

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Bogotá D.C., 02 de junio de 2017

Honorable

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Corte Constitucional de Colombia

E. S. D.

Ref. Intervención ciudadana Decreto Ley 706 del 3 de mayo de 2017, *"por el cual se aplica un trato especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones"*.

Expediente: RDL-013

JOMARY ORTEGÓN OSORIO, y **JOSÉ JANS CARRETERO PARDO**, abogada y abogado de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", **SORAYA GUTIÉRREZ ARGÜELLO**, Vocera del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE), **CLAUDIA ERAZO MALDONADO**, y **HAROLD VARGAS HORTUA**, abogada y abogado de la Corporación Jurídica Yira Castro, **ALBERTO YEPES PALACIO** y **JULIÁN ARIZA**, Coordinador y abogado del Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, **ALBERTO FRANCO GIRALDO** y **MANUEL ALEJANDRO GARZÓN CORREA**, Director y abogado de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, **MARCO ROMERO** y **FERNANDO VARGAS**, Director y Asesor de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado Codhes, **OLGA LILIA SILVA**, Directora de Humanidad Vigente Corporación Jurídica, **ADRIANA ARBOLEDA**, abogada de Corporación Jurídica Libertad, **ALEJANDRO ACEVEDO** de la Escuela de Derecho, grupo de litigio de alto impacto de la Universidad Industrial de Santander UIS, colombianos y colombianas mayores de edad, defensores y defensoras de derechos humanos, vecinos de Bogotá, identificados como aparece al pie de nuestras respectivas firmas, de conformidad con lo prescrito en el Acto Legislativo 01 de 2016 que establece el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz y el Decreto 121 de 2017, nos permitimos presentar ante la Honorable Corte Constitucional **intervención ciudadana** sobre el **Decreto Ley 706 del 3 de mayo de 2017**, *"por el cual se*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

aplica un trato especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones"

La presente intervención estará centrada en evidenciar la inconstitucionalidad del Decreto 706 del 3 de mayo de 2017 en consideración a: i) Primero, debido a que no cumple con los criterios del control material que ha exigido la Corte Constitucional en este tipo de decretos, es decir, los criterios de estricta necesidad y conexidad objetiva, estricta y suficiente, establecidos por la Corte Constitucional ii) Segundo, además de desbordar las facultades extraordinarias, los dispuesto por el Decreto 706 de 2017: 1. convierte el tratamiento "equitativo, equilibrado, simultáneo o simétrico" en tratamiento preferencial 2. no reconoce el derecho a participación de las víctimas 3. tergiversa la autenticidad de los principios de inescindibilidad y simetría en el tratamiento a la fuerza pública 4. debería ser modulado para caracterizar y diferenciar la violencia socio-política y los hechos cometidos en relación con el conflicto armado 5. prevé un tratamiento penal que desnaturaliza la esencia de las medidas de aseguramiento 6. no prevé medidas cautelares de protección a las víctimas y preservación de las pruebas frente a las libertades de sus victimarios 8. desconoce flagrantemente el principio de igualdad.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del Artículo Transitorio 2 de la Constitución sobre Facultades Presidenciales para la Paz, incorporado mediante el Acto Legislativo 1 de 2016, "*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*", la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre el control de constitucionalidad del Decreto Ley 706 del 3 de mayo de 2017, "*por el cual se aplica un trato especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones*"

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

CONTENIDO

I.	RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN:	4
II.	CONSIDERACIONES GENERALES	9
A.	Problemas jurídicos	9
B.	Control material y formal de los decretos expedidos bajo facultades extraordinarias	10
1.	El control constitucional de decretos ley dentro del procedimiento legislativo especial	10
2.	Verificación del cumplimiento de los requisitos formales del Decreto	12
3.	Incumplimiento de los requisitos materiales de constitucionalidad del Decreto	12
i.	Ausencia de conexidad objetiva, estricta y suficiente en el Decreto Ley 706 de 2017	12
▪	Conexidad objetiva	13
▪	Conexidad estricta	15
▪	Conexidad suficiente	20
4.	Estricta necesidad	23
▪	Inexistencia de un carácter urgente, prioritario y/o imperioso	27
▪	El Gobierno no argumenta la falta de idoneidad del trámite legislativo ordinario y del procedimiento legislativo especial	27
III.	ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL DECRETO 706 DE 2017	29
A.	Artículos sujetos a análisis	29
B.	Problemas jurídicos	32
C.	Concepto	33
1.	El Decreto 706 de 2017 convierte el tratamiento “equitativo, equilibrado, simultáneo o simétrico” en tratamiento preferencial: artículos 6, 7 y 8.	33
i.	Tratamiento diferenciado en el Acuerdo Final	34
ii.	Agentes de Estado y su posición de garantes.	42
iii.	Delito político (Naturaleza).	44
2.	El Decreto 706 de 2017 no reconoce el derecho a participación de las víctimas: artículos 7, 8 y 10.	46
3.	El Decreto 706 de 2017 tergiversa la autenticidad de los principios de inescindibilidad e integralidad del SIVJRGNR en el tratamiento a la fuerza pública: artículos 1, 3, 6, 7.	54
4.	El Decreto 706 de 2017 debería ser modulado para caracterizar y diferenciar la	

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

violencia socio-política y los hechos cometidos en relación con el conflicto armado: artículos 1, 2, 3, 5 y 7.	55
5. El Decreto 706 de 2017 prevé un tratamiento penal que desnaturaliza la esencia de las medidas de aseguramiento: artículos 1, 7, 8 y 10.	57
6. El Decreto 706 de 2017 no prevé medidas cautelares de protección a las víctimas y preservación de las pruebas frente a las libertades de sus victimarios: artículos 1, 4, 7, 8 y 10.	62
7. El Decreto 706 de 2017 desconoce flagrantemente el principio de Igualdad: 6, 7, 8, 9 y 10.	65
D. CONCLUSIONES Y SOLICITUDES	71

I. RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN:

Consideramos respetuosamente que de manera prioritaria y al igual que en cada una de las Sentencias que ha emitido la Corte Constitucional dentro del *Fast Track*, que el juez debe realizar un estudio de la competencia formal y material del Gobierno, incluyendo la conexidad objetiva, estricta y suficiente como la necesidad estricta de tramitar vía procedimiento legislativo especial, en lugar del ordinario, cada una de las disposiciones desarrolladas en el Decreto 706 de 2017.

Este Decreto 706 de 2017 **no guarda una conexión material con el Acuerdo Final**, toda vez que en ningún momento se refirieron las partes a la posibilidad de suspender ordenes de captura o los procedimientos allí dispuestos para el caso de la Fuerza Pública. Esto se hizo para los combatientes de las FARC-EP, en el entendido de que se requería que se sometieran a protocolos de desarme y de concentración en zonas verdales transitorias, donde existirá un control y verificación de sus conductas, bajo estricto sometimiento a la Ley 1779 de 2016; caso diferente al de los miembros de la Fuerza Pública procesados.

Además, **tampoco tiene la finalidad de desarrollar el Acuerdo, sino que lo contradice**, toda vez que, por ejemplo, las disposiciones sobre revocatorias de medidas de aseguramiento en el Decreto contradicen lo Pactado y consignado en la Ley de Amnistía sobre las condiciones para acceder al beneficio de libertades transitorias y condicionadas. En la Ley de Amnistías 1820 de 2016 se diferencia el tratamiento de graves crímenes, en el Decreto 706 de 2017 no se hace ninguna diferencia. En Ley de Amnistía 1820 de 2016 se establece un procedimiento que vincula al Secretario de la JEP en la concesión del

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

beneficio de Libertad transitoria, anticipada y condicionada para que verifique si se cumplen las condiciones; en cambio, el Decreto cambia por completo el trámite dispuesto en la Ley de Amnistía y desconoce las facultades del Secretario Ejecutivo de la JEP.

Por último, **tampoco se observa una argumentación de por qué estas previsiones sobre revocatoria de medida de aseguramiento se tramitaron vía Decreto Ley, en lugar de a través del Congreso**, incluyéndolo por ejemplo en el Acto Legislativo 01 de 2017 o la misma Ley de 1820 de 2016. Situación todavía más grave cuando se observa que este Decreto 706 de 2017 no es un Decreto Reglamentario o de desarrollo de la Ley de 1820 de 2016, sino que la contradice en algunos puntos. Por lo tanto, no supera si quiera el más mínimo juicio de necesidad estricta de que la medida sólo se pudiera tramitar de manera urgente y prioritaria vía decreto, y no a través del Congreso.

Al contrario, si era la intención de las partes disponer estas medidas, se debieron incluir cada una de estas disposiciones en una Ley Estatutaria que regulara el tema de libertades de los miembros de la fuerza pública, tal como se hizo, por ejemplo, en el Proyecto de Ley Estatutaria que reglamenta la JEP, donde el Gobierno Nacional, ejerciendo la facultad de iniciativa parlamentaria; enmendó el yerro procedimental cometido en la Ley 1820 de 2016, donde incluyó una serie de disposiciones que debían estar sujetas a reserva de ley estatutaria, nos referimos a todo lo referente a las libertades y tratamientos especiales para agentes de Estado.

Más allá de sólo invocar el Acto Legislativo 01 de 2016, el Gobierno Nacional sólo tienen la competencia para tramitar por esta vía rápida medidas estrictamente necesarias, del mismo modo que "la Corte consideró que la habilitación legislativa no sustituía la separación de poderes y funciones, justamente porque procedía solo en casos limitados, en que fuera estrictamente necesario utilizar las facultades extraordinarias"¹. El juicio de la Corte y del Juez de Instancia en control difuso de constitucionalidad entonces deberá ser el más estricto, ya que "[l]a Corte, en su concepto, debe aplicar este principio [el de necesidad estricta] con sumo rigor, pues fue precisamente un fundamento esencial en la sentencia C- 699 de 2016, para concluir que no hubo sustitución. Si se hace una interpretación laxa de este principio de estricta necesidad, se le reconocerían judicialmente al Presidente de la República funciones de las que objetivamente carece, pues ni siquiera el poder de reforma podía conferírseles." (Acentos fuera)²

¹ Comunicado de Prensa No. 10 de Marzo 9 de 2017- Sentencia C 160 de 2017.

² *Ibid.*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Por otra parte, en la presente llamamos **la atención sobre cómo en la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz– JEP está significando menos garantías para las víctimas de crímenes de Estado y más beneficios sin contraprestaciones para los victimarios agentes de la Fuerza Pública.** Tratamiento que ha pasado de ser diferencial a ser preferencial. En este marco de tratamientos preferenciales para los agentes del Estado los ministerios de Defensa y de Justicia promulgaron el decreto 706 de 2017 “por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones”, el cual prevé la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura y la revocatoria o suspensión de la medida de aseguramiento para miembros de la Fuerza Pública por delitos cometidos con ocasión, en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

Según la exposición de motivos esta disposición busca garantizar un tratamiento diferenciado pero equitativo, recogiendo preocupaciones del Fiscal General de la Nación por el hecho de que a los guerrilleros les fueran suspendidas las órdenes de captura y las medidas de aseguramiento, mientras que a los integrantes de la Fuerza Pública no. El Acuerdo Final reconoce un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico a los agentes del Estado teniendo en cuenta su calidad de garante, pero **como puede apreciarse, equitativo para la Fiscalía supone una operación matemática según la cual los beneficios para unos deben otorgarse en igual medida a otros. Esto desconoce un elemento transversal a la aplicación de medidas diferenciales como lo es la posición de garante que ocupan los miembros de la Fuerza Pública respecto de los ciudadanos,** lo que implica que, si cometen un delito, la sanción debe ser más drástica. Lo anterior no es un capricho de las organizaciones de derechos humanos, ni mucho menos del legislador o el constituyente, sino un estándar internacional y constitucional, que tiene por finalidad diferenciar el grado de las responsabilidades de quienes, teniendo la función de proteger los derechos de la población, atentan deliberadamente contra esta.

No es simétrico o equitativo que se apliquen estas medidas a agentes de la Fuerza Pública que como vimos tienen mayor responsabilidad y que tras su aplicación quedarían en libertad, frente a los integrantes de las FARC, de quienes se sabe, se encuentran en Zonas Veredales Transitorias de Normalización, ZVTN, bajo observación del mecanismo de monitoreo.

Dicho tratamiento constituye una contradicción con la Ley 1820 del 2016 que regula las amnistías, indultos y otros tratamientos especiales, en la cual se dispone que las

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

libertades de los miembros de la fuerza pública procesados por delitos graves sólo pueden hacerse efectivas de manera transitoria y condicionada, cuando hubieren cumplido cinco años de privación efectiva de la libertad, bien sea porque se encontraban condenados o porque pesaba en su contra una medida de aseguramiento. La misma ley prevé que en caso contrario deberían seguir privados de la libertad y no suspender las medidas como contradictoriamente lo establece el decreto 706 de 2017.

Suspender las órdenes de captura de los agentes de la Fuerza Pública no supone un tratamiento diferenciado sino un beneficio arbitrario a quienes deliberadamente nunca comparecieron al proceso penal o decidieron ser prófugos de la justicia. Vulnerando incluso el principio de igualdad entre los propios integrantes de la Fuerza Pública que están efectivamente privados de la libertad. La adopción de éstas, por su naturaleza restrictiva de los derechos del procesado (especialmente el derecho a la libertad) son de aplicación excepcional y, por mandato legal, sólo operan en circunstancias como la protección del proceso, la sociedad y las víctimas. Es claro que las medidas e aseguramiento cuando son utilizadas por los operadores judiciales de forma responsable, ponen el acento en la protección de la sociedad y las víctimas, de manera que, al ser revocadas o suspendidas, es a ellas a quienes se está afectando.

Sumado a esto, ni el decreto en mención, ni la Ley 1820 de 2016 establecen frente a estos beneficios, el derecho a la información, ni la posibilidad de participación e intervención de las víctimas o sus representantes, que se predicen centrales en el SIVJRNR, ni siquiera tratándose de crímenes internacionales que serían de competencia de la JEP como ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, tortura, violencia sexual, genocidio, sobre los cuales el Decreto 706 de 2017 no establece excepciones. El decreto 706 de 2017 impulsado por el Fiscal General de la Nación desestimula la labor de los fiscales en todo el territorio nacional para continuar con las investigaciones que les corresponde, que no cesa hasta que la JEP solicite los procesos, y que además constituye una obligación internacional para el Estado colombiano y un compromiso ético entre las partes, previsto en el acuerdo, de no intercambiar impunidades.

Estas disposiciones legales pretenden configurar una política más amplia para asegurar que los instrumentos del SIVJRNR garanticen la impunidad de los crímenes de Estado y de sus cómplices. En contraste con el espíritu de centralidad de las víctimas y sus derechos, la normatividad aplicada a los agentes estatales involucrados en graves crímenes y violaciones de derechos humanos no se ha centrado en garantizar el derecho a la verdad, la justicia y la participación de las víctimas, por el contrario, se aprecia un aumento desmedido de beneficios para los victimarios sin la adopción de contrapesos

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

para su otorgamiento.

En los modelos de justicia transicional los beneficios jurídicos se aplican a aquellas personas que se comprometen con la satisfacción de los derechos a la verdad, la reparación y se someten a la justicia. El decreto 706 va en contravía de la lógica de los modelos de justicia transicional premiando agentes estatales responsables de crímenes, sin que medie un compromiso para resarcir el daño causado a las víctimas y a la sociedad en su conjunto.

En ese sentido, entendemos que todas las instituciones y poderes públicos están compelidas a garantizar la satisfacción del derecho a la paz y velar por la implementación normativa del Acuerdo Final, así como también reconocemos la importancia de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República para acelerar dicha implementación mediante decretos ley que pongan en marcha las medidas más urgentes y necesarias tendientes a garantizar la pronta y efectiva materialización del Acuerdo Final de paz , como fue el caso de las leyes que reglamentaron el funcionamiento de los mecanismos del SIVJRGN, el D. 588 de 2017 que creó la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad y el D. 589 de 2017 que creó la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, entre otras.

No obstante este reconocimiento, sí nos vemos compelidos como organizaciones defensoras de derechos humanos comprometidas con la implementación del Acuerdo Final y el logro de una paz estable y duradera, a señalar en la presente intervención que el Gobierno Nacional con la expedición del D. 796 de 2017 excedió absolutamente todos los límites establecidos por la Constitución a su función legislativa extraordinaria, pero sobre todo, irrespetó los principios de autenticidad y bilateralidad del Acuerdo Final, al establecer una serie de medidas que lejos de estar orientadas a las satisfacción de los derechos de las víctimas, reglamentan materias que nunca fueron pactadas, aprovechando el déficit democrático de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas, y pone en riesgo la seguridad e integridad de los derechos de las víctimas, sobre todo las garantías de no repetición.

Aun cuando entendemos que en el análisis de estas normas dentro de un proceso de justicia transicional debe haber una interpretación por parte de la Corte Constitucional que garantice la preservación del derecho y sobre todo la prevalencia del derecho, principio y valor fundamental que entraña la consecución de una paz estable y duradera por sobre las formas rituales en materia de constitucionalidad, ante el escenario extraordinario de ponerle fin a un conflicto armado de más de 60 años, el rol de la Corte es central y

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

esperamos que sea esta una garante de la Carta Política y de la implementación misma del Acuerdo, en lo que respecta al D. 706 de 2017 este desborda todos los límites y competencias asignadas al Gobierno Nacional.

Justamente, por este compromiso que tenemos con la paz, para garantizar el principio de centralidad de los derechos de las víctimas, con garantías de no repetición, verdad y reparación bajo un paradigma de justicia restaurativa, donde se considere la calidad de garantes de los miembros de la fuerza pública, así como las diferencias entre la violencia socio-política y la propia del conflicto armado, para que exista un pleno respeto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario de manera complementaria, y evitar así abusos de las ramas del poder público en la implementación del Acuerdo Final, por todo esto le solicitamos a la Corte Constitucional que declare la inexecutable del D. 706 de 2017.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

A. Problemas jurídicos

Para efecto de esta intervención es necesario resolver los siguientes cuestionamientos sobre la totalidad del Decreto:

1. ¿El Decreto Ley 706 de 2017, expedido mediante el uso de facultades extraordinarias del Presidente de la República en virtud del artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, cumple con los requisitos formales y materiales para ajustarse a la Constitución?
2. ¿El Decreto Ley 706 de 2017, expedido mediante el uso de facultades extraordinarias del Presidente de la República en virtud del artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016, cuyo objeto es el de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo del Acuerdo Final, cumple con los requisitos de necesidad estricta, así como de conexidad objetiva, estricta y suficiente entre el decreto y el Acuerdo?

Para desarrollar los interrogantes es oportuno enunciar la sentencia C-699 de 2016. En este fallo se reconoció la competencia del Presidente de la República para legislar de manera extraordinaria, sin embargo, entendió que esa competencia no era ilimitada, y que entre otros aspectos la Corte debía verificar que los decretos con fuerza de ley cumplan con la finalidad ***“para la cual se confieren las facultades, a saber, facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final; que tengan entonces una conexidad objetiva,***

estricta y suficiente con el referido acuerdo; que se den en circunstancias excepcionales, pues las facultades son precisamente extraordinarias (...)". Los decretos expedidos en uso de estas facultades son una herramienta "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". Su finalidad última es lograr la paz dentro del marco constitucional, luego es indispensable establecer un control sobre el abuso de poder.

B. Control material y formal de los decretos expedidos bajo facultades extraordinarias

1. El control constitucional de decretos ley dentro del procedimiento legislativo especial

El Acto Legislativo 01 de 2016 establece la facultad extraordinaria para que el Presidente de la República pueda expedir decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final. Estos decretos tienen control material y formal por parte de la Corte Constitucional, bajo el entendido que los mismos no pueden sacrificar principios propios del Estado Social de Derecho, entre ellos, la separación de poderes y los derechos de las víctimas.

Respecto a los controles formales, los decretos con fuerza de ley los mismos deben i) ser expedidos por el Presidente de la República atendiendo a lo dispuesto por el artículo 115 de la Constitución; ii) los mismos deben ser expedidos dentro de los siguientes 180 días a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2016; y iii) el decreto debe tener ***una motivación suficiente, la cual demuestre su condición de instrumento para la implementación del Acuerdo Final***³ (énfasis nuestro) Por otro lado, el control material de los decretos implica que los mismos deben atender a los criterios de i) necesidad estricta y ii) conexidad objetiva, estricta y suficiente con el Acuerdo Final.

Sobre el primer elemento, esto es, necesidad estricta, el mismo se deriva del principio de separación de poderes. Así, la tensión que genera expedir decretos con fuerza de ley por medio de la facultad excepcionalidad que se le confiere al Presidente y que originalmente reside en el legislativo, se compensa con la urgencia e imperiosa necesidad de que su expedición no sea objetivamente posible tramitar por los canales ordinarios y especiales del Congreso de la República, precisó la Corte:

"Esta exigencia de estricta necesidad se justifica porque toda habilitación extraordinaria para legislar supone un sacrificio para el principio democrático. Mientras el Congreso de la República representa al pueblo, tiene una configuración pluralista y

³ Corte Constitucional, sentencia C-160 de 2017, MP Gloria Stella Ortiz Delgado

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

garantías de multiculturalidad, y sus procedimientos son deliberativos y mayoritarios, el Presidente de la República no encarna simultáneamente todos estos valores. Por lo mismo, ese sacrificio debe estar debidamente justificado. Tradicionalmente, la atribución de facultades extraordinarias se legitima por la conveniencia de contar con legislación oportuna o tecnificada. Pero en el contexto del Acto Legislativo 1 de 2016 no es suficiente con apelar en abstracto a estos dos objetivos. Es posible que las medidas del decreto ley se requieran con inmediatez, pero el procedimiento legislativo especial garantiza una legislación expedita. Es también factible que las normas del decreto ley exijan desarrollo técnico, pero las reglas especiales del proceso legislativo propician la tecnificación de la legislación⁴.”

El segundo elemento del control material, es decir la conexidad, exige que deban concurrir los elementos de ser estricta, necesaria y suficiente. Sobre la conexidad objetiva, ha señalado la Corte que el Gobierno debe demostrar un vínculo *cierto y verificable* entre el contenido del decreto sometido a examen y el Acuerdo Final, es decir, el contenido del decreto no puede regular aspectos distintos o que excedan el propósito de la implementación del contenido del Acuerdo Final. Por su parte, la conexidad estricta exige que, además de la demostración del vínculo cierto y verificable, el Gobierno demuestre ese aspecto concreto y definido del Acuerdo que pretende regular. Esta conexidad estricta es necesaria para que el ejecutivo, bajo el argumento de regular las materias que engloban los seis puntos del Acuerdo Final, no se exceda en las facultades extraordinarias al punto de generar una afectación irremediable sobre alguno de los principios de la Constitución, como la separación de poderes. Sobre la conexidad estricta señaló la Corte:

*“La valoración de la conexidad estricta supone una labor en dos niveles: primero, el Gobierno deberá identificar cuál es el **contenido preciso** del Acuerdo que es objeto de implementación y segundo, demostrar que la medida respectiva está vinculada con dicho contenido. Por ende, se incumplirá esta condición cuando (i) la referencia que haga el Gobierno al Acuerdo no tenga un nivel de precisión, al reseñar a materias genéricas de este; o (ii) no exista un vínculo verificable entre esa materia precisa y los contenidos del decreto respectivo, de manera que la norma extraordinaria termine regulando asuntos diferentes a los del Acuerdo Final, los cuales deben ser en toda circunstancia tramitados a través del procedimiento legislativo ordinario⁵”*

Finalmente, la conexidad suficiente está vinculada al deber del Gobierno de demostrar argumentativamente, dentro de la motivación del decreto objeto de control, la relación

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-174 de 2017, MP María Victoria Calle Correa

⁵ *Ibid.*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

directa entre las materias reguladas en el mismo y el contenido preciso del Acuerdo Final (conexidad estricta) que debe identificarse. Sobre este criterio señaló la Corte en la sentencia C-174 de 2017: *“De nuevo, como sucede en el caso de la conexidad estricta, las argumentaciones del Gobierno que sean genéricas o que refieran a relaciones incidentales o indirectas entre el decreto correspondiente y el contenido preciso del Acuerdo, desconocerán la conexidad suficiente e implicarían un ejercicio excesivo de las facultades extraordinarias conferidas por el Acto Legislativo 1 de 2016”*.⁶

2. Verificación del cumplimiento de los requisitos formales del Decreto

Según los criterios exigidos por la Corte respecto al control de forma, el Decreto 706 de 2017 cumple con esas condiciones, a saber: i) Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 151 Superior, el Decreto está suscrito por el Ministro de Justicia y del Derecho, Enrique Gil Botero, así como del Ministro de Defensa Nacional, Luis Carlos Villegas Echeverri, quienes tienen relación directa con las materias que se pretenden regular en el Decreto objeto de examen; ii) adicionalmente, el Decreto especifica en su título el contenido del mismo al señalar *“por el cual se aplica un trato especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y se dictan otras disposiciones”*, suficiente para cumplir con lo exigido por el artículo 169 de la Constitución; iii) el Decreto explícitamente expone que la promulgación del mismo responde al ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente que le confirió el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2016; finalmente, iv) el Decreto 706 de 2017 presenta una exposición de motivos por parte del Presidente de la República que basta para cumplir con el requisito de forma exigido por la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3. Incumplimiento de los requisitos materiales de constitucionalidad del Decreto

Seguidamente, presentaremos que, si bien se cumplen los requisitos de forma, el Decreto 706 de 2017 no soporta el control constitucional en sus requisitos materiales o de conexidad teleológica según las características que ésta encierra y que se presentaron anteriormente.

i. Ausencia de conexidad objetiva, estricta y suficiente en el Decreto Ley 706 de 2017

Según esta corporación para establecer que efectivamente existe conexidad, es necesario

⁶ *Ibíd.*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

demostrar que el Decreto Ley en cuestión trata una materia que es conexas con el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera⁷. No obstante, esta Corte ha sido enfática al señalar que la relación o vínculo que presupone la conexidad no es simple, al contrario, debe ser: objetivo, estricto y suficiente.

- **Conexidad objetiva**

La conexidad objetiva refiere a "*la necesidad de que el Gobierno demuestre un vínculo cierto y verificable entre un contenido del Acuerdo Final y la materia del decreto respectivo.* La regla fijada en el Acto Legislativo determina que dichos decretos deben servir para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo. Ello quiere decir que son desarrollos del mismo, lo que implica que no puedan regular aspectos diferentes o que rebasen el ámbito de aquellos asuntos imprescindibles para el proceso de implementación. Sobre este último aspecto, se desconocerá la conexidad objetiva cuando la materia regulada, aunque en un primer momento se advierta que está vinculada con el Acuerdo Final, termina por regular asuntos que exceden los propósitos de su implementación⁸".

Antes que nada, es necesario señalar que el Acuerdo Final no establece expresamente la posibilidad de suspender la ejecución de órdenes de captura a los miembros de la Fuerza Pública y mucho menos de revocar o sustituir medidas de aseguramiento. Sobre este último beneficio, es necesario anotar que el Acuerdo Final no prevé tal posibilidad ni siquiera para los integrantes de las FARC; por lo que no estamos frente a un desarrollo del Acuerdo sino de la regulación de un aspecto diferente. Así, es posible constatar de entrada que no existe un vínculo cierto y verificable entre el Decreto en mención y el texto del Acuerdo Final.

Ahora bien, suponiendo que a partir del espíritu y los principios del acuerdo se hubiese previsto la posibilidad de extender estos beneficios a la Fuerza Pública, analicemos los acápites puntuales del Acuerdo a los que el Gobierno se refiere para justificar la expedición de este Decreto. Dentro de las consideraciones del Decreto, el Gobierno se remite en primera medida al numeral 15 del punto 5.1.2 del Acuerdo Final, que establece que "*el funcionamiento del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, es inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron, directa o indirectamente en el conflicto armado interno, y sus decisiones ofrecerán **garantías de seguridad jurídica** a todos los anteriores*". Al invocar dicho numeral el Gobierno pretende establecer la existencia de un vínculo cierto y verificable entre el Decreto Ley y el Acuerdo Final.

⁷Corte Constitucional, Sentencia C 699 de 2016, párr. 65 y 66.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 160 de 2017, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, párr. 89

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Aunque no es menos cierto que las decisiones del componente de justicia del SIVJRNR deben ofrecer seguridad jurídica, resulta necesario aclarar que esta garantía no aplica para el caso en concreto, pues sólo puede predicarse de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho. Como se explicará más adelante, los miembros de las FARC y la Fuerza Pública a pesar de su calidad común de excombatientes y/o de su participación directa o indirecta en el conflicto armado, hoy en día, previo a la entrada en funcionamiento de la JEP, no se encuentran en una situación de *facto* similar que justifique un tratamiento completamente igualitario y menos la expedición de disposiciones tales como las contenidas en el Decreto en mención. Lo anterior, en razón a que una vez son suspendidas las órdenes de captura de los miembros de las FARC, estos deben dirigirse o permanecer en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, mientras que de llegar a concederse este mismo beneficio a los miembros de la Fuerza Pública o la revocatoria o modificación de sus medidas de aseguramiento, estos continuarían o accederían a la libertad en perjuicio de intereses fundamentales tales como: la seguridad de las víctimas o la preservación de los medios de prueba que podrían allegarse a la instancia de juzgamiento. Podría pensarse que esta es incluso la razón que justifica la ausencia de previsión de este tipo de beneficios para la Fuerza Pública en el Acuerdo Final. Luego, el vínculo que pretende establecer el Gobierno entre el Acuerdo, a partir de la garantía de seguridad jurídica del numeral 15 del punto 5.1.2 y el Decreto Ley 706 de 2017, no es ni cierto ni verificable y en consecuencia, la conexidad objetiva requerida es inexistente.

Ahora bien, el Gobierno invoca el numeral 33 del punto 5.1.2 del Acuerdo Final, el cual establece que *"el componente de justicia del SIVJRNR prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas punibles cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas"*. Esta segunda referencia al Acuerdo Final no parece establecer de manera concreta y clara la pertinencia del Decreto Ley en mención en términos de su implementación. Si bien es cierto que la JEP tendrá una competencia exclusiva y prevalente, el Gobierno no establece como el Decreto Ley 706 de 2017 facilita o asegura la implementación de esta premisa contenida en el numeral 33 del punto 5.1.2 del Acuerdo.

Claro, el Decreto Ley en mención no desconoce que las conductas cometidas por miembros de la Fuerza Pública en el marco del conflicto armado serán competencia de la JEP y que, por ende, deberán comparecer ante esta última, al contrario preserva esta idea en la lógica de su articulado. Sin embargo, el Gobierno se basa en este simple hecho para justificar vagamente y sin razón aparente la expedición de disposiciones normativas relativas a la suspensión de la ejecución de órdenes de captura y la revocatoria o

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

modificación de las medidas de aseguramiento de miembros de la Fuerza Pública; asunto que excede o nada tiene que ver con la implementación del numeral 33 del Acuerdo.

- **Conexidad estricta**

Mediante la sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 1 de 2016 relativos al procedimiento legislativo especial para agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de la Paz Estable y Duradera de “tránsito rápido” o “*fast track*”.

En la mencionada decisión, la Corte Constitucional dejó en claro que las facultades otorgadas al Presidente y al Congreso de la República se conferían con el fin de “**facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final**” y en consecuencia, tal desarrollo debía conservar una “**conexidad objetiva, estricta y suficiente con el referido acuerdo**”.

Evidentemente, las competencias otorgadas al Presidente y al Congreso de la República no son ilimitadas. La finalidad meridiana de las facultades extraordinarias está concebida con el único objetivo de “*facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final*”, de acuerdo a algunos criterios constatables. En la sentencia en comento, consideró la Corte que

*“el procedimiento solo puede usarse para desarrollar el acuerdo final, y **no para introducir reformas desprovistas de conexidad con este último**”.*

Sobre el criterio de Conexidad, estableció la Corte que:

*“la norma demandada se limita a habilitar al Presidente de la República para ejercer facultades extraordinarias para “facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo” del acuerdo final. Por tanto, **no puede invocarse la habilitación para expedir decretos con fuerza de ley si estos no tienen una conexidad objetiva, estricta y suficiente con el acuerdo final**. Aún más, dentro de ese ámbito, el Presidente de la República no puede emitir cualquier clase de legislación extraordinaria”.*

Para efectuar el control que debe surtirse constitucionalmente,

*“la Corte deberá verificar que los decretos con fuerza de ley **cumplan la finalidad para la cual se confieren las facultades, a saber, facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final; que tengan entonces una conexidad objetiva, estricta y suficiente con el referido acuerdo**; que se den en circunstancias excepcionales, pues las facultades son precisamente*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

extraordinarias, lo cual supone que sea necesario usarlas en vez de acudir al trámite legislativo ante el Congreso; y que respeten en general el ordenamiento constitucional.

Ahora bien, en la reciente sentencia C 160 de 2017, en lo referido al principio de conexidad estricta, la Corte lo desarrolló ampliamente en los siguientes términos. La valoración de la conexidad estricta supone una labor en dos niveles:

Primero, el Gobierno deberá identificar cuál es el **contenido preciso** del Acuerdo que es objeto de implementación y segundo, demostrar que la medida respectiva está vinculada con dicho contenido. Por ende, se incumplirá esta condición cuando (i) la referencia que haga el Gobierno al Acuerdo no tenga un nivel de precisión, al reseñar a materias genéricas de este; o (ii) no exista un vínculo verificable entre esa materia precisa y los contenidos del decreto respectivo, de manera que la norma extraordinaria termine regulando asuntos diferentes a los del Acuerdo Final, los cuales deben ser en toda circunstancia tramitados a través del procedimiento legislativo ordinario:

go. La conexidad estricta, que también puede denominarse como un juicio de finalidad, refiere a la carga argumentativa para el Gobierno, consistente en demostrar que el desarrollo normativo contenido en el decreto responde de manera precisa a un aspecto definido y concreto del Acuerdo.

A juicio de la Sala, esta limitación resulta crucial en términos de preservación del principio de separación de poderes. Como es bien sabido, las materias sobre las cuales versa el Acuerdo Final están vinculadas a diferentes aspectos relativos a (i) el desarrollo agrario integral; (ii) la participación en política, en particular de los integrantes de los grupos armados en armas; (iii) 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. Por ende, en virtud de la amplitud de esas materias, una concepción genérica de la habilitación legislativa extraordinaria conllevaría irremediablemente a desconocer la naturaleza estrictamente limitada de la competencia gubernamental de producción legislativa. Asimismo, esta visión amplia 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 la separación de poderes.

Así, la valoración de la conexidad estricta supone una labor en dos niveles: primero, el Gobierno deberá identificar cuál es el contenido preciso del Acuerdo que

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

*es objeto de implementación y segundo, demostrar que la medida respectiva está vinculada con dicho contenido. Por ende, **se incumplirá esta condición cuando (i) la referencia que haga el Gobierno al Acuerdo no tenga un nivel de precisión, al reseñar a materias genéricas de este; o (ii) no exista un vínculo verificable entre esa materia precisa y los contenidos del decreto respectivo, de manera que la norma extraordinaria termine regulando asuntos diferentes a los del Acuerdo Final, los cuales deben ser en toda circunstancia tramitados a través del procedimiento legislativo ordinario.***

Para el caso particular que nos convoca -entre otras muchas razones- la última hipótesis presentada por la Corte en el aparte acabado de citar, vicia de inconstitucionalidad el Decreto 706 de 2017: la misma exposición de motivos dada por el Gobierno Nacional, evidencia cómo el decreto regula asuntos que exceden su competencia extraordinaria y el marco jurídico dado por el Acuerdo Final. Veamos.

El Acuerdo Final en el punto 5.1.2.32 estableció claramente:

*32. 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.*

Sin embargo, el Gobierno Nacional de forma unilateral decidió variar tal principio, matizarlo y desnaturalizarlo, tal como quedó consignado en la exposición de motivos del Decreto 706, en los siguientes términos:

*Que en virtud de los principios de inescindibilidad y prevalencia de la JEP, y **en desarrollo del tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo para los agentes del Estado,** en particular para los miembros de la Fuerza Pública, se hace urgente y necesario dotar a la Fiscalía General de la Nación de un instrumento legal que, dentro de la independencia y autonomía inherentes a la Rama Judicial, le permita a los funcionarios judiciales aplicar un tratamiento especial respecto de quienes se haya dictado medida de aseguramiento privativa de la libertad en el marco de investigaciones y procesos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Lo consignado en el Acuerdo respecto al tratamiento "equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico"; injustificada, arbitraria y unilateralmente varió a un tratamiento "simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo".

El Gobierno Nacional pretende, por medio de la presunta pero desleal implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final, variar aspectos que a posteriori consideró unilateralmente, pero que no fueron pactados en el proceso de paz. Ni el Congreso ni el Presidente tienen competencia ni están facultados para, por medio del trámite extraordinario del "fast track" restringir, modificar, suprimir o agregar, aspectos que no estén consignados o contradigan la coherencia, integralidad, espíritu, compromisos y principios pactados en el Acuerdo Final. Los desarrollos normativos que incurran en ello, deberán ser declarados inexecutable por la Corte Constitucional, en concordancia con lo dispuesto por el Acto Legislativo 02 de 2017, donde se define el deber de implementación del Acuerdo de buena fe, y que este será un parámetro de interpretación para determinar la validez de las normas de desarrollo de dicho Acuerdo.

En igual sentido, usar argumentos sobrevinientes, ajenos al desarrollo genuino del Acuerdo Final, por situaciones presuntas que a determinados funcionarios les parecen nocivas, para legitimar desarrollos normativos desleales al Acuerdo, no faculta al Congreso o al Presidente para legislar o reglamentar, según les parezca, por fuera de la implementación estricta del Acuerdo Final.

Entre las consideraciones contenidas en la exposición de motivos del Decreto 706 encontramos:

Que el Fiscal General de la Nación ha manifestado que existe un vacío frente a los 'miembros de la Fuerza Pública en comparación con los beneficios que son otorgados a los miembros de las FARC-EP relacionados con la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura.

Que en concepto del jefe del ente acusador esta diferencia de trato normativo no sólo conduce a la vulneración de los principios del Acuerdo Final, sino a que miembros de las FARC-EP que aún no han hecho tránsito a la legalidad gocen de la libertad mientras que los agentes del Estado que son objeto de investigación pueden ser privados de su libertad para atender el llamado de la justicia, lo cual evidencia un trato asimétrico contrario a el Acuerdo Final, el acto legislativo 01 de 2017 y a la Ley 1820 de 2016.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Que dado el inminente riesgo de afectación de los principios del Acuerdo Final por, el otorgamiento de tratos asimétricos a los miembros de la Fuerza Pública respecto del tratamiento otorgado a las FARC-EP, es necesario acudir a las facultades extraordinarias con las que cuenta el Gobierno Nacional para garantizar la implementación de la forma más ágil y expedita en aquellos puntos que tengan una conexidad directa con este.

Las respetables manifestaciones, opiniones y conceptos del señor Fiscal General de la Nación sobre este particular, en absoluto son relevantes para la ejecución y desarrollo normativo del Acuerdo Final y, en cambio, son inoportunas e impertinentes como fundamento para expedir y legitimar un decreto, haciendo uso de la vía extraordinaria con que se facultó al Presidente de la República con el fin único de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto.

Ubicar, al menos en parte, la conexidad estricta del Decreto con el Acuerdo Final, en manifestaciones y conceptos del Fiscal General de la Nación, demuestra cómo se está vulnerando tal principio básico. Resulta inaceptable que el Gobierno Nacional pretenda demostrar la conexidad del desarrollo normativo contenido en el decreto con algún aspecto definido concretamente en el Acuerdo, a partir de la declaración de funcionarios estatales, cuyas opiniones no tienen carácter vinculante alguno, y no dejan de ser "manifestaciones" o "conceptos" de una u otra persona. Máxime, cuando ha sido claro el proceder del señor Fiscal en pretender modificar el espíritu y la esencia de lo que ya fue pactado entre las partes y que les resulta, eso sí, vinculante.

En efecto, ni en el Acuerdo Final, ni en la Ley 1820 de 2016, *por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones*, se reguló lo relativo a la suspensión de órdenes de captura a favor de integrantes de la Fuerza Pública. Contrario a lo sostenido por el acucioso Fiscal General de la Nación y reafirmado sorprendentemente por el Gobierno Nacional después de haber suscrito el Acuerdo Final, tal aparente omisión no lo es realmente: el tratamiento "**equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico**" en el que "**deberá tenerse en cuenta la calidad de garante de derechos por parte del Estado**", implica el reconocimiento de que combatientes de la insurgencia y combatientes del Estado están en situaciones y circunstancias jurídica y políticamente distintas, que tienen como consecuencia un tratamiento diferenciado. Así como los agentes estatales no pueden ser beneficiarios de amnistías e indultos; a los miembros de la insurgencia se les suspenden las órdenes de

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

captura, por razones jurídicas y políticas, que solo les pueden ser aplicables a ellos, en su condición de rebeldes. Debemos concluir así que la razón por la que ni el Acuerdo Final, ni la ley 1820 de 2016, reguló esa situación, es precisamente porque así fue acordado entre las partes, al reconocer el carácter diferenciado entre insurgentes y agentes estatales.

Por las anteriores consideraciones debemos concluir que el Decreto 706 regula de facto situaciones que no tienen relación con el Acuerdo Final, transgrediendo, entre otros, el principio de conexidad estricta.

- **Conexidad suficiente**

Como se señaló en apartes anteriores, la conexidad suficiente, en armonía con la conexidad objetiva y estricta, exige una carga demostrativa para el Ejecutivo que debe incluirse en la motivación del decreto sometido a control, en el que debe, por una parte, existir congruencia entre las motivaciones y las disposiciones del decreto con fuerza de ley⁹ y justificar por qué las normas contenidas en el mismo son desarrollos propios del Acuerdo Final, por lo cual, no es suficiente una relación genérica respecto a algún elemento contenido en el Acuerdo Final para que sea suficiente.

Es posible identificar en el Decreto 706 de 2017, tres grandes motivaciones: **i)** Una referencia a disposiciones propias del Acuerdo Final y la integración de dichas disposiciones al ordenamiento jurídico colombiano mediante el Acto Legislativo 01 de 2017; **ii)** Un desarrollo del principio contenido en el artículo 17 del Acto Legislativo 01 de 2017, respecto a la aplicación de un trato diferenciado, equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico respecto a Agentes del Estado que hayan cometido delitos relacionados con el conflicto armado cuando estos se acojan al Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y No Repetición; y finalmente **iii)** Que el decreto responder a los reparos que públicamente ha realizado el Fiscal General de la Nación al SIVJNR, por lo cual, es necesario otorgarle un instrumento legal para evitar tratos “asimétricos” entre los miembros de la guerrilla y los agentes del Estado. Sobre este último elemento, es importante señalar *prima facie*, que el uso de reparos públicos por funcionarios públicos no resulta adecuado para la justificación del uso del mecanismo de facultades excepcionales otorgadas al Presidente, según los criterios establecidos por la Corte Constitucional en sentencia C-699 de 2016 y aquellos acordados por las partes en el Acuerdo Final.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-174 de 2017, MP María Victoria Calle

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Sobre el primer y segundo elemento, el Presidente de la República justifica la expedición del Decreto 706 de 2017 considerando que un elemento del Acuerdo (Punto 5.1.2) era la implementación del Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) que se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron, directa o indirectamente, en el conflicto armado interno. Así, el componente de justicia de este SIVJRNR, es decir, la Jurisdicción Especial para la Paz, tendrá preferencia para conocer sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas que se adelanten por conductas ocasionadas. En el marco de este conocimiento preferente, el Acuerdo y su incorporación en el ordenamiento jurídico, dicha jurisdicción deberá aplicarse de *forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico* a los actores del conflicto. Este principio corresponde al numeral 32 del Punto 5 Víctimas del Acuerdo Final, que fue integrado al ordenamiento jurídico mediante el artículo 17 del Acto Legislativo 01 de 2017.

Ahora, la inclusión de este principio dentro del SIVJRNR busca que el mismo sea interpretado y aplicado por la propia Jurisdicción Especial para la Paz, es decir, es un criterio que se deberá tener en cuenta cuando los operadores judiciales que hagan parte de este elemento de justicia transicional conozcan, según lo señala el mismo Acuerdo Final, de las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas que versan sobre conductas cometidas con ocasión del conflicto armado. Incluso, los artículos 2, 3, 4 y 5 del decreto 706 de 2017 han señalado directamente que los principios que rigen el Decreto no pueden ser otros que los del Acuerdo Final y aquellos contenidos en la Ley 1820 de 2016, sin embargo, existe una discrepancia entre la motivación del decreto y el articulado ya que el mismo no responde a los principios establecidos en el Acuerdo Final, ni aquellas cláusulas contenidas en la Ley 1820 de 2016, como se explicará al momento de analizar el articulado del decreto en esta intervención..

Sobre el tercer elemento, es decir, la expedición del Decreto por medio de facultades extraordinarias atendiendo a reparos que públicamente hiciera el Fiscal General de la Nación a la Jurisdicción Especial para la Paz, y con el fin de evitar un trato desigual e injustificado entre la guerrilla y las fuerzas armadas, especialmente, respecto a quienes se han suspendido órdenes de captura por estar en las Zonas Veredales Transitorias es importante resaltar que: i) La ley 1820 de 2016 regula las amnistías, indultos y otros tratamientos especiales, en la cual se disponen condiciones específicas para las libertades de los miembros de la fuerza pública procesados por delitos graves, que en cualquier

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

caso, deben hacerse efectivas de manera transitoria y condicionada; ii) Gran parte de los miembros de la guerrilla beneficiados con las medidas que establece la Ley 1820 de 2016 están condicionados a permanecer en las Zonas Veredales Transitorias bajo observación y control del Mecanismo de Monitoreo y Verificación (MM&V), y posterior sometimiento al SIVJNR en los casos en que hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos. Consideraciones que no son tenidas en cuenta en la parte motiva del decreto objeto de estudio y genera una deficiencia argumentativa, especialmente, porque la lectura de las motivaciones son contradicciones con la legislación que regula las amnistías, indultos y otros tratamientos especiales (ley 1820 de 2016), ya que no existen argumentos que sostengan la necesidad de generar mayores beneficios en el Decreto que los contemplados en la Ley 1820 de 2016.

La motivación del decreto finaliza sosteniendo que: *en virtud de los principios de inescindibilidad y **prevalencia de la JEP**, y en desarrollo del tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo para los agentes del Estado, en particular para los miembros de la Fuerza Pública, se hace **urgente y necesario dotar a la Fiscalía General de la Nación** de un instrumento legal que [...] le **permita a los funcionarios judiciales** aplicar un tratamiento especial respecto de quienes se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad en el marco de investigaciones y procesos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”* (énfasis nuestro).

Sin embargo, existe una deficiencia argumentativa en cuanto el Ejecutivo no sustentó las razones por las que, si se busca la prevalencia de la JEP (y los principios que la componen), sea urgente y necesario dotar a la Fiscalía General de la Nación de los instrumentos que establece el Decreto 706 de 2017, sin que en los mismos se contemple la participación de los organismos que componen la Jurisdicción Especial para la Paz, es decir, la Secretaría Ejecutiva Transitoria de la Jurisdicción Especial para la Paz o las salas que conformarán dicha jurisdicción, concretamente la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas que, según el artículo 28 de la Ley 1820 de 2016, será la encargada de definir la situación jurídica de todos quienes hayan accedido a la Jurisdicción Especial para la Paz.

Por lo anterior, consideramos que la deficiencia argumentativa en la motivación del Decreto 706 de 2017 y las contradicciones que esta presenta con los principios del Acuerdo Final, aquellos que rigen el SIVJNR y la Ley 1820 de 2016, imposibilita el cumplimiento de la conexidad suficiente que exige la Corte Constitucional para los

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

decretos expedidos bajo las facultades extraordinarias del AL 01 de 2016.

Según esta Corte, el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el art 2º del A.L. 1 de 2016 está supeditado a que se acredite suficientemente, no sólo la relación de conexidad entre las medidas adoptadas y la implementación del acuerdo final, sino, también, la estricta necesidad de acudir a la vía extraordinaria.

4. Estricta necesidad

A partir de este criterio se debe comprobar que *"la expedición del Decreto ley en cuestión tenga efectivamente una justificación estricta por parte del Presidente de la República"¹⁰, es decir, que "el **trámite legislativo ordinario**, así como el **procedimiento legislativo especial** de que trata el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016, **no eran idóneos** para regular la materia objeto del decreto. Por ende, el requisito de necesidad estricta exige que la regulación adoptada a través de la habilitación legislativa extraordinaria tenga carácter **urgente e imperioso**, de manera tal que no sea objetivamente posible tramitar el asunto a través de los canales deliberativos que tiene el Congreso, bien sea ordinarios y especiales"¹¹.*

Esta condición de excepcionalidad exige entonces al Gobierno demostrar que el trámite legislativo ordinario, así como el procedimiento legislativo especial de que trata el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016, no eran idóneos para regular la materia objeto del decreto. Por ende, el **requisito de necesidad estricta exige** que la regulación adoptada a través de la habilitación legislativa extraordinaria tenga carácter urgente e imperioso, de manera tal que no sea objetivamente posible tramitar el asunto a través de los canales deliberativos que tiene el Congreso, bien sea ordinarios y especiales.

En relación con el Decreto 706 se plantea entre otros como argumentos que motivan su expedición, los siguientes :

"(...) Que el Fiscal General de la Nación ha manifestado que existe un vacío frente a los miembros de la Fuerza Pública en comparación con los beneficios que son otorgados a los miembros de las FRAC-EP en relación con la ejecución de las órdenes de captura.

Que en concepto del Jefe del ente acusador esta diferencia de trato normativo no sólo conduce a la vulneración de los principios del Acuerdo Final, sino que a miembros de las FARC-EP que

¹⁰ Corte Constitucional, Comunicado de la Sentencia C 160 de 2017, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C 160 de 2017, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, párr. 92

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

aún no han hecho tránsito a la legalidad gocen de libertad mientras que los Agentes del Estado que son objeto de investigación pueden ser privados de su libertad para atender el llamado de la Justicia, lo cual evidencia un trato asimétrico contrario a el Acuerdo Final, el Acto legislativo 01 del 2017 y la ley 1820 del 2016.”

Y culmina la motivación del decreto que en virtud de los principios e inescindibilidad y prevalencia de la JEP y en desarrollo del tratamiento simétrico en algunos aspectos diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo para agentes del Estado, el particular para los miembros de la Fuerza Pública se hace necesario dotar a la Fiscalía General de un instrumento legal que, dentro de su independencia y autonomía inherente a la Rama Judicial, le permita a los funcionarios judiciales aplicar un tratamiento especial respecto de quienes se haya dictado medida de aseguramiento privativa de la libertad en el marco de investigaciones y proceso por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con conflicto armado.

Si bien el Acuerdo final establece en el párrafo 4 del No. 32, 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* ”, ello en manera alguna significa que se otorgue una patente de corso para suspender las órdenes de captura, revocar o sustituir medidas de aseguramiento a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren investigados por cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, y según la exposición de motivos del decreto, en aplicación del carácter **prevalente e inescindible** del componente de Justicia del SIVJRN.

Si bien el Acuerdo Final y el Acto legislativo 01 del 4 de abril del 2017 establece la competencia prevalente de la JEP, al establecer que ésta prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas, hasta tanto la JEP no se establezca que los hechos victimizantes están relacionados con el conflicto, **no opera competencia prevalente.**

Un decreto ley proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas en el Acto legislativo no puede como lo ha señalado la Corte Constitucional¹² “

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-160

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

regular asuntos sujetos a reserva de ley que no estén mencionados en el Art 150 -10 de la Carta Política". La Corte Constitucional ha sido clara al señalar que :

"(...) el ámbito de validez de los decretos dictados conforme al artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 es el de servir de medios para la implementación del Acuerdo, 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."

La acreditación del Gobierno del requisito de necesidad estricta no se suple simplemente con exponer criterios de conveniencia política o eficiencia en la expedición normativa, *"sino que exigen un estándar mayor, consistente en la demostración acerca de la ausencia de idoneidad del mecanismo legislativo ordinario u especial, en virtud de las condiciones de urgencia antes mencionadas. En otras palabras, lo que le corresponde al Ejecutivo es establecer, dentro de los considerandos de los decretos extraordinarios, como el uso de la habilitación legislativa especial es imperioso para regular la materia específica de que trata el decreto respectivo. De no demostrarse ese grado de necesidad, se estaría ante un abuso en el ejercicio de la habilitación legislativa extraordinaria, puesto que se actuaría en abierto desmedro del carácter general y preferente de la cláusula de competencia legislativa a favor del Congreso."*

De otra parte, existen otras limitaciones que expresamente están excluidos de las facultades extraordinarias establecidas en el Art 2 del Acto legislativo 1 del 2016, y es que las facultades extraordinarias, (...) *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 "*

Conforme a esta restricción señala la Corte:

"El Congreso en ejercicio de su poder de reforma constitucional, concluyó inequívocamente que determinados asuntos, en razón a su relevancia, jerarquía normativa o por estar sujetos a requisitos constitucionales agravados para su aprobación, debían estar excluidos de la habilitación legislativa extraordinaria que, se insiste, carece de instancias para la deliberación democrática previa a la expedición de la respectiva norma. En ese sentido, se está ante una premisa similar a la expuesta

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

para el caso del requisito de necesidad estricta, consistente en que la definición de determinados asuntos, que por su importancia y pretensión de permanencia en el orden jurídico, requieren estar revestidos de la mayor deliberación democrática posible y, de suyo, no pueden ser sometidos a la regulación por parte de decretos extraordinarios, los cuales son excepcionales e intrínsecamente limitados en su ámbito material...”

Retomando el informe de ponencia favorable para primer debate en segunda vuelta en Congreso de la República, esta corporación afirmó que: *“facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley necesarios para facilitar y asegurar la implementación de las medidas de estabilización de **corto plazo** derivadas del Acuerdo Final (...) las leyes ordinarias necesarias exclusivamente para la estabilización de corto plazo de los acuerdos irán por facultades presidenciales, aquellas derivadas de reformas de largo plazo irán al Procedimiento Legislativo para la Paz (...)”* y concluye la Corte entonces que:

“ 95. Concorre, en ese sentido, un propósito definido de delimitar de manera precisa la habilitación legislativa extraordinaria a favor del Ejecutivo, tanto desde una perspectiva material como temporal. Con este fin, además de cumplir con las condiciones formales previstas en el Acto Legislativo 1 de 2016, los decretos adoptados con base en esa habilitación deben ser conexos a precisos contenidos del Acuerdo, no podrán versar sobre los asuntos excluidos en la enmienda 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”

Conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional las facultades otorgadas por el Presidente de la República no pueden ser usadas para i) Regular libertades, ii) Suspender órdenes de capturas, iii) Autorizar la revocatoria de medidas de aseguramiento a miembros de la Fuerza Pública, porque estos asuntos son de regulación estricta del Congreso de la República, sea a través de una ley estatutaria que reglamente la JEP, o aprobación de normas procesales para el funcionamiento de la JEP, amén de que ya la ley 1820 del 2016 había regulado las libertades transitorias anticipadas y condicionadas para Agentes del Estado previo al cumplimiento de varios requisitos y condiciones entre estos, la aceptación libre y voluntaria de acogerse a la JEP y el compromiso de que una vez entre a funcionar el SIVJNRN a contribuir a la verdad, la no repetición, la reparación a las víctimas. Así como los requisitos establecidos en el Art 52 y 53.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

- **Inexistencia de un carácter urgente, prioritario y/o imperioso**

El Gobierno nacional en sus consideraciones señala: "*que según el punto 6.1.9 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, deberán tramitarse de forma prioritaria, entre otros los proyectos normativos que permitan la suspensión de las órdenes de captura de integrantes de las FARC-EP o personas acusadas de serlo o de colaborar con dicha organización hasta la entrada en vigencia de la ley de amnistía*".

En primer lugar, resulta necesario aclarar que el trámite urgente y prioritario de normas jurídicas relativas a la suspensión de órdenes de captura se estableció exclusivamente respecto de los integrantes de las FARC-EP; la posibilidad de suspender órdenes de captura a los integrantes de la Fuerza Pública no fue prevista en el Acuerdo Final y menos la posibilidad de adelantar un trámite urgente y prioritario para tal fin.

En segundo lugar, el literal h) del punto 6.1.9 de los acuerdos establecía un límite temporal, esto es "*hasta la entrada en vigencia de la ley de amnistía*". Pues bien, el 30 de diciembre de 2016 fue publicada la Ley 1820 "*por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones*", norma que entró en vigencia el 31 de diciembre del mismo año. En el lapso de tiempo comprendido entre el 24 de noviembre de 2016 y el 31 de diciembre no se tramitó finalmente ningún proyecto normativo que permitiera la suspensión de las órdenes de captura de las FARC-EP, al contrario, comenzaron a adelantarse bajo la vigencia de la ley antes mencionada. Luego, el literal h) no es aplicable hoy en día en virtud de la existencia de la Ley 1820 de 2016 y, por ende, tampoco es susceptible de ser invocado para justificar el trámite urgente o prioritario de un Decreto Ley como el 706 de 2017.

- **El Gobierno no argumenta la falta de idoneidad del trámite legislativo ordinario y del procedimiento legislativo especial**

Esta Corporación ha establecido que "*el trámite ordinario y el procedimiento legislativo especial, tienen carácter principal y preferente para la producción legislativa, de manera tal que la expedición de los decretos leyes debe partir de la demostración acerca de la imposibilidad objetiva, en razón a la falta de idoneidad del procedimiento legislativo ante el Congreso*". En otras palabras, los decretos extraordinarios de que trata el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 no son una atribución genérica o abierta al Gobierno para la

producción legislativa¹³.

Dentro de sus consideraciones el Gobierno Nacional advierte “[q]ue el **Fiscal General de la Nación** ha manifestado que existe un vacío frente a los ‘miembros de la Fuerza Pública en comparación con los beneficios que son otorgados a los miembros de las FARC-EP relacionados con la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura”. Párrafos después agrega “[q]ue en concepto del jefe del ente acusador esta diferencia de trato normativo no solo conduce a la vulneración de los principios del Acuerdo Final, sino a que miembros de las FARC-EP que aún no han hecho tránsito a la legalidad gocen de la libertad mientras que los agentes del Estado que son objeto de investigación pueden ser privados de su libertad para atender el llamado de la justicia, lo cual evidencia un trato asimétrico contrario a el Acuerdo Final, el acto legislativo 01 de 2017 y a la Ley 1820 de 2016”. Finalmente expresa que “(...)se hace urgente y necesario dotar a la Fiscalía General de la Nación de un instrumento legal que, dentro de la independencia y autonomía inherentes a la Rama Judicial, le permita a los funcionarios judiciales aplicar un tratamiento especial respecto de quienes se haya dictado medida de aseguramiento privativa de la libertad en el marco de investigaciones y procesos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”.

Sobre estas consideraciones es necesario señalar en primer lugar, que el Fiscal no representa al Gobierno Nacional y en segundo lugar, que no se sustentan de fondo los motivos de su preocupación, ni las razones que llevan a considerar que es imperioso extender el beneficio de la suspensión de órdenes de captura o la revocatoria o modificación de las medidas de aseguramiento de los miembros de la fuerza pública, a través de un Decreto Ley y no del trámite ordinario o procedimiento legislativo especial..Este tipo de consideraciones orientan más a establecer una cierta conveniencia política del trato “simétrico” que se pretende.

A este respecto la Corte Constitucional ha señalado que la acreditación por parte del Gobierno del requisito de necesidad estricta, no se sufre simplemente con exponer criterios **de conveniencia política o eficiencia en la expedición normativa**, sino que exigen un estándar mayor, consistente en la demostración acerca de la ausencia de idoneidad del mecanismo legislativo ordinario o especial, en virtud de las condiciones de

¹³ Ibídem, párr. 80.

urgencia antes mencionadas¹⁴.

En resumen, en el texto del Decreto Ley 706 de 2017, no se encuentran los argumentos que permitan dilucidar la estricta necesidad que exigía el uso de la facultad excepcional por parte del Presidente de la República en perjuicio del trámite ordinario o de la vía legislativa especial prevista por el Acto Legislativo 001 de 2016.

III. ANÁLISIS DEL ARTICULADO DEL DECRETO 706 DE 2017

De manera complementaria a las consideraciones jurídicas que ya se han expresado con relación a la insatisfacción de los requisitos constitucionales de la totalidad del Decreto 706 de 2017, que serían suficientes para una declaratoria de inexecuibilidad del mismo, las organizaciones firmantes de la presente intervención, queremos someter a la Honorable Corte un análisis sobre el contenido del articulado de dicha normativa, con el propósito de que igualmente sean tenidos en cuenta al momento de analizar la constitucionalidad del mismo:

A. Artículos sujetos a análisis

Artículo 1º. Objeto del presente decreto. El presente decreto tiene por objeto regular un tratamiento especial en desarrollo de los principios **de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición** - SIVJRN para los miembros de la Fuerza Pública **procesados por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, respecto de quienes se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad**

Artículo 2º. Principios aplicables. Se aplicarán la totalidad de los principios contenidos en el acuerdo de creación de la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del fin del conflicto, particularmente los establecidos en la Ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, respecto de la amnistía, el indulto y otros tratamientos penales especiales diferenciados, **en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.**

¹⁴ Ibidem, párr. 93.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Cualquier duda que surgiera en la interpretación o aplicación de este decreto, se resolverá aplicando el principio de favorabilidad para sus beneficiarios, conforme a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1820 de 2016.

Artículo 3°. Inescindibilidad. Los principios contenidos en el componente de justicia del SIVJRNR se aplicarán de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, cometidas con anterioridad a la entrada en vigencia del acuerdo final.

Artículo 4°. Seguridad Jurídica. Las decisiones o resoluciones proferidas por los funcionarios u órganos de la JEP en virtud del otorgamiento de la renuncia a la persecución penal, libertad transitoria condicionada y anticipada, y privación de la libertad en unidad militar o policial, contempladas en la Ley 1820 de 2016, solo podrán ser revisadas por tal jurisdicción y conforme a las normas establecidas para ello. Ninguna otra autoridad podrá revocarlas, sustituir las o modificarlas.

Artículo 5°. Prevalencia. El componente de justicia del SIVJRNR, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas.

Artículo 6°. Suspensión de la ejecución de las órdenes de captura. En virtud del carácter prevalente e inescindible del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, para hacer efectivo el tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo, la autoridad judicial correspondiente, tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación y siempre que se den los requisitos legales, suspenderá las órdenes de captura que se hayan dictado o se dicten en contra de miembros de la Fuerza Pública, en las investigaciones o procesos adelantados contra ellos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 600

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

de 2000, será el fiscal que adelante la investigación, quien adopte la correspondiente medida.

Artículo 7°. Revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento. **En virtud del carácter prevalente e inescindible del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, para hacer efectivo el tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo, la autoridad judicial correspondiente, tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación y siempre que se den los requisitos legales, revocará la medida de aseguramiento impuesta, o la sustituirá por una no restrictiva de la libertad, en las investigaciones o procesos adelantados contra ellos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.**

-
Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, será el fiscal que adelante la investigación, quien adopte la correspondiente medida.

Artículo 8°. **Suscripción de acta de compromiso para la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura, la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento.**

Para la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura, su revocatoria o cambio por otra medida de aseguramiento, los miembros de la Fuerza Pública deberán suscribir un acta de compromiso que contendrá los presupuestos establecidos en el parágrafo 1° del artículo 52 de la Ley 1820 de 2016, así como la obligación de atender los requerimientos de la autoridad que emitió la medida objeto de suspensión. Esta acta de compromiso se suscribirá ante la autoridad que profirió la orden de captura.

Artículo 9°. Levantamiento de la suspensión de la ejecución de las órdenes de captura. Cuando en los procesos adelantados conforme a la Ley 906 de 2004 el miembro de la Fuerza Pública al que se le haya suspendido la ejecución de la orden de captura conforme a lo establecido en los artículos anteriores, **incumpla los compromisos que le hayan sido impuestos al otorgarle ese beneficio**, la misma autoridad que adoptó esa decisión, previas solicitud del Fiscal de conocimiento y verificación del cumplimiento de los requisitos legales, procederá a revocar la suspensión de la ejecución de la orden de captura y ordenará que la misma se haga efectiva.

Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 600

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

de 2000, será el fiscal que adelante la investigación, quien adopte la correspondiente medida.

Artículo 10. Levantamiento de la revocatoria de la sustitución de la medida de aseguramiento. Cuando en los procesos adelantados conforme a la Ley 906 de 2004 e miembro de la Fuerza Pública al que se le haya revocado o sustituido la medida de aseguramiento conforme a lo establecido en los artículos anteriores, **incumpla los compromisos que le hayan sido impuestos al otorgarle alguno de esos beneficios la misma autoridad que adoptó esa decisión**, previas solicitud del Fiscal de conocimiento y verificación del cumplimiento de los requisitos legales, procederá a revocarla para en su lugar, imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, será el fiscal que adelante la investigación, quien adopte la correspondiente medida.

B. Problemas jurídicos

Corresponde a la Honorable Corte resolver:

1. ¿Cuál es el alcance constitucional de la expresión “tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo o simétrico” del Acuerdo Final que se expresa en el artículo 6 y 7 del Decreto 706 de 2017? y sobre dicho alcance, como parámetro de interpretación, ¿se puede colegir que el Decreto 706 de 2017 desarrolla estos principios? o, al contrario, ¿este Decreto contradice la autenticidad de los mismos otorgando privilegios desproporcionados a los miembros de la fuerza pública?
2. ¿Cuál es el estándar de participación de las víctimas en todos los procedimientos que se surtan, tanto judiciales como extrajudiciales, en la implementación del componente de justicia del SIVJRGNR? En específico ¿Incurrir el Decreto 706 de 2017 en una omisión legislativa en los artículos 7, 8 y 10 que amerita la necesaria integración de la norma por parte de la Corte Constitucional, toda vez que dispone una serie de procedimientos para otorgar libertades los cuales no prevén mecanismos de participación de las víctimas?
3. ¿Cuál es el alcance constitucional del principio de inescindibilidad del SIVJRGNR del Acuerdo Final? y ¿sobre dicho alcance, como parámetro de interpretación, se

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

puede colegir que el Decreto 706 de 2017 desarrolla este principio en sus artículos 1, 3, 6 y 7, o, al contrario, lo vulnera toda vez que desconoce la naturaleza integral del Sistema y a los elementos de una reparación?

4. ¿La expresión “en relación directa o indirecta con el conflicto” de los artículos 1, 2, 3, 5 y 7 Decreto 706 de 2017 hace referencia a todas las formas de violencia sólo por el hecho de haber sido perpetradas por actores del conflicto o, por el contrario, el concepto de conflicto armado delimita el marco de actuación de la JEP a aquellas acciones cometidas en un teatro de operaciones de la guerra¹⁵ y excluye aquellas conductas que pueden considerarse formas de violencia socio-políticas no relacionadas con el conflicto armado interno? Es necesario que la Corte Constitucional no guarde silencio sobre la expresión “en relación directa o indirecta con el conflicto” y los criterios constitucionales para interpretarla.
5. ¿El Decreto 706 de 2017 en sus artículos 1, 7, 8 y 10 desnaturaliza las instituciones jurídicas de las medidas de aseguramiento en el marco de un proceso de justicia transicional?
6. ¿Se vulneran los derechos de las víctimas en los artículos 1, 4, 7, 8 y 10 del Decreto 706 de 2017 cuando se disponen medidas de libertades para agentes del Estado que no prevén mecanismos de protección de los derechos de las víctimas, monitoreo y/o de conservación de la prueba?
7. ¿Se vulnera el principio de igualdad cuando en todo el Decreto 706 de 2017 se le otorga un tratamiento igual a un grupo poblacional, los agentes del Estado respecto de los ex-combatientes de las FARC-EP, tratándose de situaciones jurídicas diferentes?

C. Concepto

1. **El Decreto 706 de 2017 convierte el tratamiento “equitativo, equilibrado, simultáneo o simétrico” en tratamiento preferencial: artículos 6, 7 y 8.**

¹⁵ El Teatro de la Guerra “comprende la parte de la región de la guerra en la cual, durante un conflicto armado internacional determinado, se llevan a cabo efectivamente las hostilidades”. Ver. Pietro Verri. Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, primera reimpresión en castellano, febrero de 1999.

i. Tratamiento diferenciado en el Acuerdo Final

El Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado (en adelante “El Acuerdo” o “El Acuerdo de Paz” o “el Acuerdo Final”) incluyó la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (en adelante “SIVJRN”). Como antecedente sobre sus beneficiarios, se tiene que en el transcurso de las negociaciones de paz se reconoció que no solo las guerrillas tenían responsabilidad en la vulneración de derechos de las víctimas por infracciones al derecho internacional humanitario, sino que el Estado colombiano a través de su institucionalidad, particularmente a través de sus fuerzas armadas tenía responsabilidad en violaciones a los derechos humanos, hechos que si bien no son nombrados así en el Acuerdo, corresponden en muchos casos, además de actuaciones relacionadas con el conflicto armado, también a acciones de violencia política contra amplias capas de la población colombiana, particularmente en contra de sectores organizados para la defensa de sus derechos individuales y colectivos.

De acuerdo con cifras del informe “Basta Ya” del Centro de Memoria Histórica, tanto la Fuerza Pública, como los grupos paramilitares son responsables de gran parte de la violencia contra civiles. Así por ejemplo de las **1.982 masacres** documentadas por el Grupo de Memoria Histórica entre 1980 y 2012 un 76,2% corresponden a estos grupos; la misma tendencia se advierte en los **5.016 casos de desaparición forzada** en los que paramilitares y Fuerza Pública serían responsables de un 83,9% de los casos, mientras que un 2,3 % de los casos sería atribuible a las guerrillas. Igualmente, de **16.346 asesinatos selectivos** cometidos entre 1981 y 2012, entre grupos paramilitares y Fuerza Pública serían responsables en un 48,9 % de los casos. Por su parte, las guerrillas serían responsables de un 90,6 % de los 27.003 casos de **secuestro**, infracciones en los que la participación paramilitar sería de un 9,4 % de los casos¹⁶. Dada la importante participación del Estado de manera directa o indirecta en crímenes internacionales, fue valorado como positivo por las víctimas que el régimen de responsabilidades y reconocimiento de derechos que se establece en el SIVJRN cobijara no solo a las guerrillas, sino también a agentes estatales y civiles (denominados terceros) que contribuyeron en la comisión de estos graves crímenes.

Esta breve mención estadística para señalar que las responsabilidades en el ejercicio de la violencia contra civiles, no solo no es equiparable entre el Estado y las guerrillas, sino que tratándose de responsabilidad del Estado, esta se concibe de manera agravada por su

¹⁶ Cfr. Centro Nacional de Memoria Histórica, Basta Ya!, Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Informe General Grupo Memoria Histórica. Bogotá: CNMH, julio de 2013, pp. 36-37

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

posición de principal responsable y garante de los derechos de la población. Ello se refleja en nuestra normativa penal, en la que se consideran como agravantes de la conducta la posición de servidor público. Así lo ha señalado la Corte Constitucional, entre otras mediante sentencia C-1122/08 en la que concluyó que no hay una diferencia injustificada de trato entre servidores públicos y particulares en delitos especiales o de sujeto activo calificado. Señaló la Corte:

"La diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 se justifica por la diferente situación en la que se encuentran quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. La diferencia de pena para el extraño se explica entre otras razones porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal."

A nivel internacional, con relación a la responsabilidad agravada de los Estados por violación a los derechos humanos, la Corte IDH ha establecido una jurisprudencia constante en el que ha declarado esta figura si una violación a la Convención Americana se comete en el marco de violaciones generalizadas y sistemáticas a los derechos humanos¹⁷. Lo anterior, a partir del caso Myrna Chang v.s Guatemala en el que estableció la responsabilidad agravada del Estado guatemalteco, porque la ejecución de la defensora ocurrió en el marco de "un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como 'enemigos internos'¹⁸. A similar conclusión la Corte en los casos Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala¹⁹, en el que se estableció la existencia de una "estrategia estatal genocida" contra el pueblo indígena maya, en la que se enmarcaba la masacre; Goiburú vs.

¹⁷ Gabriel Figueroa Bastidas. Aplicación en Colombia de la responsabilidad internacional agravada del Estado por violaciones graves a los derechos humanos. Tesis de grado. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014

¹⁸ Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo reparaciones y costas), párrs. 140 a 150.

¹⁹ Corte IDH, Caso de la Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala, sentencia de 29 de abril de 2005, párr. 51.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Paraguay²⁰, en el que analizó las prácticas sistemáticas de desaparición forzada de personas durante el régimen del general Stroessner; y La Cantuta vs. Perú en el que se estableció un patrón de desapariciones forzadas bajo el régimen fujimorista.

Ahora bien, el Acuerdo de Paz al referirse a la Jurisdicción Especial para la Paz, se refirió al tratamiento “equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico” del que serían beneficiarios los agentes estatales y entre estos a los agentes de la Fuerza Pública, de la siguiente manera:

“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 este, 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” (punto 32).

En igual sentido el Acto Legislativo 01 de 2017, en el artículo constitucional transitorio 17 establece:

*“El componente de Justicia del SIVJNR 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 garantes de derecho por parte del Estado.**”*

La ley 1820 de 2016 rompe este pretendido equilibrio al establecer un trato privilegiado para agentes de la Fuerza Pública reflejado entre otros en el otorgamiento de beneficios no previstos en los Acuerdos de Paz (artículos 48, 51 y 52)²¹, privilegios que adicionalmente vulneran los principios de autenticidad y bilateralidad que deben guiar la incorporación legislativa de los acuerdos. La Ley 1820 de 2016 desconoce la

²⁰ Corte IDH. Caso Goiburú y Otros v. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 122.

²¹ CCAJAR, MOVICE, CCEEU. Intervención ante la Corte Constitucional en el marco del examen de constitucionalidad de la Ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistía e Indulto y otros tratamientos especiales). Disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/?Libertades-transitorias-deben-incluir-compromisos-verificables-con-los-derechos>

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

responsabilidad agravada del Estado en casos de crímenes sistemáticos, la obligación de reparar integralmente a las víctimas, la posibilidad de repetición contra los agentes causantes del daño, la eliminación de antecedentes penales y disciplinarios, entre otras consideraciones.

Como si estos mecanismos especiales no fueran suficientemente gravosos de los derechos de las víctimas, el Decreto 706 de 2017, que faculta a fiscales para levantar medidas de aseguramiento y suspender órdenes de captura, profundiza esta situación al fortalecer el sistema de privilegios injustificados que se refleja en su parte motiva y normativa consistentes en: i) desconocimiento de la responsabilidad agravada de los Estados en la comisión de crímenes; ii) ausencia de distinción entre crímenes graves y aquellos que pueden ser objeto de renuncia a la acción penal; iii) reducción de requisitos frente a la Ley 1820 de 2016 que establece por lo menos la privación de la libertad durante 5 años; iv) la falta de un mecanismo de verificación de requisitos como lo es la Secretaría de la JEP; y v) inexistencia de contraprestaciones para quienes reciban el beneficio.

De otro lado, suspender las órdenes de captura de los agentes de la Fuerza Pública no supone un tratamiento diferenciado sino un beneficio arbitrario a quienes deliberadamente nunca comparecieron al proceso penal o decidieron ser prófugos de la justicia. Es incluso una medida que vulnera el principio de igualdad entre los propios integrantes de la Fuerza Pública que están efectivamente privados de la libertad.

Tampoco es válido afirmar como se señala en los considerandos del decreto, que como a los integrantes de las Farc-Ep se les suspende las órdenes de captura, lo propio se tiene que hacer con los integrantes de la Fuerza Pública.

El proceso de negociación adelantado entre el Gobierno Nacional y la Guerrilla de las Farc-EP, tuvo como objetivo dar por terminado un conflicto armado de más de 50 años y avanzar a la construcción de una paz estable y duradera. La suspensión de órdenes de captura para los negociadores plenipotenciarios de las Farc – Ep , ha tenido como objeto la negociación del Acuerdo de paz y la implementación del mismo, pero ello en manera alguna significa la interrupción de los procesos seguidos contra los miembros plenipotenciarios de esta guerrilla.

En relación con los demás integrantes de la guerrilla. No hay suspensión de órdenes de captura. Sino un procedimiento para establecer las amnistías de lere conforme al Art 15 y

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

ss de la ley 1820, y el decreto reglamentario 277, dado el reconocimiento del delito político (Art 8 de la ley 1820).

En relación con los delitos conexos con el delito político, será otorgado conforme a los criterios de conexidad, la sala de amnistía e indulto de la JEP será la responsable de otorgarlos una vez entre en funcionamiento.

Y para el caso de las **libertades condicionadas** aplica :

- 1. A quienes hayan incurrido en delitos políticos de "rebelión", "sedición", "asonada", "conspiración" y "seducción", usurpación y retención ilegal de mando y los delitos conexo con éstos. (Art 15)*
- 2. A quienes hayan incurrido delitos conexos con los delitos políticos (Art 16)*
- 3. A las personas tanto nacionales colombiana, como extranjeras que sean o hayan sido autores de los delitos en grado de tentativa o consumación por su pertenencia o colaboración con las Farc-EP (Art 17)*
- 4. Personas que, por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos y hayan sido perseguidas penales. (Art 29)*
- 5. Este beneficio no se aplica a personas privadas de la libertad por los delitos que no permita la aplicación de la amnistía salvo que acrediten que han permanecido **cuando menos 5 años privados de la libertad** siempre y cuando firmen el acta de compromiso de sometimiento y puesta a disposición de la JEP. En caso de que la privación de la libertad sea menor de 5 años, las personas serán trasladadas a la ZVTN donde permanecerán en situación de privación de la libertad hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, (Art 35)*

El tratamiento en materia de amnistías y libertades obedece al reconocimiento del delito político establecido en el Art 8 de la ley 1820 del 2016, que establece que de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario a la finalización de las hostilidades el Estado colombiano otorgará la más amplia amnistía. Por su parte Corte Suprema de Justicia ha referido en reiteradas jurisprudencias²² que el delito político se caracteriza porque generalmente busca el derrocamiento del Gobierno legítimo para instaurar un régimen que considera más justo e igualitario.

La sentencia mencionada hace énfasis, además, en el carácter altruista del delito político pues el delincuente Político, a diferencia del delincuente común, busca el bien común y no la satisfacción de necesidades egoístas e individuales.

²² Ver : CSJ. Rad 26.945 del 11 de julio del 2011

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

En cuanto al dolo, señala que el delito político se dirige a socavar la institucionalidad proponiendo un nuevo orden o perturbando el existente y promoviendo otro en el que se mejore la dirección de los intereses públicos.

En lo que tiene que ver con el sujeto pasivo, el del delito político es el Estado, la institucionalidad, no la sociedad. En relación con la culpabilidad, en el delincuente político ésta se constata al establecer que conocía la obligación de acatar y respetar las instituciones estatales y decidió participar en su desestabilización buscando su caída, mientras que en el concierto para delinquir la culpabilidad del sujeto surge del afán de satisfacer sus intereses particulares.

En cuanto a la punibilidad, el concierto para delinquir no permite tratos permisivos a los condenados o el otorgamiento de gracias o perdones. Las concesiones jurídicas son aceptadas para delincuentes políticos, como una forma de solución al conflicto. Los delincuentes políticos son titulares de prerrogativas excepcionales como el derecho al asilo, o la prohibición de su extradición, mientras que estas no son posibles para delincuentes comunes (Art 150-17 del C.P)

La diferencia entre el delito político y el delito común es el bien jurídico tutelado. Como lo menciona la Corte Suprema, mientras que con el delito político se afecta al Estado, en el delito común se afecta la sociedad. Y es también por esta razón por la que el Estado no puede indultar un delito común, esto es, porque no es titular de los derechos conculcados y no puede arrogarse la facultad de perdonar delitos que causaron daño a derechos de los cuales no es titular. El núcleo central del concepto del delito político es el enfrentamiento con el Estado a través de la comisión de la comisión de delitos que pueden ser declarados conexos con la finalidad política, siempre que los mismos no constituyan crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o infracciones al Derecho Internacional humanitario.

Si bien reiteramos que el Acuerdo Final reconoce un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico a los agentes del Estado teniendo en cuenta su calidad de garante, ello en manera alguna puede implicar que los beneficios para unos deben otorgarse en igual medida a otros. Porque desconocería un elemento transversal a la aplicación de medidas diferenciales como lo es la posición de garante que ocupan los miembros de la Fuerza Pública respecto de los ciudadanos, lo que implica que si cometen un delito, la sanción debe ser más drástica. Lo anterior no es un pretensión de las organizaciones de derechos humanos, ni mucho menos del legislador o el constituyente, sino un estándar internacional y constitucional, que tiene por finalidad diferenciar el grado de las

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

responsabilidades de quienes teniendo la función de proteger los derechos de la población, atentan deliberadamente contra esta.

Tampoco puede ser simétrico o equitativo que se apliquen estas medidas a agentes de la Fuerza Pública que tienen mayor responsabilidad y que tras su aplicación quedarían en libertad, frente a los integrantes de las FARC, de quienes se sabe, se encuentran en Zonas Veredales Transitorias de Normalización, ZVTN, bajo observación del mecanismo de monitoreo. El decreto 706 constituye una contradicción con la Ley 1820 del 2016 que regula las amnistías, indultos y otros tratamientos especiales, en la cual se disponía que las libertades de los miembros de la fuerza pública procesados por delitos graves sólo podían hacerse efectivas de manera transitoria y condicionada, respecto a delitos relacionados directa e indirectamente con el conflicto armado interno, cuando hubieren cumplido cinco años de privación efectiva de la libertad, bien sea porque se encontraban condenados o porque pesaba en su contra una medida de aseguramiento, y someterse voluntariamente a la JEP y comprometerse una vez entre a funcionar el SIVJRNR a contribuir a la verdad, la no repetición, la reparación y atender los requerimientos del sistema. La misma ley prevé que en caso contrario deberían seguir privados de la libertad y no suspender las medidas como contradictoriamente lo establece el decreto 706 de 2017.

Al establecer como único requisito el que el beneficiario haya sido sujeto de una medida restrictiva de la libertad, se rompe el criterio diferenciador de la JEP y de la propia Ley 1820 de 2016 en el sentido de distinguir entre crímenes graves y otro tipo de crímenes que pueden tener otros beneficios.

Se establece que el Decreto 706 del 2017 por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del SIVJRNR y se dictan otras disposiciones.

Es pertinente señalar frente a este "*tratamiento especial*", que los Agentes del Estado tienen una posición distinta en la sociedad en relación con los particulares dado la calidad que ostentan. El Artículo 6 de la Constitución Política, establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, mientras los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La Corte Constitucional ha expresado que el tratamiento diferenciado para agentes del estado y/o servidores públicos (...) "*la diferente situación en la que se encuentran quienes*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

*tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. La diferencia de pena para el extraño se explica, entre otras razones, porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta, el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal" (...)*²³

*" La diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 se justifica por la diferente situación en la que se encuentran quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. La diferencia de pena para el extraño se explica entre otras razones porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal. Ello hace que no necesariamente resulten equiparables las posiciones de los distintos intervinientes y que se abra un margen de configuración para el legislador, en ejercicio del cual se decida, como acontece en la disposición demandada, que el interviniente extraneus responda con base en la pena prevista en el tipo especial, pero atenuada en razón a la circunstancia de no concurrir en él las calidades previstas para el sujeto activo."*²⁴

Esta misma tesis debe aplicarse en el marco de las libertades transitorias, condicionadas y anticipadas que eventualmente puedan ser otorgarse a integrantes de la fuerza pública, previa verificación y motivación que establezca que los hechos tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. Pues no solo se debe reducirse a verificar el requisito objetivo que es llevar privado de la libertad un tiempo igual o superior a los cinco años, sino a la gravedad de los delitos por los cuales se encuentra procesado. En la mayoría de los casos, estas personas se encuentran procesados por graves violaciones a los derechos humanos, que en varios casos han adquirido la connotación de crímenes internacionales, y por tanto cualquier tratamiento penal especial, ya sea en materia de libertades o de pena, debe establecer como mínimo : 1) La gravedad del delito por el cual

²³ Sentencia C-1122/08

²⁴ Ibid

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

está procesado el agente del Estado 2) El nivel de participación y responsabilidad, 3) El compromiso con los derechos de las víctimas a la verdad integral, la reparación y las garantías de no repetición como requisitos exigidos por el SIVJRGNR para recibir cualquier tratamiento especial.

A continuación desarrollaremos más a profundidad el concepto de posición de garantes de la fuerza pública, lo que nos lleva a concluir que el tratamiento penal especial que se dispone en esta ley para dichos miembros desconoce el marco constitucional.

ii. Agentes de Estado y su posición de garantes.

La Corte Constitucional ha expresado que el tratamiento diferenciado para agentes del estado y/o servidores públicos, parte de una consideración sobre la distinta posición que ocupan en la sociedad los particulares y los servidores públicos. El Artículo 6 de la Constitución establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, mientras los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (...) "la diferente situación en la que se encuentran quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. La diferencia de pena para el extraño se explica, entre otras razones, porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta, el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal (...)"

Una sentencia condenatoria contra un servidor público, por la comisión de un delito ocasionado en relación directa o indirecta con el conflicto, así sea de menor entidad, y que serían competencia de la JEP, compromete los intereses de la comunidad en general y la moralidad administrativa, entendida ésta como:

"toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. Para la Corte Constitucional, la moralidad, "en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad” (CE. Sección tercera. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. 31 de octubre de 2002. Rad.: 52001-23-31-000-2000-1059-01 AP-518)

Lejos de reconocerle a los agentes de estado un tratamiento punitivo mucho más laxo con las obligaciones de reparar a las víctimas o en los criterios para asignar responsabilidades, el ordenamiento colombiano e internacional ha estimado que las violaciones a los derechos humanos están revestidas de mayor gravedad cuando son cometidas por quienes se supone que son los garantes del orden constitucional, los agentes estatales.

La posición de garante en Sentencia de la Corte Constitucional SU 1184 del 2001 fue definida en los siguientes términos:

En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo.

Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados.

Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia).

Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

Una vez se verifica la posición de garante, “el título de imputación **corresponde a la violación grave de los derechos humanos**, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia) (...)”

iii. Delito político (Naturaleza).

Como contrapartida, al delito político se le otorga un tratamiento distinto del aplicable al delito común, “en razón de los móviles de beneficio social que eventualmente pueden anidar en el alma de los rebeldes (...)”²⁵

Se encuentra compuesto por aquellos delitos que atentan contra el régimen constitucional y legal. De acuerdo al Código Penal Colombiano vigente (L. 599/2000) se encuentran ubicados en el Título XVIII el cual establece que cometen el delito de rebelión los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente (art. 467), cometen el delito de sedición los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes (art. 468) y cometen el delito de asonada los que en forma tumultuaria exigieren violentamente a la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones (art. 469)²⁶.

Son muy diferentes a la naturaleza de los delitos cometidos en el marco de la protesta

²⁵ Sentencia C 456 de 1997.

²⁶ *Ibíd.*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

social, ya que su configuración no exige la pretensión de derrocar el gobierno o afectar el orden constitucional, sino afectar la convivencia ciudadana.

Como resultado de la anterior definición, el Delito Político goza de un trato diferenciado en la Constitución Política, dada la naturaleza de sus móviles: i) Al señalar los delitos políticos como merecedores de los beneficios de amnistía e indulto (arts. 150, num. 17, y 201, num. 2º). ii) Al excluir la condena por sentencia judicial a pena privativa de la libertad por la comisión de delitos políticos como causal de inhabilidad para ser congresista (art. 179, núm. 1º), magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (art. 232, num. 3º) o diputado (art. 299). iii) Al establecer que la extradición no procederá por delitos políticos (art. 35, modificado A.L. 1/97, art. 1º)²⁷.

La Corte ha considerado como una expresión de dicho tratamiento benévolo justamente la amnistía e indulto que se le otorga al delito político:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 17, superior, corresponde al Congreso de la República, por medio de las leyes, *"conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar"*.

A su vez, el artículo 201, numeral 2º, ibídem, establece que corresponde al Gobierno Nacional, en relación con la rama judicial, *"conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares"*.

Con base en estos preceptos, cuyo texto es sustancialmente igual a los contenidos respectivamente en los artículos 76, numeral 19, y 119, numeral 4º, de la Constitución de 1886, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han indicado que la amnistía y el indulto son dispositivos jurídicos extraordinarios orientados a la superación de situaciones de conflicto social y a restablecer el orden jurídico; que la primera es el olvido de la comisión del delito político y técnicamente la extinción de la acción penal respectiva, y tiene carácter general o abstracto, y que el segundo es el perdón de la sanción aplicable por dicha comisión y técnicamente la extinción de la pena impuesta por las autoridades

²⁷ Ibíd.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

judiciales mediante sentencia ejecutoriada, y tiene carácter particular o concreto. Por su parte, el Código Penal vigente consagra la amnistía como causal de extinción de la acción penal (art. 82) y el indulto como causa de extinción de la sanción penal (art. 88).

Todas estas consideraciones sobre el delito político cuentan con una fundamentación legal y justificación constitucional, que, en cambio, no existe para el caso de los miembros de la fuerza pública.

2. El Decreto 706 de 2017 no reconoce el derecho a participación de las víctimas: artículos 7, 8 y 10.

En el texto del Decreto con fuerza de ley Decreto 706 de 2017, se configura una omisión legislativa por la ausencia de recursos adecuados y efectivos que permitan hacer un control a las decisiones que suspenden una orden de captura o decretan la libertad condicional de algún miembro de la fuerza pública.

Dado que uno de los principios más importantes del Acuerdo es la centralidad de los derechos de las víctimas, este debe proyectarse en el sentido de garantizar que se cumpla el estándar internacional de participación de las víctimas en todas las fases del proceso. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”²⁸.

Los artículos 6 y 7 del Decreto 706 de 2017 establecen la suspensión de las órdenes de captura y la revocatoria de medidas de aseguramiento, o su sustitución por una no restrictiva de la libertad, que se hayan dictado o se dicten en contra de miembros de la Fuerza Pública, en las investigaciones o procesos adelantados contra ellos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, a espaldas de las víctimas de dichas conductas.

²⁸ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes, párr. 193; Caso de las Masacres de Ituango, párr. 296; Caso Baldeón García, párr. 146; caso Masacre de la Rochela, párr. 195

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

En esta ocasión, el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades legislativas extraordinarias y transitorias ha pasado por alto de manera grave y manifiesta, y afectado con ello fehacientemente los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de las violaciones, que distintos instrumentos internacionales se han pronunciado sobre la existencia de varias obligaciones del Estado en casos de amnistía, indulto u otros tratamientos penales especiales.

Por ejemplo, el “*Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*” de las Naciones Unidas (2005) señala que incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites:

- a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19²⁹ o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata.
- b) La amnistía y otras medidas de clemencia *no afectan al derecho de las víctimas a reparación* previsto en los principios 31 a 34, y *no menoscabarán en el derecho a saber*.

El mismo principio 19 del “*Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*” de las Naciones Unidas (2005), destaca el derecho de las víctimas a participar en toda decisión vinculada a los tratamientos penales especiales inherentes a acuerdos de paz, al indicar que los Estados deberán garantizar *la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas* y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.

Igualmente, el propio Acuerdo de Paz reconoce la centralidad de los derechos de las

²⁹ “Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso”.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

víctimas y a quienes reconoce como ciudadanos con derechos.

En ese sentido, su participación en todos los trámites asociados a los procesos de aplicación de amnistías, incluyendo los referentes a las medidas privativas de la libertad de los procesados, es un derecho de las víctimas, pero al mismo tiempo contribuye a la legitimidad y aceptación de la amnistía, en perspectiva de reconciliación y justicia restaurativa, esta última asumida por el propio Acuerdo Final de Paz de noviembre de 2016 en Colombia, como uno de sus puntos focales y rasgos distintivos respecto de otras experiencias.

En ese orden de ideas, como reconoce la práctica internacional, la participación de las víctimas en los procesos de toma de decisión sobre la situación jurídico penal de una persona que se somete a un régimen de justicia excepcional y transitoria como al que refiere el decreto en estudio, es un elemento esencial de los derechos de las víctimas por al menos dos razones: a) sirve de instrumento para que la víctima defienda otros derechos como el de reparación o el de saber la verdad, y b) contribuye a garantizar la investigación amplia de las violaciones en un contexto de reconocimiento de la víctima como sujeto de derecho y no meramente como "objeto" de un delito.

En el ámbito nacional, en la Sentencia C-228 de 2002 la propia Corte Constitucional precisó que se configura una vulneración a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, cuando *en el proceso penal se adoptan decisiones que conducen a la obstrucción de la participación* de las víctimas e imposibilitan consultar su posición frente a medidas de carácter preventivo y que son necesarias para garantizar el ejercicio de la función judicial, lo cual puede ocurrir, entre otras situaciones, *"si se les impide solicitar el control de legalidad de las decisiones que adopten los funcionarios judiciales sobre la imposición de medidas de aseguramiento al procesado"* o *"si se les restringe la posibilidad de acceder a las diligencias previas del proceso penal"*.

Un pilar fundamental de la Constitución Política es el acceso a la administración de justicia por parte de las víctimas, razón por la cual **los escenarios de justicia transicional tienen que garantizar que a estas se les otorguen unas garantías mínimas especiales**, dentro de las cuales están i) la transparencia del proceso de selección y priorización; ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; iv) una asesoría especializada; iv) el derecho a la verdad, el cual en el evento de que su caso no haya sido priorizado se deberá garantizar a través mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; v) el derecho a la reparación; y vi) el

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares³⁰.

El precedente reciente de la Corte Constitucional sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal considera que su rol debe ser eminentemente *participativo*. Así lo ha reiterado desde el año 2002 a través de diferentes pronunciamientos en los que ha encarado problemas jurídicos que involucran la participación de las víctimas en diversos escenarios. Iniciando por el proceso penal de carácter principalmente inquisitivo, pasando por el proceso penal adversarial y los procesos penales de justicia transicional, la Corte Constitucional ha consolidado la noción de protección ampliada de los derechos de las víctimas. De esta noción, la Corte ha elaborado varias *reglas jurídicas* que deben ser respetadas por los operadores judiciales, constituyen un límite a la facultad de configuración legislativa y un parámetro de constitucionalidad de las leyes, e incluso, en diversos pronunciamientos se han considerado como un elemento esencial e irreductible de la Constitución Política. Esas subreglas jurídicas a las que se hace referencia son las siguientes:

- a. En todos los procesos bien sean de carácter inquisitivo, adversarial o transicional, las víctimas cuentan con la facultad de actuar desde las etapas previas a la investigación, lo cual incluye la posibilidad de acceder al expediente y aportar pruebas (C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-370 de 2006, C-579 de 2013).
- b. Relativización del principio de *prescripción de la acción penal* en casos de desaparición forzada (C-580 de 2002).
- c. Facultad de solicitar la revisión de *sentencias absolutorias* de los responsables de hechos que configuran graves violaciones a los derechos humanos, estableciendo de esta manera y para este tipo de casos, una limitación al principio del *non bis in ídem*. Esta posibilidad, sin embargo, no es absoluta y se encuentra condicionada a que exista un pronunciamiento judicial interno, una decisión de un organismo internacional de protección y supervisión de los derechos humanos, o sobrevenga un hecho o una prueba nuevos (C-004 de 2003).
- d. La obligación de que sea un juez el que decrete la extinción de la acción penal luego de haber escuchado los argumentos de las víctimas. No puede

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

el ente acusador hacerlo autónomamente (C-591 de 2005).

- e. Facultad de solicitar la revisión de sentencias condenatorias cuando se ubican en el terreno de *condenas aparentes* que favorecen la impunidad. Esta posibilidad, sin embargo, no es absoluta y se encuentra condicionada a que exista un pronunciamiento judicial interno, una decisión de un organismo internacional de protección y supervisión de los derechos humanos, o sobrevenga un hecho o una prueba nuevos (C-979 de 2005).
- f. Los mecanismos para la interrupción, suspensión y renuncia a la acción penal, como el principio de oportunidad tienen que tener control judicial y permitir la participación a las víctimas (C-979 de 2005).
- g. Derecho a hacer aportes probatorios, hacer observaciones sobre las postulaciones probatorias de otras partes, y pronunciarse sobre la exclusión o el rechazo de los mismos (C-209 de 2007).
- h. Facultad para solicitar directamente la imposición de medidas de aseguramiento.
- i. Derecho a impugnar las decisiones fundamentales que atentan contra sus intereses, lo que abarca la posibilidad de impugnar sentencias y autos interlocutorios que resuelvan asuntos relacionados con derechos fundamentales.
- j. Controvertir la decisión de dar aplicación al principio de oportunidad (C-209 de 2007).
- k. Derecho a fijar su posición sobre la acusación, hacer observaciones, solicitudes y pedir aclaraciones al escrito (C-209 de 2007).
- l. Manifestarse respecto de causales de incompetencia, recusaciones e impedimentos (C-209 de 2007).
- m. Derecho a participar y ser escuchada en los mecanismos de terminación anticipada del proceso como preacuerdos y negociaciones entre imputado y ente acusador (C-516 de 2007).

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

- n. Derecho a participar en las diferentes etapas del proceso (C-370 de 2006).
- o. Derecho a postular un abogado para la representación de sus intereses desde las etapas previas al juicio (C-370 de 2006).

- p. Transparencia en el proceso de selección y priorización, lo que incluye la posibilidad de impugnar la decisión que decida sobre la materia (C- 579 de 2013).

- q. Facultad para solicitar la exclusión de quienes se postulan para la aplicación de mecanismos de justicia transicional y se benefician de sus rebajas punitivas, por el incumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a los mismos (C-694 de 2015).

De acuerdo a todo lo anteriormente señalado, y teniendo en cuenta los diferentes procedimientos penales analizados, se podría argumentar que la Corte Constitucional ha interpretado hasta la fecha de un modo estricto la obligación de investigar, juzgar y sancionar todas las violaciones a los derechos humanos. También es cierto que los cambios de legislación que han adoptado nuevos sistemas procesales penales de tendencia adversarial han variado considerablemente la participación de las víctimas y ha trasladado la defensa de sus intereses en la etapa judicial al ente acusador dentro de la noción de representación. Por su parte, las nuevas disposiciones transicionales que disponen de mayores medidas de justicia restaurativa abren un escenario para que la Corte flexibilice la interpretación estricta de esta obligación, teniendo en cuenta que estas medidas satisfacen el acceso a la justicia pero desde un enfoque que no es exclusivamente punitivo. A pesar de estas evoluciones normativas, las reglas antes descritas hacen parte del núcleo esencial del derecho de las víctimas a acceder a la administración de justicia que deben ser respetados en cualquier proceso penal.

Precisamente, la relevancia de los derechos de las víctimas en la definición de la responsabilidad penal se encuentra a la base de la evolución de la normativa sobre amnistía e indulto lo cual implica también la posibilidad de participar en los trámites preliminares a las actuaciones de concesión de amnistía o demás tratos jurídicos especiales o excepcionales. Esta evolución ha pasado de amnistías absolutas a amnistías condicionadas. Las primeras otorgan el perdón y olvido de los delitos sin ninguna contraprestación y las segundas obligan al beneficiario a cumplir una serie de requisitos para mantener u obtener los beneficios del perdón judicial. Precisamente, y contrario a lo establecido en el Decreto Ley 706 de 2017, en los últimos años a nivel internacional las amnistías para combatientes han condicionado los beneficios judiciales a la rendición de

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

cuentas a las víctimas (Fundación Ideas para la Paz, 2015).

Incluso desde el punto de vista teórico autores como Louis Mallinder, profesora de la Universidad de Ulster, han acuñado el término de amnistías restaurativas para definir los mecanismos de perdón judicial con condiciones de satisfacción de los derechos de las víctimas (Fundación Ideas para la Paz, 2015). Estas amnistías restaurativas condicionan los beneficios judiciales de los excombatientes al cumplimiento de compromisos orientados a satisfacer la verdad, reparar a las víctimas y hacer justicia a partir del enfoque restaurador (Fundación Ideas para la Paz, 2015)

Ahora bien, puesto que los argumentos más sólidos a favor de la participación de la víctima en este ámbito provienen de los postulados de la justicia restaurativa, quizás para hallar una solución a este problema sea preciso regular su participación conforme a instituciones propias de ese modelo de Justicia, de manera que es obligatorio para el Estado reconocer a las víctimas una vigilancia de los procedimientos y decisiones previas al que se surtiría en el marco de la Jurisdicción Especial para la paz, como es precisamente el caso de las que versen sobre la vigencia de medidas de aseguramiento o la cesación de las mismas.

Adicionalmente, en sentencia C- 379 de 2016, la Corte Constitucional señaló que: *"... el poder judicial encuentra su rol en la ejecución de los mecanismos de justicia transicional que le fije el legislador y que cumplan con los fines constitucionales, en particular la protección de los derechos de las víctimas"*. Igualmente, en la sentencia C- 699 de 2016, la Corte señaló que la paz no puede transgredir los derechos de las víctimas, siendo éstos un *límite infranqueable*.

A pesar del reconocimiento que se le ha dado al derecho a la participación de las víctimas en los procesos de terminación de responsabilidad penal, se evidencia que el Decreto Ley 706 de 2017 no contempla ningún mecanismo de participación por parte de las víctimas en los trámites de suspensión de órdenes de captura y de revocatoria de medidas de aseguramiento, o de su sustitución por una no restrictiva de la libertad, que se hayan dictado o se dicten en contra de miembros de la Fuerza Pública. En ese orden de ideas, se vulnera el derecho a la participación de las víctimas, a pesar que el Acuerdo de Paz es enfático en exigir que en el desarrollo de la Jurisdicción Especial para la Paz se deben respetar los derechos de las víctimas, pues buena parte de sus objetivos apunta a la satisfacción de los mismos.

Finalmente, el Acto Legislativo 01 del 4 de abril 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 y se dictan otras disposiciones"* ha establecido la obligación en el legislador de incorporar en la implementación de la

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Jurisdicción Especial para la Paz “*garantías procesales, sustanciales, probatorias y de acceso, encaminadas a que las víctimas puedan satisfacer sus derechos a la verdad, justicia y reparación en el marco de la JEP con medidas diferenciales y especiales para quienes se consideren sujetos de especial protección constitucional*” (parágrafo del Artículo 12 Transitorio).

Por las razones expuestas, el funcionario judicial al que se le solicite por alguno de los procesados, investigados o condenados por crímenes que constituyen graves violaciones a los derechos humanos deben garantizar el enfoque *participativo* que la Constitución Política atribuyó al rol de las víctimas en el proceso penal, y por lo tanto, debe dársele traslado de la petición sobre reconocimiento de medidas como las libertades transitorias, anticipadas y condicionada, la suspensión de las órdenes de capturas y la suspensión de las medidas de aseguramiento, para que se pronuncie sobre su procedencia o improcedencia. Máxime cuando estas decisiones afectan directamente los derechos de las víctimas, en la medida que la materialización de la libertad de los procesados por hechos graves puede redundar en graves afectaciones a la seguridad de las víctimas, de la prueba y el proceso, así como la sociedad en su conjunto.

Finalmente, ni el Decreto 706 de 2017, ni la Ley 1820 de 2016 establecen frente a estos beneficios, el derecho a la información, ni la posibilidad de participación e intervención de las víctimas o sus representantes, que se predicen centrales en el SIVJRN, ni siquiera tratándose de crímenes internacionales que serían de competencia de la JEP como ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, tortura, violencia sexual, genocidio, aspecto al que nos referiremos a continuación.

En conclusión, el silencio en que incurre el Decreto Ley 706 de 2017, constituye una *omisión legislativa*, que contraviene el derecho a participar de las víctimas, y que puede afectar otros derechos fundamentales como la verdad, justicia y reparación, al excluirse sin una razón objetiva y suficiente, de la definición en la concesión de este tipo de medidas excepcionales y que podrían considerarse desproporcionadas, juicio para el cual el criterio de las víctimas es fundamental y necesario.

Para cumplir el Acuerdo de Paz, resultaba indispensable otorgar un rol preponderante a las víctimas, el cual corrobore la centralidad que él mismo atribuye a éstas y a sus derechos. Al respecto, existen serios riesgos de menguas y retrocesos, incluso de los

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

niveles precarios de participación que les fueron concedidos a las víctimas en los procedimientos contenidos en la Ley 975 de 2005.

3. El Decreto 706 de 2017 tergiversa la autenticidad de los principios de inescindibilidad e integralidad del SIVJRGNR en el tratamiento a la fuerza pública: artículos 1, 3, 6, 7.

Lo primero que hay que señalar es que la interpretación y desarrollo normativo que está llevando a cabo el gobierno del principio de inescindibilidad bajo ningún entendido respeta el sentido auténtico de lo que fue dispuesto en el Acuerdo Final de Paz. La inescindibilidad no hace referencia a la aplicación siempre idéntica de todos los beneficios punitivos a todos los actores del conflicto armado colombiano, sino que el Acuerdo final cuando hace referencia a este término lo que quiere es enfatizar el carácter integral de todos los mecanismos y medidas del sistema de atención a las víctimas para la verdad, justicia, reparación y no repetición. Así, por ejemplo, no entiende la concesión de ningún tipo de beneficio punitivo sin que este se encuentre supeditado a una serie de compromisos del beneficiario de someterse a los demás instrumentos de verdad y reparación de las víctimas.

En cambio, el gobierno pretende desarrollar genéricamente este principio para extender una serie de beneficios sobre los agentes de la fuerza pública que le fueron conferidos a quienes hacen tránsito a la vida civil de las FARC-EP, sin considerar la naturaleza diferenciada de estas medidas. La inescindibilidad del sistema, al contrario, es lo que llevaría a la inconstitucionalidad de este Decreto, toda vez que ella exige que cada uno de los beneficios esté supeditado a satisfacer los derechos de las víctimas.

Por tanto, no es aceptable las consideraciones expresada en la parte motiva y normativa del decreto 706 que señala que tiene como objeto regular el tratamiento especial en desarrollo del **principio de inescindibilidad**, que según el art 3 del decreto 706 establece:

“los principios contenidos en el componente de justicia se aplicaran de forma diferenciada en inescindible a todos quienes habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno hayan sido condenado, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto armado interno, cometidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo Final”

La redacción de esta norma no se ajusta al espíritu del Acuerdo Final. Pues el artículo 15 del Acuerdo señala que:

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

*"El **funcionamiento** del componente de justicia del SIVJNR es **inescindible** y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado, y sus decisiones ofrecerán garantías de seguridad jurídica a todos los anteriores. Su ámbito de aplicación está determinado por lo señalado en los numerales 9 y 32. (...)" - Subrayado y negrilla nuestras*

Ante esto, debemos agregar que el espíritu del Acuerdo era señalar que el **funcionamiento** del componente de justicia del SIVJNR **es inescindible**, es decir que funciona como un todo que no puede ser separado, es un Sistema Integral que va funcionar de manera simultánea, que parte del principio de la centralidad de los derechos de las víctimas y las condiciones de contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la reparación integral y a la no repetición como requisitos para acceder al tratamiento especial, y es la verificación efectiva de estas relaciones de condicionalidad, la que asegura la integralidad del SIVJNR creado mediante el Acto Legislativo 01 de 2017. La **inescindibilidad** no puede en manera alguna como se pretende en el decreto 706, establecer unas medidas privilegiadas para miembros de la Fuerza Pública, en contravía del propio Acuerdo.

4. El Decreto 706 de 2017 debería ser modulado para caracterizar y diferenciar la violencia socio-política y los hechos cometidos en relación con el conflicto armado: artículos 1, 2, 3, 5 y 7.

De acuerdo con el Banco de Datos de Cinep, la violencia socio política "es aquella ejercida como medio de lucha político – social, ya sea con el fin de mantener, modificar, sustituir o destruir un modelo de Estado o de sociedad, o también para destruir o reprimir a un grupo humano con identidad dentro de la sociedad por su afinidad social, política, gremial, étnica, racial, religiosa, cultural o ideológica, esté o no organizado"³¹. Organizaciones colombianas con trayectoria en acompañamiento psicosocial a víctimas de graves violaciones de derechos humanos han definido la violencia socio política como "aquella que tiene la intencionalidad de producir daño mediante la fuerza, para afectar las capacidades individuales y colectivas de la construcción de alternativas democráticas"³².

Los conceptos de "guerra sucia"³³ y "terrorismo de Estado", remiten a ideas afines, esto

³¹ Banco de Datos de Violencia Política – Cinep – Justicia y Paz. Noche y Niebla. Marco Conceptual. Bogotá. Ediciones Códice, 2002, p. 3.

³² Grupo de Trabajo Pro Reparación Integral. Cartilla Voces de Memoria y Dignidad, módulo Aspectos psicosociales de la reparación integral, p. 16

³³ Cfr. Tras los pasos perdidos de la guerra sucia, paramilitarismo y operaciones encubiertas en Colombia.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

es, la acción de la fuerza pública, soportada en sectores económicos y políticos, para perseguir sectores sociales, a los que se les considera expresión del “enemigo interno” al que hay que aniquilar.

Por su parte, la noción de conflicto armado remite al desarrollo de hostilidades entre dos actores armados que se enfrentan, sean estas dos entidades estatales (guerra), una entidad estatal y una no estatal (guerra de liberación nacional), entre una entidad estatal y una facción disidente o entre dos etnias diversas al interior de una entidad estatal (conflicto armado no internacional)³⁴.

En consecuencia, las características de la violencia política y el conflicto armado son diferentes, y el acento también. Desde la perspectiva del esclarecimiento histórico, implica un paso previo de diferenciación, ¿cuáles son las conductas violatorias de derechos que se explican en razón del conflicto armado? es decir están relacionadas con el enfrentamiento de las dos partes del conflicto, y ¿cuáles se explican en razón de la violencia socio política? es decir, en razón de doctrinas, planes y políticas de persecución al movimiento social. **La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad no puede limitarse a la explicación posicionada de que el conflicto armado es la causa exclusiva de todas las violaciones a derechos humanos en Colombia.**

Esta estrategia tergiversadora de la historia, a manera del fenómeno astral conocido como ‘eclipse’ que hace que cuerpos menores, eclipsen u oculten cuerpos mayores, tal como la luna oculta los rayos del sol. Así, esas interpretaciones pretenden ocultar la verdad, sobreponiendo el conflicto armado al grueso de la violencia sociopolítica, de manera que ésta queda como inexistente o apenas tenuemente perceptible, lo que efectivamente atenta contra el interés general de alcanzar la verdad histórica.

Históricamente, la violencia política y algunas características de ella como el exterminio, la exclusión económica y el despojo son previas a la existencia del conflicto armado interno, este es el caso por ejemplo, del exterminio y desposesión de pueblos indígenas, de la esclavitud afrodescendiente y de los conflictos agrarios y laborales, entre otros³⁵, que preceden ampliamente al enfrentamiento armado entre guerrillas y fuerzas armadas. A partir de la segunda mitad del siglo XX y en el contexto de la guerra fría, la violencia

Bruselas: Ediciones NCOS, 1995

³⁴ Ver. Pietro Verri. Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, primera reimpresión en castellano, febrero de 1999, p. 25

³⁵ Ver por ejemplo, Renán Vega Cantor. Gente muy rebelde. Bogotá: Ediciones Pensamiento Crítico, 2002

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

política aparece como expresión concreta de la Doctrina de Seguridad Nacional (DSN)³⁶ y en ella, el concepto de “enemigo interno”³⁷, traducida en detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones, en las que el conflicto armado juega un papel más bien justificatorio, que explicativo de estas expresiones de persecución a amplios sectores de la sociedad colombiana.

Así, tenemos que sectores del Estado colombiano, principalmente aquellos relacionados con defensa y seguridad, han desplegado políticas sistemáticas y generalizadas de persecución de la sociedad civil para imponer modelos económicos y políticos, así como un determinado orden social. Numerosos ejemplos del uso de la fuerza legal, como mecanismo de eliminación del contradictor político, de limitación de las expresiones de protesta social, de persecución de las ideas progresistas, están presentes aunque invisibilizadas en la historia. A la par, ha funcionado un sistema de administración de justicia, que ha facilitado la impunidad de los crímenes.

No obstante las anteriores consideraciones, notamos con preocupación que se siguen promoviendo medidas legislativas que profundizan la impunidad de los agentes del Estado, situación que se observa claramente con la indeterminación del ámbito de competencia de la expresión analizada, y los beneficios otorgados a los agentes del Estado dentro de este Decreto.

5. El Decreto 706 de 2017 prevé un tratamiento penal que desnaturaliza la esencia de las medidas de aseguramiento: artículos 1, 7, 8 y 10.

Suspender las órdenes de captura de los agentes de la Fuerza Pública no supone un tratamiento diferenciado sino un beneficio arbitrario a quienes deliberadamente nunca comparecieron al proceso penal o decidieron ser prófugos de la justicia. Es incluso una medida que vulnera el principio de igualdad entre los propios integrantes de la Fuerza Pública que están efectivamente privados de la libertad.

³⁶ Ver por ejemplo: Jiménez, C. (2009). El Estatuto de Seguridad, la aplicabilidad de la doctrina de la Seguridad Nacional en Colombia. Colección Dialnet No. 20, pp. 75-105, Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3226580>; Leal B., F. (2003). La doctrina de Seguridad Nacional: materialización de la Guerra Fría en América del Sur. Revista de Estudios Sociales Universidad de los Andes, junio de 2003, pp. 74-87. Recuperado de: file:///C:/Users/svirtualpo1/Downloads/-data-Revista_No_15-07_Dossier5.pdf

³⁷ Daniel Feirstein (2015). Conversatorio “Enemigo interno: la amenaza de ser y hacer diferente. Bogotá: 26 de mayo de 2015. Recuperado de: <http://bit.ly/1V6rJbr>

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Respecto de la suspensión de las medidas de aseguramiento, la norma vulnera que la adopción de éstas, por su naturaleza restrictiva de los derechos del procesado (especialmente el derecho a la libertad) es de aplicación excepcional y, por mandato legal, sólo operan en circunstancias como la protección del proceso, la sociedad y las víctimas. Es claro que las medidas de aseguramiento cuando son utilizadas por los operadores judiciales de forma responsable, ponen el acento en la protección de la sociedad y las víctimas, de manera que, al ser revocado o suspendido, es a ellas a quienes se está afectando.

Tal y como lo expresó la Corte Constitucional el **requisito de necesidad estricta exige** que la regulación adoptada a través de la habilitación legislativa extraordinaria tenga carácter urgente e imperioso, de manera tal que no sea objetivamente posible tramitar el asunto a través de los canales deliberativos que tiene el Congreso, bien sea ordinarios y especiales, en el caso presente el decreto 706 está vulnerando la Constitución Nacional, la propia ley 1820 y por tanto el funcionario puede y debe hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad.

En Colombia el control de constitucionalidad no es de naturaleza concentrado sino difuso, con lo cual se ha asignado a los jueces la integridad de la constitución política. Por tal motivo los jueces disponen de una herramienta como la excepción de inconstitucionalidad para la inaplicación a un caso concreto con efectos *inter pares* de una norma por su manifiesta contradicción con preceptos constitucionales. Esta facultad es en el caso del juez de control de garantías más especial aún, pues sus decisiones implican siempre la ponderación de derechos y fines de carácter constitucional.

La medida de aseguramiento está contemplada en el proceso penal para asegurar unos fines constitucionales relevantes, como lo dispone el artículo 250 de la Constitución Política, como son: *"la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas"*.

Estos fines de especial relevancia constitucional también se encuentran señalados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal que establece los requisitos que el juez debe verificar caso a caso para la adopción de las medidas de aseguramiento. Esta disposición señala que es procedente la adopción de la medida *"cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.*

Desde ya se puede señalar que una decisión sobre una medida cautelar no puede hacerse en abstracto, sino que supone una labor de interpretación y subsunción por parte del operador judicial al caso concreto. Así por ejemplo, debe acreditarse por lo menos una inferencia razonable de culpabilidad sin que con ello se esté haciendo un prejuizgamiento, al tiempo que debe objetivamente el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley. En caso de procedencia de la detención preventiva, se deben verificar adicionalmente los presupuestos especiales consagrados en el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, desde luego que la adopción de una medida de aseguramiento y especialmente la privativa de la libertad comportan también una restricción seria al derecho a la libertad, y por esta razón su aplicación es de carácter *excepcional* y sólo se justifica, repito, para la consecución de unos fines de relevante valor constitucional consagrados por el legislador y el constituyente.

Justamente por ser restrictiva de la libertad, la adopción de una medida de aseguramiento está sujeta a una serie de límites sustanciales, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha identificado de la siguiente manera: “[i] *la determinación inequívoca de los motivos por los cuales procede la restricción de la libertad (estricta legalidad de las medidas de aseguramiento), [ii] la excepcionalidad, [iii] proporcionalidad y [iv] gradualidad de las medidas aflictivas de la libertad personal*” (C-469 de 2016, párr. 18).

Respecto del principio de estricta legalidad en el establecimiento de las medidas de aseguramiento, ha dicho la Corte que *“implica para el legislador la obligación de fijar, con razonable precisión, las condiciones y supuestos bajo los cuales aquellas proceden”*. Sin embargo, resulta obvio la regulación legal sobre la restricción o privación preventiva de la libertad en la medida que requiere de la aplicación por parte de los jueces, por lo cual *“será susceptible de espacios interpretativos”*, y en ese sentido, las reglas definidas por el legislador así como los fines perseguidos y las justificaciones admisibles de la medida *“suponen una necesaria actividad de subsunción y valoración de las circunstancias del caso concreto”* (C-469 de 2016, párr. 20 y 21).

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

El segundo límite sustancial de las medidas de aseguramiento, como lo mencionamos, es su excepcionalidad. La Corte Constitucional ha señalado que la adopción de estas medidas en el trámite del proceso penal, implican unas de las injerencias más invasivas del Estado en los derechos fundamentales del imputado. "Por esta razón y **bajo el entendido de que son preventivas y su imposición está sujeta a precisas justificaciones**, solo pueden ser decretadas de forma excepcional" (C-469 de 2016, párr... 22).

El tercer elemento que constituye un límite sustancial a la imposición de medidas de aseguramiento, es el principio de proporcionalidad que constituye "un criterio analítico que previene, desde el punto de vista material, del empleo arbitrario e injustificado de disposiciones cautelares con efectos aflictivos sobre los derechos del procesado y encausa su legítimo ejercicio con arreglo a los mandatos constitucionales" (C-469 de 2016, párr... 24).

La proporcionalidad entra en juego en la justificación de las medidas de aseguramiento debido a la naturaleza paradójica, pues "son auténticas restricciones de derechos fundamentales; de suyo comportan una privación o reducción en grados más o menos importantes de prerrogativas de carácter constitucional y especialmente de la libertad. Pero, por otro lado, el legislador **recurre a ellas porque busca preservar también otros bienes importantes, con frecuencia reconducibles también a derechos de otras personas, cuya garantía depende de las limitaciones que esas medidas llevan a cabo**" (C-469 de 2016, párr.. 25).

De esta manera las disposiciones cautelares están sometidas así a un equilibrio razonable y ponderado entre, por un lado, el grado de severidad que representa la injerencia oficial y, por el otro, el grado concreto de satisfacción y obtención del fin que aquella se propone. Con la aplicación del principio en mención se cumple también un papel de garantía de que las medidas cautelares se mantengan en el proceso penal como excepciones a un estándar general de prevalencia de la libertad, conforme se indicó en el anterior aparte

Finalmente, el principio de "*necesidad* de las medidas que limitan o privan de la libertad a la persona es, podría decirse, un indicador del principio de proporcionalidad. El criterio de necesidad implica que una medida de aseguramiento **únicamente es constitucionalmente legítima si solo ella puede cumplir el fin superior que se persigue**, esto es, si no puede ser reemplazada por otra orden cautelar diferente menos lesiva para los derechos del imputado (C-469 de 2016, párr.. 29).

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

El decreto 706 de 2017 contempla en su artículo 7º la suspensión o revocatoria de la medida de aseguramiento para miembros de la fuerza pública investigados o procesados por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. Dice este artículo que

“Artículo 7º. Revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento. En virtud del carácter prevalente e inescindible del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, para hacer efectivo el tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultaneo, la autoridad judicial correspondiente, tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación y siempre que se den los requisitos legales, revocará la medida de aseguramiento impuesta, o la sustituirá por una no restrictiva de la libertad, en las investigaciones o procesos adelantados contra ellos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno”. (Subrayado nuestro)

Lo que deviene inconstitucional , es que el decreto desconoce la protección de los fines constitucionales de la medida al regular con criterios generales y abstractos la posibilidad de decretar la revocatoria o suspensión de las medidas de aseguramiento sin consultar las circunstancias específicas del caso concreto. Es que si en un caso concreto se justifica la protección de los fines constitucionales descritos en el artículo 250 de la constitución y 308 del código de procedimiento penal mediante la adopción de una medida de aseguramiento, lo cual hace el juez de control de garantías mediante un ponderado estudio que también involucra los límites a la restricción del derecho a la libertad, no se puede justificar que esas circunstancias deban desatenderse aun cuando esas circunstancias subsisten.

El decreto, al establecer la revocatoria y suspensión de la medida de aseguramiento privativa de la libertad lo hace mediante un criterio demasiado general. Mediante tal nivel de abstracción se le priva al juez constitucional de la facultad de realizar una estricta ponderación de los valores, derechos, fines y principios constitucionales en juego en el caso concreto. La pregunta que debe formularse entonces el despacho es la siguiente: ¿por qué razón constitucional legítima se debería revocar o suspender una medida de aseguramiento de un miembro de la Fuerza Pública por un delito relacionado con el conflicto, si en el caso concreto están acreditados los requisitos formales y sustanciales para su aplicación, y con ellos se busca un fin constitucional legítimo como es la protección de las víctimas? Como se aprecia, está pregunta no tiene una respuesta

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

constitucionalmente válida y por eso no está llamada a prosperar el juicio de ponderación.

6. El Decreto 706 de 2017 no prevé medidas cautelares de protección a las víctimas y preservación de las pruebas frente a las libertades de sus victimarios: artículos 1, 4, 7, 8 y 10.

Dentro de los principios aplicables en el Decreto 706 de 2017 no aparece por ningún lado el de protección a las víctimas ni mucho menos el de centralidad de las víctimas que supuesta es el eje articulador de todo el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR). Ninguna consideración se estableció frente a las víctimas en cada una de las medidas que son objeto de este Decreto. Los artículos 2 a 5 de este decreto consagran los principios de inescindibilidad (artículo 3), prevalencia (artículo 5) y seguridad Jurídica (artículo 4), todos ellos pensados en función de los agentes estatales implicados en graves violaciones a los derechos humanos, graves violaciones al derecho Internacional Humanitario, crímenes de guerra o genocidio en contra de las víctimas.

La suscripción del Acta de Sometimiento a la Jurisdicción Especial de Paz no representa ninguna de protección a las víctimas en los procedimientos del Decreto 706 de 2007. Dicha medida, consagrada en el Parágrafo 1 del artículo 52 de la Ley 1820 de 2017 consagra que "(...) *el interesado suscribirá un acta donde conste su compromiso de sometimiento a la Jurisdicción Especial de Paz, así como su obligación de informar todo cambio de residencia, no salir del país sin previa autorización de la misma y quedar a disposición de la Jurisdicción Especial de Paz*". Como se evidencia las cautelas requeridas nada tienen en cuenta los intereses ni la consideración de la protección de las víctimas, pues solo se interesan en prever la comparecencia ante las autoridades de la Jurisdicción Especial de Paz.

Lo grave de esto es que con relación a las víctimas, el Decreto no prevé ni siquiera que las víctimas vayan a tener el derecho a ser informadas a tales libertades de los presuntos implicados en los hechos criminales por los cuales se les ha detenido o se ha ordenado su captura, para que las víctimas puedan ejercer algún recursos, o al menos tomar las previsiones que consideren necesarias.

Tampoco se prevé este Decreto que las condiciones bajo las cuales se van a cumplir la revocatoria o sustitución de medida de aseguramiento le sean informadas o expuestas a las víctimas. Mientras el Ministerio de Defensa ha informado ampliamente a los

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

beneficiarios de tales tratamientos especiales sobre las nuevas condiciones de medidas de aseguramiento no restrictivas de libertad o lo que implica la revocatoria de orden la misma o la suspensión de la orden de captura, a las víctimas y sus allegados ni se les informa de la expedición y vigencia de estas medidas ni de las condiciones bajo las cuales se podría dar la revocatoria de las medidas de aseguramiento ni las circunstancias o condiciones bajo las cuales se daría la sustitución de la medida de aseguramiento.

Las medidas cautelares que generalmente deben disponerse frente a los eventos de libertad anticipada o condicional de los investigados o detenidos se han relacionado generalmente con la necesidad de garantizar la su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, y en especial, de las víctimas. De estos tres objetivos, la medida de libertad condicionada a la firma de acta de sometimiento a la JEP solo considera el primero de estos objetivos, omitiendo la protección de los otros dos (preservación de la prueba y protección de las víctimas).

No obstante, la mera presentación de acta de promesa de sometimiento a la Jurisdicción Especial de Paz puede no ser suficiente para evitar el riesgo de fuga del beneficiado con la medida, por lo que la inscripción de la provisionalidad de la medida ante los registros de las autoridades migratorias debería ser preceptiva en todos los casos. De este modo, la previsión de autorización judicial para salida del país sería más efectiva demandando en cada caso la solicitud justificada ante autoridad competente para tramitarla y concederla.

Por ello las medidas cautelares que acompañan a la libertad condicionada que surge de la revocatoria de la medida de aseguramiento o la suspensión de la orden de captura no sólo deberían centrarse en asegurar la puesta a disposición judicial del beneficiado sino también en impedir que el imputado aproveche su situación de libertad para cometer nuevos delitos, evitando con ello el riesgo de reiteración delictiva, especialmente cuando se aprecie el peligro de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Esta afectación a los bienes jurídicos de las víctimas configuran una posibilidad real que no debería ser descartada. Su riesgo se incrementa cuando se tiene en cuenta que las previsiones contenidas en el Proyecto de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial de Paz solo castigan las reiteraciones delictivas de los cobijados por las libertades provisionales cuando estas alcancen la categorías de graves violaciones a los derechos humanos o graves violaciones al derecho internacional humanitario, dejando por fuera delitos menos graves que pudieran afectar la integridad, la libertad, tranquilidad u otros bienes jurídicos de las víctimas. En efecto, el inciso segundo del artículo 17 del Proyecto

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

de Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial de Paz dispone que *"El reglamento y las normas de procedimiento de la JEP regularán la gradualidad de las consecuencias del incumplimiento de las condiciones obligatorias, teniendo en cuenta que sólo los incumplimientos graves darán lugar a perder el tratamiento especial de justicia. Son incumplimientos graves la reiterada incomparecencia injustificada ante las autoridades del SIVJNR que lo requieran, la negativa a aportar verdad y la reiteración de conductas que constituyan graves violaciones de los derechos humanos o graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario."*

En la evolución de los fines del proceso penal se ha venido haciendo el reconocimiento de que el proceso penal tiene a su cargo la protección de un conjunto de valores jurídicos en cuya protección radica un especial interés público. En este sentido, al proceso penal, tanto en sistema de justicia ordinaria como transicional, configurado como instrumento al servicio de la realización del interés público, no le puede ser indiferente la posibilidad de que el imputado aproveche el lapso de tiempo entre el decreto de su libertad provisoria y su llamado a comparecer ante la jurisdicción de paz, para seguir lesionando los intereses o bienes de las víctimas, esto es, no le puede resultar ajeno el peligro de que el imputado pueda cometer nuevos hechos delictivos mientras se espera a su llamamiento a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas o la celebración del juicio y a la eventual sentencia que se le imponga en la jurisdicción de paz.

En los supuestos en que pretende evitarse el peligro, más concreto, de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, se añade una razón adicional: la progresiva asunción de que el proceso seguido para su sometimiento a la Jurisdicción Especial de Paz también ha de servir como instrumento para una adecuada tutela de la víctima, que se halla en clara sintonía con la posibilidad de levantar la revocatoria de la medida de aseguramiento o de la suspensión de la orden de captura que había sido decretada.

En este sentido, la libertad provisional que se deriva de la suspensión de la orden de captura o de la modificación de la medida de aseguramiento debería concederse condicionada a la prestación de ciertas obligaciones accesorias que tengan por objeto no sólo asegurar su presencia en el proceso ante la JEP sino impedir la alteración, supresión o eliminación de las pruebas y ante todo, la protección de los derechos e intereses de las víctimas.

Entre estas obligaciones accesorias deberían, según las circunstancias, contemplarse medidas precautorias tales como la fianza, caución o garantía económica (determinada

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

según la naturaleza del delito, el estado social, capacidad económica y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la JEP o de lesionar, acallar o intimidar a las víctimas o testigos), la obligación de presentación periódica (determinada según la obligación de comparecer en los días que le fueran señalados y cuantas veces fuera llamado de acuerdo al riesgo de fuga o de afectación de la investigación), la orden de prohibición de abandonar el país (la cual para que sea efectiva debería concretarse con el requisito de entrega de pasaporte ante el Secretario Ejecutivo de la JEP y en la compulsión de inscripción de dicha prohibición ante la autoridad migratoria), la prohibición de comunicarse con las víctimas o acercarse a sus familiares y allegados, la colocación de localizadores electrónicos que permitan el monitoreo electrónico a distancia (tal y como el brazalete electrónico) o la vigilancia policía (mediante la observación y seguimiento periódico en el sitio de arraigo inscrito por el beneficiado por la revocatoria de la medida de aseguramiento).

De suerte que por prescindir de las obligaciones concretas de asegurar que con la expedición de la revocatoria o modificación de las medidas de aseguramiento y con la revocatoria de las órdenes de captura no se afecten los resultados de los procedimientos que hayan de surtir ante cualquiera de las instancias del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (tales como la comparecencia ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad o las deposiciones solicitadas ante la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas) y sobre todo para los fines de asegurar que no se alteren, afecten o supriman los medios probatorios o los derechos de las víctimas y testigos, esta ausencia de medidas cautelares u obligaciones accesorias a la libertad decretada mediante los mecanismos del Decreto 706 de 2007, se encuentra que estos no son compatibles con los mandatos constitucionales de protección judicial a las víctimas ni con los mandatos de los pactos y tratados internacionales que imponen a las instituciones del Estado la obligación de investigar de manera adecuada y efectiva las graves violaciones a los derechos humanos.

7. El Decreto 706 de 2017 desconoce flagrantemente el principio de igualdad: 6, 7, 8, 9 y 10.

El régimen de libertades condicionadas contempla dos escenarios diferenciados: aquellas personas que han estado al menos cinco (5) años privados de la libertad y quienes llevan menos tiempo que ese, estén siendo procesados o habiendo sido juzgados.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Respecto a los integrantes de las FARC EP, el segundo supuesto se encuentra regulado principalmente en los artículos 35 de la Ley 1820 de 2016 y 13 y 16 del Decreto 277 de 2017, en los siguientes términos

Ley 1820. Artículo 35. Libertad condicionada. A la entrada en vigor de esta ley, las personas a las que se refieren los artículos 15, 16, 17, 22 Y 29 de esta ley que se encuentren privadas de la libertad, incluidos los que hubieren sido procesados o condenados por los delitos contemplados en los artículos 23 y 24, quedarán en libertad condicionada siempre que hayan suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo siguiente.

Parágrafo. Este beneficio no se aplicará a las personas privadas de la libertad por condenas o procesos por delitos que en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Amnistía, no les permita la aplicación de amnistía de iure, salvo que acrediten que han permanecido cuando menos 5 años privados de la libertad por esos hechos y se adelante el trámite del acta previsto en el siguiente artículo.

En caso de que la privación de la libertad sea menor a 5 años, las personas serán trasladadas a las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN), una vez que los miembros de las FARC-EP en proceso de dejación de armas se hayan concentrado en ellas, donde permanecerán privadas de la libertad en las condiciones establecidas en el numeral 7 del artículo 2º del Decreto 4151 de 2011.

Las personas trasladadas permanecerán en dichas ZVTN en situación de privación de la libertad hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el cual quedarán en libertad condicional a disposición de esta jurisdicción, siempre y cuando hayan suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo siguiente.

La autoridad judicial que esté conociendo el proceso penal aplicará lo previsto en cuanto a la libertad. La Jurisdicción Especial para la Paz podrá revocar la libertad de quienes incumplan alguna de las obligaciones fijadas en el acta formal de compromiso.

Si durante la vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, los beneficiarios de mecanismos de tratamiento penal especial de la presente ley, se rehusaran a cumplir los requerimientos del Tribunal para la Paz para participar en los programas de contribución a la reparación de las víctimas, o a acudir ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad de la Convivencia y No Repetición, o ante la Unidad de Búsqueda de las Personas dadas por desaparecidas, se les

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

revocará el derecho a que se les apliquen los beneficios de la libertad condicional o las sanciones establecidas en la JEP.

Decreto 277. Artículo 13°. Acreditación para el traslado a las ZVTN y PTN. Respecto de las personas procesadas o condenadas por delitos no amnistiables de iure, en caso de que el tiempo de privación efectiva de la libertad haya sido menor a cinco (5) años, las personas serán trasladadas a la Zona Veredal Transitoria de Normalización (ZVTN) que soliciten, de entre aquellas acordadas entre Gobierno Nacional y las FARC-EP, donde se haya verificado por el Mecanismo de Monitoreo y Verificación -MMV-que existen las instalaciones adecuadas, una vez que los miembros de las FARC-EP en proceso de dejación de armas se hayan concentrado en ella, donde permanecerán privadas de la libertad en las condiciones establecidas en el numeral 7 del artículo 2 del Decreto 4151 de 2011.

El procesado o condenado sujeto de esta medida, será trasladado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-a la ZVTN, donde permanecerá en situación de privación de la libertad hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el cual quedará en libertad condicionada a disposición de dicha jurisdicción, siempre y cuando haya suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo siguiente.

El procesado o condenado trasladado no será citado a la práctica de ninguna diligencia judicial mientras permanezca en la ZVTN.

Parágrafo. El INPEC podrá ingresar en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN) en cualquier momento a efectos de verificar el cumplimiento del régimen de traslado, vigilancia y custodia. Cuando el INPEC decida verificar dónde se encuentra el trasladado, informará al Mecanismo de Monitoreo y Verificación de la Organización de las Naciones Unidas, para que coordine su ingreso de acuerdo con los protocolos acordados por el Gobierno Nacional y las FARC-EP.

Artículo 16°. Vigilancia transitoria de la Libertad condicionada. Hasta que la Jurisdicción para Paz en funcionamiento, la vigilancia la libertad condicionada prevista en el artículo 35 de la Ley 1820 de 2016 se ejercerá por autoridad judicial que en primera instancia otorgue el beneficio respectivo, siempre con observación a lo establecido en el Parágrafo del artículo 13 de este Decreto.

En lo referido a los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales, los artículos 56 a 59 de

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

la Ley 1820 de 2016, regulan lo referido a sus libertades condicionadas cuando han estado menos de 5 años privados de la libertad, en los siguientes términos:

Artículo 56. Privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales. La Privación de la libertad en Unidad Militar o Policial para integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz es un beneficio expresión del tratamiento penal especial diferenciado propio del sistema integral, necesario para la construcción de confianza y facilitar la terminación del conflicto armado interno, debiendo ser aplicado de manera preferente en el sistema penal colombiano, como contribución al logro de la paz estable y duradera.

Este beneficio se aplicará a los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales detenidos o condenados que manifiesten o acepten su sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz. Todo, respetando lo establecido en el Código Penitenciario y Carcelario respecto a otros servidores públicos.

Dicha manifestación o aceptación de sometimiento se hará ante el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, en caso de que no hayan entrado en funcionamiento los órganos de la jurisdicción.

La decisión sobre la privación de la libertad en Unidad Militar o Policial no implica la definición de la situación jurídica definitiva en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Artículo 57. De los beneficiarios de la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales. Los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales que al momento de entrar en vigencia la presente ley lleven privados de la libertad menos de cinco (5) años, conforme a lo establecido para las sanciones alternativas en la Jurisdicción Especial para la Paz continuarán privados de la libertad en Unidad Militar o Policial, siempre que cumplan los siguientes requisitos concurrentes:

1. Que estén condenados o procesados por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

2. Que se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.

3. Que solicite o acepte libre y voluntariamente la intención de acogerse al sistema de la Jurisdicción Especial para la Paz.

4. Que se comprometa, una vez entre a funcionar el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, a contribuir a la verdad, a la no repetición, la reparación inmaterial de las víctimas, así como atender los requerimientos de los órganos del sistema.

Artículo 58. Procedimiento para la privación de la libertad en unidad militar o policial para integrantes de las fuerzas militares y policiales. El Ministerio de Defensa Nacional consolidará los listados de los miembros de la Fuerza Pública que prima facie cumplan con los requisitos para la aplicación de la sustitución de la privación de la libertad intramural por la Privación de la libertad en Unidad Militar o Policial a que se refiere el artículo anterior. Para la elaboración de los listados se solicitará información al Inpec, institución que deberá dar respuesta en un término máximo de 15 días hábiles. Una vez consolidados los listados serán remitidos al Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz quien verificará o modificará los mismos en caso de creerlo necesario, y comunicará al funcionario que esté conociendo la causa penal sobre el cumplimiento de los requisitos por parte del beneficiado, para que proceda a otorgar la sustitución de la privación de la libertad intramural por la Privación de la libertad en Unidad Militar o Policial a que se refiere el artículo anterior, funcionario, quien de manera inmediata, adoptará la acción o decisión tendiente a materializar la misma.

Parágrafo. En caso de que el beneficiado incumpla alguna de las obligaciones contraídas en el compromiso o desatienda su condición de privado de la libertad, se le revocará el beneficio de la privación de la libertad en Unidad Militar. No habrá lugar a la revocatoria por circunstancias diferentes a las aquí señaladas.

Artículo 59. Supervisión. El Director del centro de reclusión militar o policial, o en su defecto el Comandante de la Unidad Militar o Policial donde vayan a continuar privados de la libertad los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales, ejercerá control, vigilancia y verificación del personal beneficiado de la privación de la libertad en Unidad Militar o Policial, utilizando tanto los mecanismos ordinarios como los dispuestos en la Jurisdicción Especial para la Paz.

De la transcripción de los anteriores artículos debe concluirse que según la Ley 1820 de

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

2016, los miembros de las FARC EP cuya privación de la libertad sea menor a 5 años, serán trasladados a las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN), donde seguirán sujetos a un régimen de privación de libertad, monitoreado por el INPEC. Así mismo, los integrantes de las Fuerzas Militares y Policiales que lleven privados de la libertad menos de 5 años, serán trasladados o continuarán detenidos en Unidad Militar o Policial, vigilados por el Director del centro de reclusión militar o policial, o en su defecto el Comandante de la Unidad Militar o Policial respectiva.

Sin embargo, el Decreto 706, que en teoría debería regular la Ley 1820, pero que como hemos visto excede y desvirtúa lo contenido en esta y en el Acuerdo Final, **NO CONTEMPLA NINGUNA CLASE DE RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA,** en ningún caso.

El Decreto, en el artículo pertinente, se limita a establecer lo siguiente:

Artículo 7°. Revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento. En virtud del carácter prevalente e inescindible del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, para hacer efectivo el tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado, y simultáneo, la autoridad judicial correspondiente, tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación y siempre que se den los requisitos legales, revocará la medida de aseguramiento impuesta, o la sustituirá por una no restrictiva de la libertad, en las investigaciones o procesos adelantados contra ellos por conductas punibles cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno.

Tratándose de investigaciones adelantadas por el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000, será el fiscal que adelante la investigación, quien adopte la correspondiente medida.

El Decreto transgrede por completo lo establecido en la Ley 1820 donde era claro que el beneficio para integrantes de la Fuerza Pública que llevaran menos de 5 años de privación efectiva de la libertad, era ser trasladados o continuar detenidos en Unidad Militar o Policial.

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

Revocar las medidas de aseguramiento intramurales para miembros de la Fuerza Pública que llevaran menos de 5 años privados efectivamente de la libertad, sin imponer ninguna clase de restricción, viola la Ley 1820 y el espíritu del Acuerdo Final, cuando establece que el tratamiento entre combatientes insurgentes y de la Fuerza Pública, será equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. Efectivamente, los miembros de la insurgencia que llevaran menos de 5 años detenidos tendrán un régimen de libertad condicionada mucho más estricto en el que deberán permanecer en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, bajo la custodia del INPEC; mientras los agentes de la Fuerza Pública no adquieren ninguna obligación equivalente.

De esta manera, salvo que se establezca que los miembros de la Fuerza Pública que llevaran menos de 5 años privados de la libertad serán trasladados o continuarán recluidos en Unidades Militares o Policiales, el artículo 7 del decreto 706 de 2017 debe ser declarado inconstitucional.

D. CONCLUSIONES Y SOLICITUDES

De manera principal

1. Que se declare la inconstitucionalidad de la totalidad del Decreto 706 de 2017 por cuanto no reúne ninguno de los requisitos mínimos materiales de conexidad objetiva, estricta y suficiente, así como el requisito de necesidad estricta, como parámetros de constitucionalidad fijados por la Corte Constitucional. Y, al contrario, desarrolla materias que son ajenas al Acuerdo Final, contradicen su autenticidad, así como también contradicen los desarrollos normativos dados hasta la fecha para implementar los Acuerdos, como lo son la Ley 1820 de 2016, Acto Legislativo 01 de 2017, Acto Legislativo 02 de 2017, entre otros.

A modo subsidiario,

2. Que se aclare que el otorgamiento de un tratamiento “equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico” para agentes de la Fuerza Pública no puede suponer un desarrollo normativo que asuma que éstos tienen un tratamiento

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

privilegiado frente a su contraparte, máxime si se tiene en cuenta, que el Estado colombiano ha suscrito obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y de las víctimas, que en virtud de ello configura una responsabilidad agravada cuando se trata de violaciones sistemáticas, y que tiene una posición de garante frente a la ciudadanía.

3. En caso de que llegara a declararse constitucional el Decreto, es necesario que se reitere al examinar la constitucionalidad del Decreto 706 de 2017, la obligatoriedad de los espacios para participación de las víctimas en los procesos y trámites de que trata el Decreto Ley 706 de 2017, garantizando su coherencia con los parámetros constitucionales trazados en materia de participación en las actuaciones judiciales por parte de las víctimas.

4. Que se aclara que no son aceptables las consideraciones expresadas en la parte motiva y normativa del decreto 706 que señalan que tiene como objeto regular el tratamiento especial en desarrollo del **principio de inescindibilidad, toda vez que dicho principio hace referencia a la naturaleza integral del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, y bajo ningún entendido trae como consecuencia la necesaria aplicación de beneficios punitivos idénticos a excombatientes de las FARC-EP y a miembros de la fuerza pública como lo asegura el Decreto 706 de 2017.**

5. Que la expresión “en relación directa o indirecta con el conflicto” del Decreto 706 de 2017 hace referencia a aquellas acciones cometidas en un teatro de operaciones de la guerra y excluye aquellas conductas que pueden considerarse formas de violencia socio-políticas no relacionadas con el conflicto armado interno.

6. Que la adopción de una medida cautelar es de carácter excepcional en la medida que con ella se limitaría un derecho constitucional como la libertad personal, y por esa razón solo se justifica para la consecución de unos fines determinados que también son de raigambre constitucional en cuanto protegen también derechos de terceras personas. En tal sentido el funcionario judicial si tuviera que aplicar el Decreto 706 de 2017 debe acometer un juicio de ponderación que tenga en cuenta, por un lado, como garantía del derecho a la libertad, cada uno de los límites sustanciales para la adopción de este tipo de medidas previamente enunciados, y los fines constitucionales que se persiguen con la medida. Este análisis no puede hacerse en abstracto y supone un análisis de las circunstancias de cada caso concreto.

7. Esta ausencia de medidas cautelares u obligaciones accesorias a la libertad

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

decretada mediante los mecanismos del Decreto 706 de 2007, se encuentra que estos no son compatibles con los mandatos constitucionales de protección judicial a las víctimas ni con los mandatos de los pactos y tratados internacionales que imponen a las instituciones del Estado la obligación de investigar de manera adecuada y efectiva las graves violaciones a los derechos humanos.

8. Que en todo caso se reafirmen las obligaciones concretas de asegurar que con la expedición de la revocatoria o modificación de las medidas de aseguramiento y con la revocatoria de las órdenes de captura no se afecten los resultados de los procedimientos que hayan de surtir ante cualquiera de las instancias del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (tales como la comparecencia ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad o las deposiciones solicitadas ante la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas) y sobre todo para los fines de asegurar que no se alteren, afecten o supriman los medios probatorios o los derechos de las víctimas y testigos.

9. La Corte en su decisión debería valorar solicitar a los operadores judiciales al momento de otorgar estas libertades, verificar y sustentar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

i. Si el hecho o los hechos tienen relación directa o indirecta con el conflicto armado interno

ii. Se atienda a la condición de servidor público, la posición de garante que ostentan, la gravedad del delito cometido, el nivel de participación lo que genera un nivel de agravación

iii. Que se examine que las libertades transitorias no pongan en riesgo a las víctimas ni el desarrollo de los procedimientos establecidos en la justicia ordinaria y en el SIVJRNR

iv. Que tratándose de agentes estatales, se deben establecer restricciones para el ejercicio de funciones públicas, como garantía para la depuración del servicio público y no repetición de los hechos victimizantes

Intervención Ciudadana Decreto 706 de 2017.

v. Que se examine el establecimiento de límites razonable al derecho al trabajo, la prohibición de ejercer cargos relacionados con actividades de inteligencia, seguridad y vigilancia. Esta prohibición será mayor para quienes hayan ocupado cargos de alto nivel.

vi. Que cualquier concesión de beneficios judiciales a los Agentes del Estado vinculados en la comisión de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario debe tener como presupuesto su compromiso pleno con la verdad, la reparación y la no repetición de los crímenes cometidos. Se deberán establecer, además, medidas de agravación en relación a las conductas penales y disciplinarias cometidas por agentes del Estado dado su carácter de servidor público.

10. Que con el Decreto 706 de 2017 se vulnera el principio de igualdad cuando se le otorga un tratamiento igual a un grupo poblacional, los agentes del Estado respecto de los ex-combatientes de las FARC-EP, tratándose de situaciones jurídicas diferentes.