarios, así como la responsabilidad civil que se genere y el cumplimiento de los compromisos propios del Sistema, que como se ha venido diciendo es la reparación integral a las víctimas y los derechos de estas a la verdad, justicia, reparación y condiciones de repetición.

103. De otro lado hay que resaltar que este sistema de defensa técnica que se extiende al SIVJRYNR debe cumplir con las características propias de la Ley 1698 de 2013, es decir que la defensa técnica y especializada será: i) voluntaria, porque solo se puede llegar a implementar si así lo solicita el imputado o procesado; ii) restrictiva, porque se excluyen las conductas punibles y disciplinarias que no tienen una relación directa o indirecta con el conflicto armado; iii) accesorio, porque el procesado o imputado puede acudir en todo caso a la Defensoría del Pueblo, para que le garantice su derecho de defensa a través del sistema ordinario de Defensoría Pública o al abogado de confianza; iv) gratuito para aquellos miembros de la Fuerza Pública que no tengan los recursos suficientes para poder financiar su defensa[184]; v) imparcial, oportuno e idóneo, vi) especializado porque se proveerá en materias propias del sistema penal, procesal penal, derecho operacional, derechos humanos, derecho internacional humanitario y en el conocimiento sustancial y procesal propio del SIVJRYNR, y finalmente vii) independiente o autónomo, ya que los defensores deben ejercer su labor sin acosos, persecuciones o sanciones en el ejercicio de su labor.

104. Como quedó dispuesto en las Sentencias C-044 de 2013 y C-745 de 2015, este Sistema

Técnico y Especializado de defensa técnica para los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública se justifica constitucionalmente porque los integrantes de la Fuerza Pública en ejercicio de su misión constitucional desarrollan una actividad peligrosa, y, por tanto el Estado está obligado, por el principio de correspondencia a garantizar una defensa técnica, teniendo en consideración que se desarrolla el uso legítimo de la fuerza en las tareas que desempeñan. En este caso se hizo énfasis que no se trata de un privilegio sino de una prerrogativa propia de los que ejercen esta función.

105. En suma, la extensión del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, financiada por el Fondetec, para prestar el servicio de defensa técnica y especializada en el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición (SIVJRYNR), es exequible ya que lo se trata es garantizar el derecho de defensa de los miembros de la Fuerza Pública que estuvieran procesados por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, y se justifica constitucionalmente en el marco de la justicia transicional y los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición.

106. Sobre el segundo apartado de la norma referido a que este servicio se prestará “a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública” encuentra la Sala que es constitucional. Si bien es cierto en una primera parte la regulación de la Defensa Técnica para la Fuerza Pública que se estableció en la Ley 1224 de 2008, era solo para los miembros de la Fuerza Pública activos, en la Ley 1698 de 2013, revisada por esta Corporación en las Sentencias C-044 de 2015 y C-745 de 2015, se extendió a los miembros de la Fuerza Pública retirados, pero que se encuentren procesados o condenados por conductas que se hayan cometido con ocasión del servicio cuando eran miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional.

En este caso la Corte considera que la extensión del Sistema de Defensa Técnica y Especializada financiada por el Fondetec a los miembros de la Fuerza Pública en actividad o retiro, se justifica constitucionalmente en garantía del derecho de defensa y debido proceso de estos miembros, y por el ejercicio de actividad peligrosa que desarrollan, en el marco del conflicto armado interno.

En tercer lugar que sobre que dicho servicio se prestará “por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno” encuentra la Sala lo siguiente.

107. En primer lugar que el Gobierno a través de sus facultades legislativas especiales estableció que las conductas penales o disciplinarias hayan tenido lugar i) por causa, ii) por ocasión o iii) en relación directa o indirecta con iv) el conflicto armado interno.

De otra parte “causa” se refiere a que esta conducta penal o disciplinaria se haya producido por un motivo o razón determinada propia del conflicto armado interno, por “ocasión” que se haya producido por un momento o circunstancia asociadas a éste, y por “relación directa o indirecta” debe ser entendido en todo caso como una conexión estrecha, cercana y suficiente con el conflicto armado interno[185], porque de no ser así no se trataría de conductas de carácter privado que no podrían estar sometidas al SIVJRYNR, y no podría extenderse el sistema de defensa técnica y especializada financiada por el Fondetec, sino acudir a los otros mecanismos de defensoría pública proveídos por el Estado, cuando no se tuvieran los recursos para sufragarlos.

108. Por último, sobre lo que se refiere a “conflicto armado interno”, hay que anotar que esta definición se encuentra contenida en el artículo 3º común del Protocolo II de los Convenios de Ginebra que hacen parte del Derecho Internacional Humanitario, en donde se define “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”.

109. Se explica en dicha regulación que en este conflicto pueden participar uno o más grupos armados no gubernamentales contra las fuerzas armadas gubernamentales, y se ha establecido que para distinguir entre un conflicto armado en el sentido del artículo 3º común y formas menos graves de violencia, como las tensiones y los disturbios interiores, los motines o los actos de bandidaje; la situación de violencia debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento que se refieren a un nivel mínimo de intensidad en donde el Gobierno tenga que recurrir a la fuerza militar, en lugar de las fuerzas de policía. Del mismo modo que los grupos armados no gubernamentales que participen en el conflicto deben ser considerados como “partes del conflicto”, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas, es decir que estas estén sometidas a cierta estructura de mando y la

capacidad de mantener las operaciones militares.

En el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra se dio una definición más restringida de “Conflicto Armado No Internacional” como aquel “que se desarrolla en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

110. Esta Corporación desde la Sentencia C-291 de 2007 se ocupó de definir “conflicto armado interno” y estableció que la determinación de un conflicto armado interno debe realizarse no en abstracto, sino en atención de cada caso en particular[186], y que para efectos de determinar en casos concretos si un conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes[187].

En Colombia, además del reconocimiento jurisprudencial de la existencia del conflicto armado interno se dio un reconocimiento legal en el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011 – Ley de Víctimas – que define el concepto de víctimas dentro del marco de dicha ley como “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”[191].

En la Sentencia C-781 de 2012 que realizó el control de constitucionalidad del artículo 3º de la Ley 1448 de 2011 se indicó que,

“Para la Corte la expresión ‘con ocasión del conflicto armado’, inserta en la definición operativa de ‘víctima’ establecida en el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, delimita el universo de víctimas beneficiarias de la ley de manera constitucional y compatible con el principio de igualdad, como quiera que quienes lleguen a ser consideradas como tales por hechos ilícitos ajenos al contexto del conflicto armado, aun cuando no sean beneficiarios de la Ley 1448 de 2011, pueden acudir a la totalidad de las herramientas y procedimientos ordinarios de defensa y garantía de sus derechos provistos por el Estado colombiano y su

sistema jurídico. La expresión ‘con ocasión del conflicto armado’, tiene un sentido amplio que cubija situaciones ocurridas en el contexto del conflicto armado. A esta conclusión se arriba principalmente siguiendo la ratio decidendi de la sentencia C-253A de 2012, en el sentido de declarar que la expresión “con ocasión de” alude a ‘una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado’. Esta conclusión también es armónica con la noción amplia de “conflicto armado” que ha reconocido la Corte Constitucional a lo largo de numerosos pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, de tutela, y de seguimiento a la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, la cual, lejos de entenderse bajo una óptica restrictiva que la limite a las confrontaciones estrictamente militares, o a un grupo específico de actores armados con exclusión de otros, ha sido interpretada en un sentido amplio que incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano. Estos criterios, fueron tenidos en cuenta por el Legislador al expedir la Ley 1448 de 2011 y constituyen criterios interpretativos obligatorios para los operadores jurídicos encargados de dar aplicación concreta a la Ley 1448 de 2011”[192].

112. Teniendo en cuenta lo anterior considera la Sala que extender el Sistema de Defensa Técnica y Especializada a los miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido conductas penales o disciplinarias “por causa, por ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno”, es constitucional siempre y cuando dichas conductas tengan una relación estrecha, cercana y suficiente con el conflicto armado interno y no por situaciones ajenas a esta que no tengan ninguna vinculación o conexidad, ni sea suficiente su relación.

113. Por último que para efectos de la prestación del servicio de defensa técnica, en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR, no se excluyen las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7 de la Ley 1698 de 2013 siempre que éstas sean conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, encuentra la Sala que es exequible porque de lo que se trata en este caso es garantizar la defensa técnica y especializada frente a tales conductas en tanto se halle esa conexidad con el conflicto.

114. En conclusión encuentra la Sala que el artículo 1º del Decreto Ley 775 de 2017 es

exequible en su integridad por proteger principios constitucionales relacionados con el derecho de defensa, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia contenidos en los artículos 29 y 229 de la C. Pol. y para fortalecer el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Repetición en garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, repetición y condiciones de no repetición, ya que lo que se permite es la garantía al procesado de obtener una defensa técnica y especializada que garantice sus derechos durante el procedimiento en el marco del Sistema.

Artículo 2º

El artículo 2º sobre la vigencia consagra lo siguiente:

Artículo 2º Vigencia El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación”.

El artículo 2º del Decreto Ley 775 de 2017 establece un solo contenido prescriptivo, esto es, la entrada en vigencia de la norma a partir “de la fecha de su publicación”. En relación con la vigencia de las normas, esta Corporación ha reconocido que el Legislador (en este caso extraordinario), goza de amplia potestad de configuración para establecer a partir de qué momento entra a regir una nueva disposición legal[193].

Así entonces, la decisión del legislador extraordinario para que el decreto ley sub examine tenga efecto desde su publicación, es decir el 16 de mayo del año en curso, concuerda plenamente con la Constitución, razón por la cual, la Corte no encuentra ningún reparo de constitucionalidad de esta disposición.

115. Por tanto, la Sala considera que el contenido normativo del artículo 2º del Decreto Ley 775 de 2017, se ajusta a la Carta, toda vez que es producto de la potestad de configuración del legislador extraordinario, quien es el encargado de definir la entrada en vigencia de los preceptos legales de su competencia y, en consecuencia, será declarado exequible.

Conclusiones Generales

La Corte verificó que se cumplieron con los requisitos formales dispuestos en el Acto Legislativo 01 de 2017 dado que se comprobó que el Decreto ley en estudio se expidió con la firma del Presidente de la República y del Ministro de Defensa, dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016; el título se corresponde

con el contenido del decreto ley; se establece con precisión la norma que habilita al Presidente de la República para ejercer las potestades legislativas especiales y se motivó formalmente el Decreto ley.

En relación con el análisis competencial se comprobó que el Decreto Ley 775 de 2017 cumplió con los requisitos de conexidad objetiva, estricta y suficiente, así como el de estricta necesidad. La Corte encontró que el Decreto Ley era exequible, dado que la ampliación del Sistema de Defensa Técnica y Especializada financiada por el Fondetec en el marco del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y Condiciones de no repetición se corresponde con el derecho de defensa técnica que deben tener los procesados, en la garantía de su derecho de defensa y debido proceso.

Por otro lado se comprobó que existe conexidad externa con el punto 5.1.2. del Acuerdo Final sobre el SIVJNRN y específicamente lo que se establece en el numeral 32 sobre el tratamiento diferenciado a los miembros de la Fuerza Pública en los delitos que hubieran cometido conductas disciplinarias o penales con tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado por causa o con ocasión de éste.

Igualmente se comprobó que existe conexidad externa con el numeral 34 del Acuerdo Final de Paz sobre el tratamiento diferente pero equilibrado y equitativo para los agentes del Estado y con el numeral 46 que dispone que el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita si el solicitante careciere de recursos que ha sido desarrollado a través del inciso primero del artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2017 que establece el procedimiento y reglamento de la JEP en donde se indica que se debe garantizar un sistema de defensa técnica y el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016 sobre amnistía e indulto que se refiere a que el Estado ofrecerá un sistema de asesoría y defensa gratuita para los miembros de la Fuerza Pública que aleguen no tener recursos en donde pueden acudir al Fondo de Defensa Técnica (Fondetec).

Así mismo se verificó que se cumplieron con los requisitos formales dispuestos en el Acto Legislativo 01 de 2017 dado que el Decreto ley en estudio se expidió con la firma del Presidente de la República y del Ministro de Defensa, dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016; el título se corresponde con el contenido del decreto ley; se establece con precisión la norma que habilita al Presidente de la

República para ejercer las potestades legislativas especiales y se motivó formalmente el Decreto ley.

En relación con el análisis competencial se comprobó que el Decreto Ley 775 de 2017 cumplió con los requisitos de conexidad objetiva, estricta y suficiente, así como el de estricta necesidad. En este sentido se estableció que el Decreto Ley era exequible, dado que la ampliación del Sistema de Defensa Técnica y Especializada financiada por el Fondetec en el marco del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y Condiciones de no repetición se corresponde con el derecho de defensa técnica que deben tener los procesados, en la garantía de su derecho de defensa y debido proceso.

Así mismo se estableció que existe conexidad externa con el punto 5.1.2. del Acuerdo Final sobre el SIVJNR y específicamente lo que se establece en el numeral 32 sobre el tratamiento diferenciado a los miembros de la Fuerza Pública en los delitos que hubieran cometido conductas disciplinarias o penales que tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado por causa o con ocasión de éste.

Igualmente se verificó que existe conexidad con el numeral 34 del Acuerdo Final de Paz sobre el tratamiento penal diferenciado pero equilibrado y equitativo para los agentes del Estado y con el numeral 46 que dispone que el Estado ofrecerá un sistema autónomo de asesoría y defensa gratuita si el solicitante careciere de recursos que ha sido desarrollado a través del inciso primero del artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2017 que establece el procedimiento y reglamento de la JEP en donde se indica que se debe garantizar un sistema de defensa técnica y el artículo 60 de la Ley 1820 de 2016 sobre amnistía e indulto que indica que el Estado ofrecerá un sistema de asesoría y defensa gratuita para los miembros de la Fuerza Pública que aleguen no tener recursos en donde pueden acudir al Fondo de Defensa Técnica (Fondetec).

De otra parte se estableció que el Decreto Ley 775 de 2017 era exequible porque crear un Sistema de Defensa Técnica y Especializada para los miembros de la Fuerza Pública, que se sometan al SIVJRYNR, se encuentra en consonancia con el artículo 29 de la C. Pol sobre el debido proceso y el derecho a la defensa y a la asistencia técnica del procesado, así como con el artículo 229 de la Constitución Política sobre el acceso a la administración de justicia, dado que esta garantía le permite al procesado tener una asistencia letrada y

especializada.

Finalmente se encontró ajustado a la Constitución la no exclusión dentro del Sistema de Defensa Técnica y Especializada las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7º de la Ley 1698 de 2013 siempre que hubieran tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

VII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el Auto 305 de junio 21 de 2017.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el Decreto Ley 775 de 2017, “Por la cual se dictan normas para que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondetec preste servicios de defensa técnica a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”.

Notifíquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-019/18

DECRETOS LEY DICTADOS EN EJERCICIO DE FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ- Requisito de estricta necesidad no debería analizarse en la revisión de los decretos ley expedidos en virtud de las facultades excepcionales constitucionales (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente RDL-014

Control automático de constitucionalidad del Decreto Ley 775 de 2017, “Por el cual se dictan normas para que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondetec preste servicios de defensa técnica a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.”

Magistrado Ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

1. Acompaño la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia C-019 de 2018, que declaró la exequibilidad del Decreto Ley 775 de 2017, “Por la cual se dictan normas para que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondetec preste servicios de defensa técnica a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.”
2. Pese a lo anterior, no comparto la inclusión ni alcance que, dentro del análisis de competencia, se ha dado a la estricta necesidad. Este requisito no fue establecido en el Acto Legislativo 01 de 2016, ni se infiere del mismo. Se trata, en cambio, de una creación jurisprudencial, que resulta superflua e innecesaria, como explico a continuación.
3. La denominada estricta necesidad es superflua dado que, dentro del test de competencia, se analiza si las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional satisfacen el

requisito de conexidad (objetiva, estricta y, por lo tanto, suficiente); elementos que, de configurarse, dan cuenta de la urgencia e imperiosidad de la expedición normativa al inscribirse en el marco de implementación del Acuerdo Final y, en esa medida no hace falta una carga argumentativa adicional en cabeza del Gobierno Nacional para justificar por qué las vías ordinarias adicionales no son adecuadas para la expedición de las normas contenidas en los decretos proferidos al amparo de las facultades especiales para la paz.

Aunado a lo anterior, si bien la Sala Plena, en su mayoría, afirma que el requisito de estricta necesidad persigue la protección del principio de separación de poderes, un eje axial de la Constitución, lo cierto es que este último se encuentra plenamente garantizado, a través de diversas medidas que sí fueron expresamente previstas en el Acto Legislativo 01 de 2016, y que se concretan en (i) el límite temporal, de 180 días para el uso de las facultades especiales, y (ii) la prohibición de expedir por esta vía contenidos propios de la competencia del Congreso de la República, como actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, códigos, leyes que requieran mayorías calificada o absoluta para su aprobación o leyes que decretan impuestos.

Por las razones expuestas, considero que el requisito de estricta necesidad no le es exigible al Gobierno y, en esta medida, la Corte no debería analizarlo en la revisión de los decretos ley expedidos en virtud de las citadas facultades excepcionales constitucionales.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

[2] “El término probatorio no podrá exceder de tres (3) días, contados a partir del día siguiente a la comunicación del auto que asuma conocimiento”.

[3] “Hecha la revisión y valoración del material probatorio, el magistrado sustanciador ordenará dar cumplimiento a las comunicaciones, traslados y fijaciones previstas en el auto

que asuma conocimiento”.

[4] Se recibió por parte de la Secretaría de esta Corporación oficios de este Ministerio fechados el 30 de mayo de 2017 mediante correo electrónico y el 31 de mayo en físico suscritos por el Doctor Carlos Alberto Saboya González, Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, en respuesta al OPC-175/17 y al OPC-176/17.

[5] Página 2 del Informe.

[6] “OBJETO DEL SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA: El Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, es responsable de financiar los servicios jurídicos que garanticen a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública una adecuada representación, para materializar el derecho fundamental a la defensa en las instancias disciplinarias o jurisdicción penal ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros Estados por excepción, previstas en la ley para cada caso, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto determine el Gobierno Nacional”.

[7] “EXCLUSIONES. Se excluyen de la cobertura del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública al que se refiere la presente ley, entre otras, aquellas conductas principales relacionadas con los delitos contra la administración pública, la libertad, integridad y formación sexuales, delitos contra la familia, violencia intrafamiliar, delitos contra la asistencia alimentaria, la extorsión, la estafa, lavado de activos, tráfico de estupefacientes, enriquecimiento ilícito, delitos contra la fe pública y los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado y contra el régimen constitucional y legal definidos en los Títulos XVII y XVIII del Código Penal Colombiano, respectivamente”.

[8] Página 5.

[9] Tal como lo prevé el Decreto 2369 del 26 de noviembre de 2014, que modifica parcialmente la estructura del Ministerio de Defensa Nacional.

[10] De conformidad con el Contrato No. 24 de 2014, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 12 de la Ley 1698 de 2013.

[11] La información fue suministrada por la Secretaría General de la Policía Nacional en Oficio No. S-2017-023167/SEGEN-ASPEN-1.10 de 30 de mayo de 2017, suscrito por el

Coronel Pablo Antonio Criollo Rey, Secretario General.

[12] “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

[13] Información suministrada por la Secretaria General de la Policía Nacional en Oficio No S-2017-023167/SEGEN-ASPEN-1.10 de 30 de mayo, suscrito por el Coronel Pablo Antonio Criollo Rey, Secretario General.

[14] “Por la cual se crea y organiza el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, y se dictan otras disposiciones”.

[15] Decreto Ley 775 de 2017.

[16] Artículo 13 de la Ley 1698 de 2013.

[17] Folio 12. Dice que cada proceso puede beneficiar a un usuario o más por defensa judicial, y que el anterior dato se tomó conforme la estadística de defensa en el procedimiento penal ordinario, penal militar, recurso extraordinario de casación y acciones de revisión.

[18] Página 14.

[19] Sistema de información de la Fiscalía General de la Nación para el Sistema Penal Oral Acusatorio.

[20] Antioquia 4, Atlántico 1, Bogotá 19, Bolívar 1, Huila 1, Magdalena 1, Norte de Santander 1, Santander 3, Tolima 1, Valle 6.

[21] Ley 1407 de 2010.

[22] Señala que en relación con el comportamiento de ingresos y terminaciones de procesos judiciales que tiene la Unidad de Defensores Públicos Penal Militar, en el segundo semestre de 2016 ingresaron 1342 procesos y se terminaron 1261. Por su parte, en los primeros tres meses del presente año, ingresaron 852 procesos y se terminaron 758, lo cual permite evidenciar una dinámica de crecimiento en la demanda del programa.

[23] “Art. 60. Sistema de Defensa Jurídica Gratuita. El Estado ofrecerá un sistema de asesoría y defensa gratuita para los beneficiarios de esta ley que aleguen carecer de recursos suficientes para una defensa idónea, respecto a los trámites y actuaciones previstas en ella, sistema que será integrado por abogados defensores debidamente cualificados. A decisión del interesado se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia, a abogados miembros de la fuerza pública, empleados civiles del ministerio de defensa, a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que brindan asistencia a personas acusadas o condenadas por hechos o conductas relacionadas con el conflicto o a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que hayan brindado la asistencia jurídica al beneficiario durante su proceso penal o su condena. El Estado establecerá los necesarios convenios de financiación con las organizaciones de derechos humanos designadas por los beneficiarios con el fin de que todos los destinatarios de esta ley disfruten de un sistema de defensa con la misma idoneidad. Parágrafo. Los miembros de la Fuerza Pública, podrán acudir, además, al Fondo de Defensa Técnica Fondetec o a abogados miembros de la Fuerza Pública”.

[24] Sobre la competencia, que se refiere a que sean adoptado por el Presidente de la República y por los ministros del ramo o director del Departamento Administrativo correspondiente. Explica que se cumple con este requisito, dado que el Decreto Ley 775 fue expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa quienes para estos efectos constituyen el Gobierno, y es parte de sus competencias.

[25] En cuanto al criterio de asignación de título normativo e invocación de las facultades para la paz, señala que el Decreto Ley, cumple a cabalidad este requisito ya que el título “Por el cual se dictan normas para que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondetec preste servicios de defensa técnica a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública en el SIVJRYNR” se corresponde de manera precisa con la materia que regula. Del mismo modo dice que cumple con el requisito de que se invocan de manera expresa las facultades en virtud de las cuales se expide el cuerpo normativo bajo revisión, dado que se consigna después del título, “EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA// En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 ‘Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción

de una Paz Estable y Duradera (...)”, con lo cual también se cumple con este requisito de tipo formal.

[26] Indica que se cumple con el criterio de temporalidad u oportunidad, dado que el Decreto Ley fue expedido el 16 de mayo de 2017, es decir dentro del término de los 180 días posteriores a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016, que se cuentan a partir del 30 de noviembre de 2016.

[27] En cuanto al requisito de la Motivación, se dice que la normatividad cuenta con aparte previo al articulado en donde se contiene la fundamentación jurídica en donde se exponen los motivos que justifican la expedición del Decreto Ley, que consta de 31 considerandos relativos, no solamente al sustento jurídico y el objeto de la normativa, sino a fundamentar su finalidad, conexidad con el Acuerdo Final y la necesidad de su adopción, con lo cual también se cumple con este requisito de forma.

[28] Cita las sentencias C-331, C-289, C-253, C-224, C-174, C-160 de 2017 y C-699 de 2016.

[29] Negrilla fuera del texto, destacadas por el Interviniente.

[30] Explica los principios y fines del SIVJNR, dentro de los cuales se encuentran los de: i) garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición; ii) alcanzar la paz estable y duradera; iii) la reconciliación nacional; iv) la obligación de investigar y sancionar a quienes hayan cometido graves crímenes que conlleven la violación de derechos humanos o la infracción al derecho internacional humanitario. Expone que este modelo de justicia exige necesariamente garantizar el respeto de todas las garantías procesales para quienes se acojan a ella por haber cometido conductas que guarden relación directa o indirecta con el conflicto armado, incluyendo los agentes del Estado.

[31] Subraya que de acuerdo a la información suministrada por los abogados defensores a 29 de junio de 2017, del total de usuarios activos en el sistema de Fondetec, el 59%, es decir 782 usuarios, serían candidatos para ingresar a la JEP. Teniendo en cuenta lo anterior señala que existe una imperiosa necesidad de que el acceso a la defensa técnica esté disponible al momento de que entre en operación el SIVJNR, para el acompañamiento

técnico adecuado y la garantía de los derechos de la igualdad, defensa y debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública.

[32] Dice que el Ministerio de Defensa Nacional ha remitido 4 listados parciales para la Secretaría Ejecutiva de la JEP: primer listado (17.03.2017). Se remitieron 817 miembros de la Fuerza Pública; segundo listado (19.03. 2017) se remitieron 257 miembros de la Fuerza Pública; tercer listado (23.05.2017). Se remitieron 428 miembros de la Fuerza Pública; y cuarto listado (20.06.2017) se remitieron 260 miembros de la Fuerza Pública; es decir que hasta la fecha la Secretaría ejecutiva de la JEP ha recibido un listado – con sus debidos soportes – de 1.762 miembros de la Fuerza Pública, que podrán aplicar para la obtención de la “Libertad Transitoria, condicionada y anticipada” y de “Privación de Libertad en Unidad Militar o Policial”, conforme a lo estipulado en la Ley 1820 de 2016.

[33] Sobre este punto expone que el presente decreto busca efectivizar mandatos constitucionales como la paz (artículo 22 de C. Pol.), las garantías propias del debido proceso (artículo 29 C. Pol.), en clara armonía con estas disposiciones constitucionales como el artículo 229 de la C. Pol. que consagra el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia, así como normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prescribe como garantías mínimas de toda persona dentro de un proceso penal, la de ser asistida por un defensor de su elección y a que se le nombre un defensor de oficio, de manera gratuita, si careciere de recursos suficientes para pagarlo. Finalmente cita el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra un conjunto de garantías judiciales que integran el debido proceso judicial como derecho fundamental y en particular el literal d) que establece “el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección (...) y e) el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

[34] “Sistema de Defensa Jurídica Gratuita. El Estado ofrecerá un sistema de asesoría y defensa gratuita para los beneficiarios de esta ley que aleguen carecer de recursos suficientes para una defensa idónea, respecto a los trámites y actuaciones previstas en ella, sistema que será integrado por los abogados defensores debidamente cualificados. A

decisión del interesado se podrá acudir a los sistemas de defensa judicial ya existentes en Colombia, a abogados miembros de la Fuerza Pública, empleados civiles del ministerio de defensa, a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que brindan asistencia a personas acusadas o condenadas por hechos o conductas relacionadas con el conflicto o a los servicios jurídicos de las organizaciones de derechos humanos que hayan brindado la asistencia jurídica al beneficiario durante su proceso penal o su condena. El Estado establecerá los necesarios convenios de financiación con las organizaciones de derechos humanos designados por los beneficiarios con el fin de que todos los destinatarios de esta ley disfruten de un sistema de defensa con la misma idoneidad. Parágrafo. Los miembros de la Fuerza Pública, podrán acudir, además, al fondo de defensa técnica - Fondetec o a abogados miembros de la Fuerza Pública”.

[35] Acuerdo Final, p. 153.

[36] Cita las sentencias C-838 de 2013 y C-315 de 2012 para decir que la garantía del debido proceso supone, “la oportunidad reconocida a toda persona de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga, es decir, la garantía que se otorga de acudir al proceso y poder de defender sus intereses”.

[37] Esta labor está reglamentada en la Ley 24 de 1992 y la Ley 941 de 2005 que establecen los lineamientos y parámetros en los cuales se presta tal servicio y disponen que el mismo se circunscribe al ámbito civil, laboral, penal y contencioso administrativo. Por su parte el Decreto 025 de 2014, que modifica la estructura orgánica de la Defensoría del Pueblo, consagra las funciones de la Defensoría del Pueblo en concordancia con lo dispuesto en la Ley 941 de 2005.

[38] Expone que según las declaraciones a Caracol Radio del General Juan Guillermo García Serna, en su calidad de jefe de la Subjefatura de Estado Mayor Conjunto de Fortalecimiento Jurídico Institucional.

[39] Señala que en atención a lo anterior, para hacerse cargo de la referida representación judicial se requiere que por cada peso destinado en el Presupuesto General de la Nación dirigido a la Defensoría del Pueblo para contratar nuevos defensores públicos se asignen

cuatro centavos en gastos de funcionamiento del SNDP.

[40] Explica que en el numeral 22 del Acuerdo Final se reconoce que, “En materia de justicia, conforme al DIDH, el Estado colombiano tiene el deber de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar, las graves violaciones del DIDH y las graves infracciones del DIH”, razón por la cual la disposición normativa bajo estudio contribuye a maximizar el cumplimiento del deber estatal de investigación, esclarecimiento y sanción de conductas de especial gravedad, dado que de acuerdo con la regulación contenida en el numeral 9º del Acuerdo Final, la órbita funcional de competencias de la JEP se extiende a “conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos”, así como, de modo especial, a los delitos cometidos por causa, con ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado, que, “son aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió” (Negrillas fuera del texto).

[41] Folio 7.

[42] Ibíd. Negrilla en la Intervención.

[43] Sobre este aspecto indica que se evidencia cumplido este requisito dado que en el decreto ley se consignan los argumentos que apoyan la expedición del mismo, siendo la principal necesidad la de extender el sistema de defensa técnica y especializada a los miembros de la Fuerza Pública que se acojan al SVJRYNR por conductas relacionadas con el servicio (Folio 11 de la Intervención, 2912 del Expediente).

[44] Terminología utilizada por la entidad.

[45] Terminología utilizada por la entidad.

[46] Sentencia C-084 de 2016.

[47] Folio 17 de la Intervención, p. 298 del Expediente.

[48] Página 20 de la intervención. Página 301 del Expediente.

[49] Ibídem

[50] Ibídem.

[51] “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

[52] Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg 1945 y Resolución 95 del 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[53] Sentencia C-328 de 2000

[54] “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

[55] Revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria No. 94/15 Senado - 156/15 Cámara “por la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.”.

[56] Sentencia C-379 de 2016.

[57] Sentencia C-1338 de 2000.

[58] Sentencia C-379 de 2016.

[59] Sentencia C-141 de 2010.

[60] Ibídem. Cfr. sentencia C-379 de 2016.

[61] Sentencia C-379 de 2016.

[62] Sentencia T-102 de 1993.

[63] Sentencia C-456 de 1997.

[64] En la sentencia C-214 de 1993 se señaló que: “el acto de firma de los acuerdos definitivos, mediante el cual se plasman con carácter vinculante los pactos que constituyan

resultado final de los diálogos, está reservado de manera exclusiva al Presidente de la República en su calidad de Jefe del Estado. Dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones para el futuro de la colectividad, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de personas distintas a aquella que tiene a su cargo la conducción del orden público (artículo 189, numeral 4 C.N.). Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables. La figura prevista en el artículo 211 de la Carta no sería aplicable a ellas, en especial si se recuerda que, por mandato de la propia norma, la delegación exime de responsabilidad al delegante, mientras que el ejercicio de las atribuciones de los estados de excepción compromete al Presidente de la República (artículo 214-5 C.N.), precisamente por su gravedad y trascendencia.”

[65] Cfr. sentencia C-379 de 2016.

[67] Examinó el artículo 1º (parcial) y el artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 2012 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

[68] En este acápite se recogen los lineamientos principales de la sentencia C-795 de 2014, en la que se estudió el artículo 100, parcial, de la Ley 1448 de 2011.

[69] Sentencia T-154 de 2017.

[70] La Constitución Política lo garantiza: i) como valor superior en su Preámbulo: “en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la paz”, en el artículo 2º que se concreta como fin esencial del Estado en “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”; y ii) como derecho y deber en el artículo 22 al establecer que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, y en el artículo 95 al enumerar los deberes de la persona y del ciudadano que incluye: “6. Propender al logro y mantenimiento de la paz”. Finalmente, las disposiciones constitucionales transitorias 66 y 67 (Acto Legislativo 01 de 2012), instituyen “el logro de la paz estable y duradera”.

[71] Examinó la constitucionalidad de los artículos 137, 30 y 47 de la Ley 600 de 2000.

[72] Declaró exequibles, entre otras, las expresiones “si hubiere sido despojado de ella” y “de los despojados”, “despojado” y “el despojado” contenidas en los artículos 28, numeral 9 y 72 incisos 2, 4 y 5, de la Ley 1448 de 2011, en el entendido de que estas expresiones incluyen tanto a las víctimas de despojo como a las víctimas forzadas al abandono de sus bienes.

[73] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79 (parcial), 88 (parcial) y 132 (parcial) de la Ley 1448 de 2011.

[74] Artículo 18 de la Ley 104 de 1993.

[75] Artículo 10 de la ley 241 de 1995.

[76] Modificada por la Ley 1592 de 2012, ‘por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones’, publicada en el Diario Oficial No. 48.633 de 3 de diciembre de 2012

[77] Sentencia T-054 de 2017.

[78] “Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley”

[79] “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”,

[80] Sentencias C-253^a y C-781 de 2012, y C-280 de 2013.

[81] Cfr. sentencia C-795 de 2014.

[82] Numerosos pactos y convenios de índole universal y regional demuestran este compromiso común, además que se han fortalecido mecanismos judiciales para hacer efectivas las obligaciones internacionales, evolucionando hacia el respeto de la dignidad y los derechos humanos, aún en tiempos de guerra mediante la consolidación del Derecho

Internacional Humanitario (ius cogens).

[83] Sentencia C-370 de 2006. En el informe anual de 2004 (El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos), el Secretario General de las Naciones Unidas al referirse a la noción de “justicia de transición” manifestó que: “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.” Tales mecanismos, agregó, “pueden ser judiciales o extrajudiciales, y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.”

[84] Aquí la Corte declaró inexecutable algunas expresiones de los incisos cuarto y quinto del artículo 23 y el inciso segundo del artículo 24 alusivo a la reparación integral de la Ley 1592 de 2012 Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 y se dictan otras disposiciones.

[85] Sentencia C-180 de 2014.

[86] Sentencias C-180 de 2014, C-579 de 2013, C-715 de 2012 y C-370 de 2006.

[87] Sobre el particular en las sentencias C-715 de 2012 y C-370 de 2006, este Tribunal Constitucional estableció que los instrumentos que se inscriban dentro de los supuestos indicados hacen parte del bloque de constitucionalidad estricto sensu y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales cuya competencia hubiera sido aceptada por el Estado, constituye una pauta de interpretación relevante del alcance de tales tratados.

[88] Sentencias C-180 de 2014, C-579 de 2013, C-715 de 2012, C-370 de 2006 y C-228 de 2002.

[89] Reconoce que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley (derecho a la justicia).

[90] Expresa que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (derecho a la justicia).

[91] Contempla que cada uno de los Estados Partes se compromete a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. Aprobado por la Ley 74 de 1968.

[92] “15. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas, en particular los niños. El Comité atribuye importancia a que los Estados parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer las quejas sobre violaciones de derechos. [...] Se requieren en especial mecanismos administrativos que den cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de violaciones de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos que cuenten con las facultades pertinentes pueden coadyuvar a tal fin. El hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto. La cesación de la violación constituye un elemento indispensable del derecho a obtener un recurso efectivo. “16. [...] Si no se da reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el pacto hayan sido infringidos, queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos, que es el elemento central para cumplir las disposiciones del párrafo 3 del artículo 2. Además de las reparaciones explícitas indicadas en el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14, el Comité considera que en el pacto se dispone por lo general la concesión de una indemnización apropiada. El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios oficiales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y el enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos. 17. En general, los objetivos del Pacto se echarían por tierra sin la obligación, básica según el artículo 2, de que se adopten medidas que impidan la repetición

de una violación del Pacto”.

[93] Sentencias C-579 de 2013 y C-370 de 2006.

[94] Aprobado por la Ley 16 de 1972. Artículo 1, obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Artículo 2, deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Artículo 8º, garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho

de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. Artículo 25, protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

[95] Atendiendo el informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia (13 de diciembre de 2004), esta Corporación indicó que: “es una obligación estatal, que compromete a todos los órganos del poder público, establecer los mecanismos que permitan prevenir, investigar, juzgar y sancionar la vulneración de los derechos humanos amparados por la Convención Americana. Además, en lo que concierne al proceso judicial de investigación, juzgamiento y sanción de dichos atropellos, la Comisión Interamericana entiende que el Estado está obligado a impulsar de oficio las etapas procesales correspondientes, de manera que el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares no resulte ser solamente formal, sino que alcance una realización efectiva”. Sentencias C-579 de 2013 y C-370 de 2006.

[96] Contiene normas que regulan las formas en que se pueden librar los conflictos armados y que intentan limitar los efectos de éstos. Protegen especialmente a las personas que no participan en las hostilidades y a los que ya no pueden seguir interviniendo en éstas.

[97] Ver artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

[98] Aprobada por la Ley 70 de 1986.

[99] Aprobada por la Ley 409 de 1997, declarada exequible mediante sentencia C-351 de 1998.

[100] Dentro de las obligaciones que asumen los Estados están la de garantizar a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura y el derecho a que su caso sea examinado imparcialmente. Igualmente se comprometen a investigar de oficio los casos de tortura de que tengan denuncia o razón fundada para estimar que se han cometido abriendo el respectivo proceso penal y a incorporar en las legislaciones nacionales normas que garanticen la compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura. Ver artículos 4º, 5º y 6º de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y los artículos 8º y 9º de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

[101] Establece que los Estados se comprometen a no practicar tal conducta ni permitir que se practique, y a sancionar a los autores de este delito, sus cómplices y encubridores. Además, obliga a tomar medidas legislativas para tipificar el delito, cuya acción penal no estará sujeta a prescripción. Aprobada por la Ley 707 de 2001, declarada exequible mediante sentencia C-580 de 2002.

[102] Determina que las personas acusadas por este hecho serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en el cual fue cometido el delito, o ante la Corte Penal Internacional cuando sea competente respecto a aquellas de las Partes que hayan reconocido su jurisdicción. Aprobada por la Ley 28 de 1959.

[103] Aprobada por la Ley 35 de 1961.

[104] Aprobado por la Ley 65 de 1979.

[105] La competencia de Tribunal Internacional está establecida para el juzgamiento de los más graves atentados contra los derechos fundamentales y el Derecho Internacional Humanitario, y es de naturaleza complementaria a la de la jurisdicción del Estado parte. Aprobado por la Ley 742 de 2002, declarada exequible mediante sentencia C-578 de 2002.

[106] Artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4.

[107] Sentencias C-715 de 2012 y C-370 de 2006.

[108] Aprobado mediante la Ley 74 de 1968 “Por la cual se aprueban los ‘Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”

[109] Se dice en el numeral 2º que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes se le garantizará como mínimo: “ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa” (Negrilla fuera del texto).

[110] Principio 17: 1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo. Principio 18: 1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo. 2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado. 3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden. 4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación. 5. Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o

presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer (Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988).

[111] Aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

[113] Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

[114] Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2ª y 46.2b, Convención Americana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No 11, párr. 25.

[115] *Ibíd.*

[116] *Brown c. Jamaica*, párr. 6.6. (1999).

[117] *Planchart c. Venezuela*, párraf. 112.

[118] CIDH. *Caso Riebe Star y otros c. México*, párr. 71 (1999) en donde se indicó que, “Dicha garantía [a una audiencia para la determinación de sus derechos] debió incluir el derecho a ser asistido durante el procedimiento administrativo sancionatorio”.

[119] Excepciones preliminares, Fondo de reparaciones. Sentencia del 12 de agosto de 2008

[120] *Cfr. Caso Barreto Leiva*, párraf. 96.

[121] *Negrilla fuera del texto.*

[122] Ver: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pp. 406 – 415.

[123] *Ibíd.*, p. 409.

[124] Negrilla fuera del texto.

[125] BELTRÁN MONTOLIEU, Ana, “El derecho a la defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional”, Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Jaime I de Castellón (Tesis para obtener el título de doctor, 11 de enero de 2008).

[126] Creado por Resolución 827 de 25 de mayo de 1993 por Naciones Unidas.

[127] Creado por Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994.

[128] BELTRÁN MONTOLIEU, Ana, *Op. cit.*, p. 54.

[129] *Ibíd.*, p. 58

[130] Provisional Criminal Procedure Code of Kosovo, UNMIK/REG/2003/26 de 6 de julio de 2003.

[131] Se estima que fueron más de 200.000 víctimas desde el 1 de enero al 25 de octubre de 1999, por la Declaratoria de Independencia de Indonesia. El Tribunal fue creado por la Regulación No. 2000/15 sobre el establecimiento de un tribunal con jurisdicción exclusiva sobre crímenes graves de 6 de junio de 2000. BELTRÁN MONTOLIEU, Ana, *Op. cit.*, p. 58.

[132] Se estableció por el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona de 16 de enero de 2002, de conformidad con la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000.

[133] Modificados el 24 de noviembre de 2006.

[134] BELTRÁN MONTOLIEU, Ana, *Op. cit.*, p. 68

[135] Se estableció con base en la Resolución 1757 de 30 de mayo de 2007 en donde se aprueba un Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República del Líbano relativo al establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano con el fin de enjuiciar a los presuntos responsables de los atentados terroristas cometidos en el Líbano desde el 1 de octubre de

2004 hasta el 12 de diciembre de 2005.

[136] Aprobado mediante la Ley 742 de 2002. Control de constitucionalidad mediante Sentencia C-578 de 2002

[137] Ver sobre el particular SZCZARNASKI, Clara, Culpabilidades y sanciones en crímenes contra derechos humanos. Otra clase de delitos, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 230 a 231.

[138] “Artículo 61. Confirmación de los cargos antes del juicio (...) 2. La Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del Fiscal o de oficio, podrá celebrar una audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos en los cuales el Fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento cuando el imputado: a) Haya renunciado a su derecho a estar presente; o b) Haya huido o no sea posible encontrarlo y se hayan tomado todas las medidas razonables para asegurar su comparecencia ante la Corte e informarle de los cargos y de que se celebrará una audiencia para confirmarlos. En este caso, el imputado estará representado por un defensor cuando la Sala de Cuestiones Preliminares resuelva que ello redunde en interés de la justicia”.

[139] CALL, Charles T., “Is Transitional Justice Really Just?” en: Brown Journal of World Affairs, Otoño, 2004, Volumen XI, No 1., p. 107 a 108.

[140] Por la cual se organiza el “Sistema Nacional de Defensoría Pública”.

[141] Exposición de Motivos de la Ley 1698 de 2013. Gaceta del Congreso No 877, 30 de octubre de 2013, p. 6.

[142] “Artículo 1º. Selección de defensores. Las personas jurídicas y/o naturales que se vinculen como Defensores serán escogidas de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, conforme los perfiles que para tal efecto determine el Comité Directivo del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública – Fondetec”.

[143] Se dijo a su vez que, “Sin embargo, la Corte no puede desconocer que existen municipios en donde no es posible contar con abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que causa perjuicio a los procesados, y es por ello que en sentencia SU-044/95, aceptó que en casos excepcionalísimos, se puedan

habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico”

[144] “ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

[145] Negrilla fuera del texto.

[146] Fundamento Jurídico 44.

[147] Octavo Congreso Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en la Habana (Cuba), 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

[148] Se tomará el precedente de la Sentencia C-331 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz.

[149] Sentencias C-699 de 2016; C-160, C-174, C-224, C-253, C-289 y C-331 de 2017 entre otras.

[151] Negrilla fuera del texto.

[152] “Esta Corporación entiende cumplido el último requisito exigido por la Sentencia C-699 de 2016 para la Refrendación Popular, consistente en que un órgano democrático y deliberativo, como el Congreso de la República, haya verificado los requisitos de Refrendación Popular y declarado la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016”: Corte Constitucional, sentencia C-160 de 2017.

[153] “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos especiales y otras disposiciones”.

[154] Se indicó que la remisión al artículo 59 de la Ley 4 de 1913, Código de Régimen Político y Municipal no es adecuada para la interpretación constitucional, en consideración

de su carácter preconstitucional e infraconstitucional. Dicha sentencia resaltó que “la Constitución tiene un ámbito irreducible de sentido autónomo que no depende necesaria o totalmente de la ley, sino de su propio texto, de sus propósitos, de su historia y de las relaciones entre sus principios”.

[155] El término de seis, diez y veinte días de los que dispone el Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 166 de la Constitución, para devolver al Congreso de la República un proyecto de ley con objeciones ha sido interpretado como relativo a días hábiles en la Sentencia C-452 de 2006.

[156] Los términos de días previstos para la reflexión entre debates en el procedimiento legislativo y entre la aprobación por una cámara y su estudio por la otra, fue entendido como relativo a días calendario, teniendo en cuenta que “la consideración de los textos que habrán de ser votados puede tener lugar también en tiempo no laborable, según las disponibilidades de cada congresista, a la vez que en los lapsos contemplados, aun tratándose de días comunes, puede la ciudadanía expresarse”. Sentencia C-203 de 1995.

[157] Del mismo modo se especificó una interpretación sistemática de los artículos 1º y 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 también lleva a concluir que se trata de días calendario, ya que en estas disposiciones establecen que el procedimiento legislativo especial tendrá una vigencia inicial de seis (6) meses prorrogables por seis (6) meses más, mientras que las facultades legislativas para la paz rigen tan sólo durante 180 días no prorrogables. Igualmente se hizo énfasis en que si los 180 días fueran hábiles habría una contradicción con la intención del constituyente, ya que significaría que las facultades legislativas al Presidente de la República son temporalmente más amplias que el procedimiento legislativo especial para la paz. De este modo se dijo que el período de 180 días hábiles, contados a partir del 1 de diciembre de 2016, significaría que las facultades legislativas para la paz se extienden hasta finales del mes de agosto, mientras que el término inicial del procedimiento legislativo especial expira a finales del mes de mayo.

[158] Los requisitos de conexidad objetiva, estricta y suficiente, y el criterio de necesidad estricta se establecieron en la sentencia C-699 de 2016, de acuerdo con la competencia que el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016 le otorgó al Presidente de la República.

[159] El requisito de conexidad objetiva se estableció inicialmente en la sentencia C-699 de

2016 y su alcance en la sentencia C-160 de 2017, el cual fue reiterado en la sentencia C-253 de 2017.

[160] Sentencia C-331 de 2017.

[161] La distinción entre conexidad externa e interna se introdujo en la sentencia C-174 de 2017 y se reiteró en las sentencias C-224 de 2017 y C-289 de 2017.

[162] El requisito de conexidad suficiente se estableció inicialmente en la sentencia C-699 de 2016 y su alcance se fijó en la sentencia C-160 de 2017, el cual fue reiterado en la sentencia C-253 de 2017, entre otras.

[163] *Ibíd.*

[164] El requisito de necesidad estricta se estableció en la sentencia C-699 de 2016, en la que se indicó que el ejercicio de las Facultades Presidenciales para la Paz se justifica “solo en circunstancias extraordinarias, cuando resulte estrictamente necesario apelar a ellas en lugar de someter el asunto al procedimiento legislativo correspondiente”. En las sentencias que han estudiado la constitucionalidad de los decretos ley expedidos con base en las facultades en mención (sentencias C-160, C-174, C-224, C-253, C-289 y C-331 de 2017) se ha analizado la estricta necesidad que justifica su ejercicio y que la regulación no se tramite mediante los otros mecanismos de producción legislativa. En la sentencia C-224 de 2017 se adelantó un “test estricto de necesidad” dirigido a verificar el presupuesto en mención.

[165] Sentencia C-331 de 2017.

[166] En la Sentencia C-172 de 2017 se dice que con relación a la divergencia temporal entre el trámite legislativo del decreto ley y de la ley expedida con el trámite del procedimiento legislativo especial para la paz que, “los procesos de justicia transicional debe propender por objetivos estructurales que van más allá de la sola terminación del conflicto, por ejemplo el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y la democracia. De ahí la variabilidad de los tiempos en cada tipo de medidas y la importancia de la discusión democrática para su terminación”. En este sentido, la Sentencia C-160 de 2017 reconoce la complejidad de las medidas propias de la justicia transicional y las variaciones con respecto de la urgencia: “los tiempos de la justicia transicional son variables de acuerdo con las

materias de que se trate cada medida. En efecto, aunque la vigencia de las normas en general es permanente, existen casos específicos en los que sus efectos son limitados en el tiempo. Del mismo modo, aunque hay temas de urgencia para atender la transición existen otros temas estructurales que requieren de un mayor debate democrático e incluso de la existencia de ciertas condiciones materiales para su implementación”.

[167] Se dijo que, “Es relevante, si bien en el marco constitucional, tener en cuenta la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte IDH. La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6. La Corte dijo que los términos ‘ley’ o ‘leyes’ dentro de la Convención, cuando se emplean para referirse a las restricciones de derechos autorizadas por ese instrumento, deben entenderse en principio de la siguiente manera: ‘la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes’ (...)”.

[168] Considerando 16.

[169] Negrillas fuera del texto.

[170] Considerando 17.

[171] Negrilla fuera del texto.

[172] Numeral citado en el considerando 18 del Decreto Ley 775 de 2017.

[173] Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

[174] Se dice en el literal d) “(...) y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, y el literal e) del mismo artículo que dispone que toda persona tiene, el derecho irrenunciable, “(...) de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

[175] El artículo 7 de la Ley 1698 de 2013 establece que, “Se excluyen de la cobertura del

Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública al que se refiere la presente ley, entre otras, aquellas conductas principales relacionadas con los delitos contra la administración pública, la libertad, integridad y formación sexuales, delitos contra la familia, violencia intrafamiliar, delitos contra la asistencia alimentaria, la extorsión, la estafa, lavado de activos, tráfico de estupefacientes, enriquecimiento ilícito, delitos contra la fe pública y los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado y contra el régimen constitucional y legal definidos en los Títulos XVII y XVIII del Código Penal Colombiano, respectivamente”.

[177] Negrilla fuera del texto.

[178] Hay que resaltar que en la sentencia C-044 de 2015 ante una demanda de la Ley 1698 de 2013 se estableció que por regular el debido proceso y el derecho de defensa, que son derechos fundamentales, debió ser tramitada dicha ley con el procedimiento propio de las leyes estatutarias, la Corte estableció que, “Es cierto que la Ley 1698 de 2013 contempla un mecanismo dirigido a garantizar el derecho a la defensa técnica y especializada para un particular universo de población, conformado por los miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro. Sin embargo, como quedó expuesto, ninguna de las disposiciones de esta ley se ocupa de regular los elementos estructurales ni los principios reguladores del derecho a la defensa técnica definidos en la Constitución, sino tan solo a establecer un sistema especial de defensoría y, de manera específica, el mecanismo que permitirá la financiación de dicho sistema a través del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública – FONDETEC- (...)”. Igualmente se dijo que, “Tampoco hay en la ley disposiciones que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial del derecho de defensa técnica. Menos aún, el legislador quiso en esta ley regular de manera integral, estructural y completa el derecho a la defensa técnica, ni siquiera para el caso de los integrantes de la fuerza pública, pues la ley en cuestión se concentra en establecer las líneas centrales de funcionamiento del sistema especial de defensoría para los militares y, de manera específica, en definir el mecanismo para su financiación”.

[179] “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

[180] Negrilla fuera del texto.

[181] “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”

[182] Negrilla fuera del texto.

[183] Sentencia C-379 de 2016.

[184] Hay que recordar que en la Sentencia C-044 de 2015 se estableció que la reglamentación que expida para garantizar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada en cabeza del Fondetec, regulado en la Ley 1698 de 2013, debe precisar los criterios que orientarán la asignación de recursos para servicios de defensa con cargo a dicho fondo, en donde se tendrán en cuenta criterios de distribución proporcional “a fin de asegurar que aquellos cubran la defensa de aquellos integrantes de la fuerza pública que no cuentan con rentas o ingresos suficientes para sufragar su defensa y que la destinación de los recursos se efectúe con arreglo a criterios de eficiencia y equidad”.

[185] Ver las Sentencias C-781 de 2012, C-235A de 2012 y C-291 de 2007. En la Sentencia C-291 de 2007 se estableció que “[e]n términos materiales, para que un determinado hecho o situación que ha ocurrido en un lugar en el que no se han desarrollado los combates armados quede cubierto bajo el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, es necesario que tal hecho o situación guarde una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto. Así, no todos los hechos ilícitos que ocurren durante un conflicto armado se someten al derecho internacional humanitario; ‘solo aquellos actos suficientemente relacionados con el desarrollo de las hostilidades están sujetos a la aplicación de este derecho. (...) Es necesario concluir que el acto, que bien podría ser cometido en ausencia de un conflicto, fue perpetrado contra la víctima o víctimas afectadas por razón del conflicto en cuestión’. La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe ‘en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido -v.g. el conflicto armado La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar

la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe “en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado-’. Al determinar la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado’, y que ‘el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”.

[186] Se explica en dicha Sentencia que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha establecido que “la definición de un conflicto armado per se se formula en abstracto; el que una situación pueda o no ser descrita como un ‘conflicto armado’ que satisface los criterios del Artículo 3 Común, ha de decidirse en cada caso concreto”. [Traducción informal: ‘The definition of an armed conflict per se is termed in the abstract, and whether or not a situation can be described as an ‘armed conflict’, meeting the criteria of Common Article 3, is to be decided upon on a case-by-case basis.’] Tribunal Penal Internacional para Ruanda, caso del Fiscal vs. Rutaganda, sentencia del 6 de diciembre de 1999.

[187] Se indicó en aquella Sentencia que el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha explicado en este sentido: “Bajo este test, al establecer la existencia de un conflicto armado de carácter interno la Sala debe apreciar dos criterios: (i) la intensidad del conflicto y (ii) la organización de las partes [ver sentencia del caso Tadic, par. 562]. Estos criterios se utilizan ‘solamente para el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado de actos de delincuencia, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario’ [sentencia del caso Tadic, par. 562]. (...) En consecuencia, un cierto grado de organización

de las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado. (...) Esta posición es consistente con otros comentarios autorizados sobre el tema. Un estudio por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la CPI notó que: ‘La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos; el término ‘conflicto armado’ presupone la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida; debe haber oposición por las fuerzas armadas, y una cierta intensidad de los combates.(...)’”. [Traducción informal: “Under this test, in establishing the existence of an armed conflict of an internal character the Chamber must assess two criteria: (i) the intensity of the conflict and (ii) the organisation of the parties.[See Tadic Trial Judgement, para 562.]These criteria are used “solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law.” [Tadic Trial Judgement, para 562.] (...) Therefore, some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict. (...)This position is consistent with other persuasive commentaries on the matter. A study by the ICRC submitted as a reference document to the Preparatory Commission for the establishment of the elements of crimes for the ICC noted that: The ascertainment whether there is a non-international armed conflict does not depend on the subjective judgment of the parties to the conflict; it must be determined on the basis of objective criteria; the term ‘armed conflict’ presupposes the existence of hostilities between armed forces organised to a greater or lesser extent; there must be the opposition of armed forces and a certain intensity of the fighting.(...)”]. Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

[188] Se citaron los casos Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005; Fiscal vs. Zejnil Delalic y otros (caso Celebici), sentencia del 16 de noviembre de 1998.

[189] Se citaron los casos Fiscal v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-AR72, decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, 2 de octubre de 1995; Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005

[190] Se citó nuevamente los casos de Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros, sentencia del 30 de noviembre de 2005.

[191] Negrillas por fuera del texto.

[192] Negrillas fuera del texto.

[193] En Sentencia C-492 de 1997, la Corte señaló que, “Es al legislador a quien corresponde decidir el momento en el que la ley ha de empezar a regir, cuya potestad puede ejercer, expidiendo una ley especial en la que regule en forma genérica este asunto (siempre y cuando el mismo legislador no hubiera señalado en el texto de la ley respectiva la fecha de vigencia), o incluyendo en la misma un precepto donde expresamente señale la fecha en que ésta comienza a regir. De ahí que la potestad del legislador para establecer la fecha en que comienza la vigencia de la ley está limitada únicamente por los requerimientos del principio de publicidad, y de la otra, el deber de señalar la vigencia de la ley después de su publicación es un mandato imperativo para el Congreso y el Presidente de la República (...)”