

PROYECTO DE LEY No. 132 de 2013

Por la cual se crea y organiza el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

DECRETA

TITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 1o. CREACION DEL SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA. Crease el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública como un conjunto de políticas, estrategias, programas, medidas preventivas y herramientas jurídicas, técnicas, financieras y administrativas orientadas a garantizar a favor de los miembros de la Fuerza Pública que así lo soliciten, el derecho a la defensa y una adecuada representación en instancia administrativa y judicial, y con ello el acceso efectivo a la administración de justicia.

ARTICULO 2º. OBJETO DEL SISTEMA DE DEFENSA TECNICA Y ESPECIALIZADA. El Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, es responsable de financiar los servicios jurídicos que garanticen a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública una adecuada representación, para materializar el derecho fundamental a la defensa en las instancias disciplinarias o jurisdicción penal ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros Estados por excepción, previstas en la ley para cada caso, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto determine el Gobierno Nacional.

ARTICULO 3º. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA DE DEFENSA TECNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA: En la aplicación de esta ley se tendrá en cuenta los siguientes principios:

CONTINUIDAD: El servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se prestará sin interrupción desde el momento mismo en que se autoriza, salvo fuerza mayor o caso fortuito.

ESPECIALIDAD: Los recursos apropiados para financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se destinarán al cumplimiento del objeto establecido en la presente ley y demás actividades conexas, complementarias y necesarias que constituyan directa e indirectamente un medio indispensable para el cumplimiento adecuado de los fines del Sistema.

CALIDAD: El servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se prestará con eficiencia y calidad, para lo cual sus órganos de administración implementarán los mecanismos de control y vigilancia que así lo garanticen.

ACCESIBILIDAD: Los miembros de la Fuerza Pública, activos o retirados, tendrán el derecho de acceder al servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 de la presente ley y con sujeción a la apropiación presupuestal disponible al momento de la solicitud.

GRATUIDAD: El Servicio que brinda el Sistema de Defensa Técnica y Especializada se prestará a quien se autorice en forma oportuna y continua sin costo alguno, hasta por el monto de los recursos apropiados y disponibles.

OPORTUNIDAD E IDONEIDAD: El Sistema de Defensa Técnica y Especializada garantizará el derecho a una defensa oportuna, especializada y con personal idóneo.

IMPARCIALIDAD: El defendido gozará de independencia, sin ninguna clase de restricción, influencia o presión. El Defensor podrá intercambiar opiniones técnicas con el Ministerio de Defensa Nacional - FONDETEC, y recibir instrucciones y sugerencias para una defensa eficaz, idónea, oportuna y de calidad. Lo anterior, sin perjuicio del respeto a la voluntad del implicado y la protección de sus derechos, garantías e intereses.

ARTICULO 4º. CREACION DEL FONDO. Crease el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública como una cuenta especial de la Nación– Ministerio de Defensa Nacional, que hará parte del Ministerio de Defensa Nacional– Unidad de Gestión General, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, el cual funcionará bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

El Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública utilizará la sigla Fondetec.

Fondetec financiará el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, siempre y cuando la falta o delito haya sido cometido en ejercicio de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella.

ARTICULO 5º. FINANCIACION DEL SISTEMA DE DEFENSA TECNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA. Para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 1º de la presente Ley, el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública se financiará con los recursos que se apropien en el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, creado en virtud de la presente ley.

TITULO II COBERTURA Y EXCLUSIONES

ARTÍCULO 6o. ÁMBITO DE COBERTURA. El Sistema de Defensa Técnica y Especializada financiado por el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública –Fondetec– se encargará de prestar a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública los servicios mencionados en el artículo 2º de esta ley, cuyo conocimiento sea avocado en materia disciplinaria por las autoridades disciplinarias y en materia penal por la jurisdicción penal ordinaria o penal militar y en subsidio la jurisdicción internacional vinculante por tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia.

Así mismo, podrá prestarse el Servicio de Defensoría a los miembros de la Fuerza Pública ante terceros Estados.

En aquellas actuaciones que se encuentren en curso a la entrada en vigencia de la presente ley, se garantizará el derecho de defensa a los miembros de la Fuerza Pública que lo soliciten en los términos aquí señalados, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.

El Servicio de Defensa Técnica y Especializada que financia Fondetec garantiza, como obligación de medio y no de resultado, un servicio oportuno, de calidad, continuo, especializado e ininterrumpido.

ARTICULO 7º. EXCLUSIONES. Se excluye de la cobertura del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública al que se refiere la presente Ley, aquellas faltas o delitos no cometidos en ejercicio de la

misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella, o que correspondan a su ámbito privado.

TITULO III. ADMINISTRACION DEL FONDO

ARTÍCULO 8o. ORGANOS DE ADMINISTRACIÓN. El Fondo contará para su administración con un Comité Directivo y un Director.

PARÁGRAFO. El Director del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública –Fondetec– será de libre nombramiento y remoción del Ministro de Defensa Nacional. Su remuneración y régimen de prestaciones será el que determine el Gobierno Nacional, de conformidad con las normas vigentes.

ARTÍCULO 9o. COMITÉ DIRECTIVO. El Comité Directivo del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública –Fondetec– estará integrado por:

1. El Ministro de Defensa Nacional o su delegado, quien lo presidirá.
2. El Comandante General de las Fuerzas Militares, o su delegado.
3. El Comandante del Ejército Nacional de Colombia, o su delegado.
4. El Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, o su delegado.
5. El Comandante de la Armada Nacional, o su delegado.
6. El Director General de la Policía Nacional, o su delegado.
7. Tres (3) representantes del Ministro de Defensa Nacional.
8. El Director de Fondetec tendrá a su cargo la Secretaría Técnica del Comité, y asistirá con voz pero sin voto.

PARAGRAFO: El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de los órganos de administración del Fondo.

TITULO IV. RECURSOS Y OPERACIÓN DEL FONDO

ARTÍCULO 10o. RECURSOS DEL FONDO. Los recursos del Fondo de Defensa Técnica y Especializada –Fondetec– provendrán de:

1. Las partidas que se le asignen en el Presupuesto Nacional.

2. Los recursos que para este propósito se destinen por parte del Fondo de Defensa Nacional del Ministerio de Defensa Nacional.
3. Los recursos de cooperación nacional e internacional que este gestione o se gestionen a su favor.
4. Las donaciones que reciba.
5. Los rendimientos financieros derivados de la inversión de sus recursos, y
6. Los demás recursos que obtenga o se le asignen a cualquier título.

ARTÍCULO 11o. FINALIDAD DE LOS RECURSOS. Los recursos del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública – Fondetec– destinados a la Defensa de los Miembros de la Fuerza Pública, tendrán por finalidad la financiación del Sistema de Defensa Técnica y Especializada y las demás actividades conexas, complementarias y necesarias que constituyan directa o indirectamente un medio indispensable para el cumplimiento adecuado de los fines del Sistema y del objeto del Fondo.

PARAGRAFO 1o. El Ministerio de Defensa Nacional y sus unidades ejecutoras podrán financiar actividades conexas, complementarias y necesarias que constituyan directa o indirectamente un medio indispensable para el cumplimiento adecuado del objeto del Fondo y del Sistema de Defensa Técnica y Especializada, previo estudio de conveniencia elaborado por el Director del Fondo y viabilidad técnica y presupuestal expedida por el funcionario competente de la respectiva Unidad Ejecutora.

PARÁGRAFO 2o. Los gastos en que incurra Fondetec para la implementación y ejecución de la fiducia mercantil de que trata el artículo 12 de esta ley, incluida la comisión que se pagará a la fiduciaria, serán atendidos con cargo a los recursos del patrimonio autónomo.

PARÁGRAFO 3o. Para los efectos previstos en el presente artículo, también se podrán celebrar convenios con la Defensoría del Pueblo.

ARTÍCULO 12. FIDUCIA MERCANTIL. Los recursos del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública –Fondetec– que ingresen al patrimonio autónomo serán administrados por la Fiduciaria La Previsora S. A., con quien el Ministerio de Defensa Nacional suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo, para lo cual queda autorizado por la presente disposición.

Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

ARTÍCULO 13. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS Y RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN. Para efectos presupuestales, los recursos se entenderán ejecutados una vez los mismos sean transferidos al respectivo patrimonio autónomo, el cual sujetará sus actos y contratos a las normas y reglas del derecho privado, observando, en todo caso, los principios contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

ARTÍCULO 14. TRANSFERENCIA DE OTROS BIENES. Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada u organismos internacionales de cooperación, podrán hacer donaciones o entregar bienes, servicios o transferir recursos al Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, a título gratuito sin que se requiera para ello el procedimiento de insinuación. Estas transferencias no otorgan a quien transfiere la condición de fideicomitente.

ARTÍCULO 15. DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO. Son causas de extinción del fideicomiso creado por esta ley:

1. La disolución y liquidación estatutaria de la sociedad fiduciaria.
2. La intervención administrativa de la sociedad fiduciaria dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia, o la entidad que haga sus veces, para administrar sus negocios o para liquidarla.
3. La revocación decretada por el Ministro de Defensa Nacional.

En el evento de que ocurra cualquiera de las circunstancias antes enumeradas, el Fondo de Defensa Técnica y Especializa –Fondotec– subsistirá y, en consecuencia, la sociedad fiduciaria entregará la administración del mismo a la institución financiera que determine el Ministerio de Defensa Nacional.

TÍTULO V DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 16. EJERCICIO DE LA DEFENSA POR PARTE DE PERSONAL UNIFORMADO: El personal uniformado de las Fuerzas Militares que en servicio activo acredite título de abogado y se encuentre debidamente inscrito para su ejercicio, podrá ejercer la abogacía, cuando con ocasión de su cargo o empleo se le asignen funciones relacionadas con la defensa litigiosa de los intereses de la

Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares ante la respectiva autoridad judicial o administrativa, según corresponda.

ARTICULO 17. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Cordialmente,

JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional

PROYECTO DE LEY “POR LA CUAL SE CREA Y ORGANIZA EL SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. EL SISTEMA DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA, EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La comprensión del Sistema de Defensa Técnica y Especializada tiene sentido como instrumento administrativo y financiero en el contexto de garantizar el derecho a la defensa técnica y especializada a los miembros de la Fuerza Pública, en el marco de lo dispuesto en la Constitución Política.

Se entiende para todos los efectos del presente proyecto de ley que los Miembros activos y retirados de la Fuerza Pública, corresponden a los miembros del Ejército Nacional, Fuerza Aérea Colombiana, Armada Nacional y Policía Nacional.

Para estos propósitos, resulta necesario ubicar conceptualmente la creación del Sistema de Defensa Técnica Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, dentro de un contexto de derechos y garantías constitucionales.

En efecto, sobre este particular la Corte Constitucional ha explicado cómo el derecho fundamental se integra de una serie de garantías que deben ser observadas por el legislador a la hora de regular los procesos, judiciales o administrativos, y observados a cabalidad por las autoridades, judiciales o administrativas, cuando los adelanten.

Al respecto, el Alto Tribunal explicó las siguientes garantías integradoras del debido proceso¹:

“a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.

¹ Corte Constitucional Sentencias C 107 de 2004, 1193 de 2008, 980 de 2010 y T 957 de 2011, entre otras que ratifican asimismo esta línea jurisprudencial.

b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.

c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.

d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.

e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo.

f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”

De igual forma, la Corte explicó la aplicación rigurosa y estricta que exige la observancia de estas garantías, por ejemplo, en materia penal:

“Así las cosas, ha de precisarse que las anteriores garantías que rigen el debido proceso, si bien se predicán respecto de toda clase de actuaciones judiciales o administrativas como anteriormente se expuso, lo cierto es que su aplicación es más estricta o rigurosa en determinados campos del derecho, pues en materia penal, por ejemplo, la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales como la libertad de la persona; mientras que en el ámbito del derecho administrativo su aplicación es más flexible, en la medida en que la naturaleza del proceso no implica necesariamente la restricción de derechos fundamentales.

Desde esta misma perspectiva, la Corte ubica conceptualmente asimismo las comentadas garantías en el contexto de los fines del Estado Social de Derecho, así como en la defensa y preservación del valor material de la justicia:

“Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P)”.

Así, en atención a su naturaleza jurídica, las materias objeto del proyecto de ley se enmarcan como la regulación legal ordinaria de una estrategia institucional, la creación de un Sistema, para materializar un derecho fundamental: la defensa técnica como garantía del debido proceso.

Por lo tanto, si el fundamento del marco legal del proyecto es el ordenamiento superior, resulta procedente traer a colación las siguientes consideraciones jurídicas, que sirven de basamento al mismo.

1.1. Normas supraconstitucionales.

En su artículo 93, la Constitución Política establece que *“los tratados y convenios ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”* pero además que *“los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*.

Bajo tal égida, es conducente traer a colación la regulación que, en relación con las garantías integradoras del debido proceso están albergadas en diferentes tratados y convenios que reconocen derechos humanos.

En primer lugar, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la organización de Naciones Unidas, ONU, encontramos en su artículo 11° el derecho de toda persona, acusada de un delito, de tener un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

En la Ley 16 de 1972 “*Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, firmado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969*” se consagraron las garantías judiciales que como vimos anteriormente deben entrar a formar parte del conjunto de garantías que integran el debido proceso judicial como derecho fundamental en nuestro país, dentro de las cuales expresamente se consagró, en materia penal, los derechos del inculcado a ser asistido por un defensor, de su elección y de comunicarse libre y privadamente con él; además el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley. Al respecto, se dijo en la Convención:

“Artículo 8o. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma el juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor, de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la

legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior;

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”

(Negritas fuera de texto)

Por lo que, desde la perspectiva antes indicada y para efectos de la presente exposición de motivos, es necesario destacar que una garantía y un derecho del inculpado, que se integra como elemento de su derecho al debido proceso judicial, es el derecho a ser asistido por un defensor, el cual puede ser designado por éste o suministrado por el Estado, remunerado o no, conforme a la legislación interna.

1.2. Constitucional.

La Constitución Política de 1991, por su parte, consagró el derecho fundamental a un debido proceso judicial o administrativo, señalando como uno de sus elementos integradores el derecho que le asiste al sindicado a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio durante la investigación y el juzgamiento. Al respecto, el artículo 29 Superior estatuye:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. **Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.***

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”

(Negrillas fuera de texto)

Por lo que podemos claramente concluir que en el escenario de las garantías y derechos supra y constitucionales la persona que es procesada por la presunta comisión de un hecho punible tiene derecho como garantía integradora de su derecho al debido proceso judicial, a la asistencia de un abogado para su defensa, el cual podrá ser designado por él o de oficio por la autoridad judicial. Además, el derecho irrenunciable a la asistencia de un abogado proporcionado por el Estado, remunerado o no, conforme a la legislación interna.

1.3. Legal.

1.3.1. Ley 1224 de 2008².

El legislador expidió la Ley 1224 de 2008 “*Por la cual se implementa la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública*”, la cual tiene por finalidad “*facilitar a los miembros de la Fuerza Pública acceso oportuno, gratuito, especializada, permanente y técnico, a una adecuada representación en materia penal, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política*”³.

² Derogada en su momento por el Decreto 582 de 2013.

³ Ley 1224 de 2008, artículo 1o.

En relación con ello, se precisó que la cobertura del servicio de defensoría técnica se prestará a los miembros de la Fuerza Pública por conductas cometidas en servicio activo y relación con el mismo, cuyo conocimiento corresponda a la Justicia Penal Militar⁴, beneficiando al personal activo o en retiro respecto de esos hechos, de manera autónoma e independiente del mando⁵.

El legislador determinó que con la finalidad de asumir el servicio de Defensoría Técnica de la Fuerza Pública funcionaría un Fondo Cuenta con carácter permanente en el Ministerio de Defensa Nacional, con recursos del presupuesto nacional, donaciones y las contribuciones que permita la ley, y en relación con los mismos que los ejecutaría el Ministerio con fundamento en los criterios de oportunidad, agilidad y eficiencia⁶.

De otra parte, la Ley 1224 reguló de manera integral todos los aspectos relacionados con el funcionamiento de la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública como un servicio público organizado y controlado administrativamente por el Ministerio de Defensa Nacional, y prestado por profesionales del derecho quienes la ejercen bajo las políticas impartidas por la Defensoría del Pueblo en materia de defensa pública⁷.

Asimismo, se ocupó de integrar el Servicio de Defensoría Técnica de la Fuerza Pública⁸, que sería prestado por profesionales del derecho vinculados como Defensores Técnicos de la Fuerza Pública a través de un contrato de prestación de servicios y seleccionados por la Dirección Nacional de Defensoría Técnica, conforme a lo reglado en el Estatuto de Contratación⁹, o a través de los estudiantes de derecho en su práctica en los consultorios jurídicos¹⁰, o como judicatura¹¹; adicionalmente, la posibilidad de vincular investigadores, técnicos y auxiliares para garantizar la eficiencia y eficacia de la prestación del servicio técnico de defensoría técnica de la Fuerza Pública¹².

Desde el punto de vista organizacional, el legislador organizó la estructura y la dirección del servicio de defensoría técnica de la Fuerza Pública, cuya coordinación y dirección le corresponde al Director Nacional del Servicio de Defensoría Técnica de la Fuerza Pública¹³, dignidad respecto de la cual precisó

⁴ Ibídem artículo 2o.

⁵ Ibídem artículo 4º.

⁶ Ibídem artículo 3o.

⁷ Ibídem artículo 5o.

⁸ Ibídem artículo 6o.

⁹ Ibídem artículo 7o.

¹⁰ Ibídem artículo 8o.

¹¹ Ibídem artículo 9o.

¹² Ibídem artículo 10o.

¹³ Ibídem artículo 11o.

los requisitos para proveerla¹⁴ y sus funciones¹⁵; dispuso la posibilidad que a nivel regional se prestara el servicio a través de unidades de gestión cuya determinación y ubicación le corresponden al Ministerio¹⁶.

Adicionalmente, la Ley 1224 reguló la figura del Defensor Técnico de la Fuerza Pública¹⁷, la figura de los investigadores y técnicos de ese servicio de defensoría¹⁸, la judicatura y los consultorios jurídicos¹⁹, reguló de igual forma la prestación del servicio²⁰ y la actualización del listado de defensores técnicos²¹, y la disposición de recursos para financiar la prestación del servicio²².

En efecto, el alcance de la defensoría técnica y especializada de los miembros de la Fuerza Pública, que se crea con el presente proyecto de ley, conlleva la integridad de la defensa penal, tanto en la justicia penal militar como en la justicia penal ordinaria, así como en procesos disciplinarios; pero a su vez, desde una dimensión preventiva de la comisión de estas conductas, así como su vinculación con la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses litigiosos del Estado.

En igual sentido, la expedición del proyecto de Ley no debe replicar marcos institucionales, funciones, gastos y tareas; y se requiere incorporar un nuevo esquema administrativo de financiación y funcionamiento de una institucionalidad que garantice la efectividad de los derechos fundamentales involucrados.

Adicionalmente, con la propuesta contenida en el proyecto de Ley se armoniza lo señalado en el Código Penal Militar cuando reguló la defensoría técnica penal militar en los siguientes términos: *“La Justicia Penal Militar contará con un grupo de abogados, miembros de la Fuerza Pública, empleados civiles del Ministerio de Defensa y particulares, constituidos como un cuerpo autónomo separado del mando, quienes ejercerán de forma exclusiva defensa técnica respecto de militares o policiales investigados por delitos en relación con el mismo servicio”*²³, y dispuso que su funcionamiento sería reglamentado por el Gobierno Nacional²⁴.

¹⁴ Ibídem artículo 12o.

¹⁵ Ibídem artículo 14o.

¹⁶ Ibídem artículo 13o.

¹⁷ Ibídem artículos 19o a 22o.

¹⁸ Ibídem artículos 23o a 25o.

¹⁹ Ibídem artículos 26o y 27o.

²⁰ Ibídem artículos 28o a 34o.

²¹ Ibídem artículos 35o a 36o.

²² Ibídem artículo 37o.

²³ Ibídem artículo 287o.

²⁴ Ibídem artículo 287o Parágrafo.

1.3.2. Ley 1407 de 2010.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 1224 de 2008 se profirió la Ley 1407 de 2010 “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, el cual reguló la figura del fuero militar en sentido que *“los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, los cuales están conformados por miembros en servicio activo o en retiro”*²⁵.

Estableció además este nuevo Código que era un delito relacionado con el servicio aquellos *“cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la Ley y los reglamentos les haya asignado”*²⁶ y definió que la Fuerza Pública está integrada exclusivamente por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional²⁷, en el marco de la regulación sustantiva de las normas penales militares.

De otra parte, el legislador determinó que se integraban a las disposiciones del Código las normas y postulados sobre derechos humanos consignados en el Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia²⁸, aspecto que es armónico con lo dispuesto en la parte procesal penal militar, cuando se precisa que en la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción²⁹.

Dentro de las normas rectoras y garantías procesales, el legislador se ocupó de consagrar que los intervinientes en el proceso serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana³⁰, y dentro del derecho de defensa el derecho a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado

“ARTÍCULO 179. DEFENSA. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que concierne a:

²⁵ Ley 1407 de 2010, artículo 1o.

²⁶ *Ibidem* artículo 2o.

²⁷ *Ibidem*, artículo 4o.

²⁸ *Ibidem*, artículo 14o.

²⁹ *Ibidem*, artículo 174o.

³⁰ *Ibidem* artículo 172o.

a) *No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;*

b) *No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;*

c) *No se utilice el silencio en su contra;*

d) *No se emplee en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse;*

e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;

f) *Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que además pueda estar acompañado por uno designado por él;*

g) *Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;*

h) *Conocer los cargos que le sean formulados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan;*

i) *Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;*

j) *Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;*

k) Tener juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

1) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre asesoramiento de su abogado defensor”

(Negrillas fuera de texto)

Asimismo, a la hora de regular los sujetos procesales el Código se ocupó de lo relativo a la defensa dentro de la justicia penal militar, aspecto que afecta, como veremos, lo relativo al servicio público de la defensoría técnica de las Fuerzas Públicas de que trata la Ley 1224 de 2008.

En efecto, se dispuso que la defensa estaría a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o acusado, o en su defecto, por el que le sea asignado por la Defensoría Técnica Penal Militar³¹.

De igual forma, reguló la oportunidad para designar al defensor, momento que, en términos de efectividad debe ser tenido en cuenta a la hora de prestar el servicio de la defensoría técnica de la Fuerza Pública³²; su reconocimiento procesal³³; que la dirección de la defensa corresponde al defensor principal, pudiendo acompañarlo un defensor suplente³⁴; la incompatibilidad referida al ejercicio de la defensa³⁵; la sustitución, derechos y facultades, y deberes de la defensa³⁶.

Como se mencionó anteriormente, el Código Penal Militar se ocupó de regular la defensoría técnica penal militar en los siguientes términos: “*La Justicia Penal Militar contará con un grupo de abogados, miembros de la Fuerza Pública, empleados civiles del Ministerio de Defensa y particulares, constituidos como un cuerpo autónomo separado del mando, quienes ejercerán de forma exclusiva defensa técnica respecto de militares o policiales investigados por delitos en*

³¹ Ibídem artículo 179o.

³² Ibídem artículo 280o.

³³ Ibídem artículo 281o.

³⁴ Ibídem artículo 282o.

³⁵ Ibídem artículo 283o.

³⁶ Ibídem artículos 284o a 286o.

*relación con el mismo servicio*³⁷, y dispuso que su funcionamiento sería reglamentado por el Gobierno Nacional.³⁸

Finalmente en relación con la Defensa, el legislador se ocupó en esta legislación de reglamentar la figura procesal del imputado³⁹, aspecto procesal que resulta esencial para la prestación del servicio técnico de defensa de la Fuerza Pública.

1.4 LA APLICACIÓN DEL JUICIO DE IGUALDAD AL SERVICIO DE DEFENSA TÉCNICA Y ESPECIALIZADA DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

La igualdad como principio, valor y derecho fundamental funda sin lugar a dudas la existencia y razón de ser del Estado constitucional y de derecho, por cuanto no solo esta irradiado en todo el ordenamiento jurídico, sino también porque vincula a todos los poderes públicos, imponiéndoles que las cargas y los beneficios se repartan equitativamente entre los individuos. El principio de igualdad como categoría jurídica abstracta, compleja y general se concreta fundamentalmente en dos mandados: 1) la igualdad ante la ley o igualdad formal y 2) la igualdad en la ley o igualdad material. La primera (igualdad formal) se enfoca en el imperativo por parte del poder judicial y administrativo de aplicar las leyes en condiciones de igualdad. Por su parte, el principio de igualdad frente a la ley (igualdad material) se garantiza a través de la interdicción de la discriminación y la obligación de recibir un trato igual por parte del poder legislativo, esto es, la obligación que vincula al legislador de incorporar el principio de igualdad en la elaboración de las normas.

Estas dos manifestaciones se encuentran establecidas en el artículo 13 de la Constitución Política. En el primer inciso, se erige la igualdad formal que obliga a dar un trato de paridad entre los administrados, imperativo de prohibición de la arbitrariedad o la discriminación: *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, opinión política o filosófica*. En los incisos 2° y 3° se encuentra la igualdad material que prohíbe una omisión del legislador, obligándolo a dar un trato diferenciado entre los administrados, imperativo de compensación o protección de los que se encuentran en condiciones especiales de sujeción al Estado: *El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados*. Inciso 3°: *El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se*

³⁷ *Ibíd*em artículo 287o.

³⁸ *Ibíd*em artículo 287o Parágrafo.

³⁹ *Ibíd*em artículos 288o a 293o.

encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se sometan.

La razón de ser del Estado constitucional y de derecho se concreta en el principio de igualdad material, pues se dirige a que el Estado-legislador introduzca un derecho diferencial y promocional para los administrados que se encuentran en condiciones especiales de sujeción. Los miembros de la fuerza pública, en razón de su órbita funcional, tienen una asunción injustificada de sus cargas, una desigualdad fáctica latente, en el que se amerita un trato especial para proteger particularmente el derecho fundamental a la defensa.

Al tenor de la Sentencia **C-776 de 2003**, que reitera los lineamientos jurisprudenciales fijados en las sentencias **C-1064 de 2001**, **C-566 de 1995** y **SU-747 de 1998**, la Corte Constitucional recordó que la inserción de la cláusula del Estado social de derecho es un **principio medular de nuestra organización política** el cual tiene un amplio alcance en la relación autoridad-persona humana y está reforzado por el principio de igualdad material (artículo 13 de la C. P.).

A partir de las conclusiones de la Corte, podemos inferir que en el Estado constitucional, social y de derecho, a diferencia del Estado de derecho, limitado exclusivamente a no poner en riesgo las libertades individuales, el Estado-legislador tiene la obligación de promover una igualdad real o efectiva al momento de elaborar los marcos legales. Por esta razón, el legislador no puede incurrir en una omisión injustificada al reglamentar los aspectos de organización y procedimiento del derecho fundamental a la defensa de los miembros de la fuerza pública, pues le es obligatorio establecer un derecho diferencial y de protección ya que ellos se encuentran en una relación especial de sujeción, diferente a la de cualquier colombiano. Este derecho diferencial materializado en el Sistema de Defensa Técnica Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública es Constitucional, por cuanto no sólo está permitido por el inciso 2° del artículo 13 sino también porque no vulnera la prohibición de discriminación.

Sobre el particular se indica: *“Las relaciones especiales de sujeción, se entienden como un mecanismo que dota a la administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades; como toda sujeción supone la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico, pero que una vez la potestad es ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción.*

Se basa en un debilitamiento o menoscabo de los derechos de algunos ciudadanos, que fungen como agentes de la Administración del Estado, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía; lo anterior, como consecuencia de una vinculación cualificada con los poderes públicos emanada de un mandato constitucional, pero especialmente como condición y exigencia del funcionamiento normal del servicio inherente a la Administración Pública.

Es una categorización jurídica específica y propia del Derecho Administrativo; como rama del Derecho de naturaleza estatutaria regula las relaciones singulares y especiales de los sujetos que conforman la organización conocida como Administración Pública; en virtud y para efectos de estas relaciones estos sujetos se sustraen del derecho común.

Esta vinculación, puede ser voluntaria, como es el caso de los servidores que en razón de su vinculación con los poderes públicos adquieren una serie de obligaciones que limitan algunos de sus derechos fundamentales; en este evento, esta limitación puede venir acompañada del reconocimiento de algunas prerrogativas o fueros especiales a favor del ciudadano vinculado a esta situación, que afectan principalmente el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial.

Algunos sectores de la doctrina consideran que en este caso, la restricción de algunos derechos es compensado con otros derechos que adquieren en virtud de la relación especial con los poderes públicos, es decir, como sucede con los

militares":*(RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL CONCEPTO* Luz Marina Gil García **Universidad Militar Nueva Granada** Gloria García Coronado Raúl Hernando Esteban García*** **Universidad Militar Nueva Granada**. Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XII - Nº 23 - Enero - Junio 2009 - ISSN 0121-182X

Así mismo, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencia **C-022 de 1996** se aplica por primera vez el juicio de igualdad, referente a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b), de la Ley 48 de 1993, que otorgaba a todos aquellos que hubieren prestado el servicio militar, un aumento del 10% del puntaje en los exámenes de Estado efectuado por el Icfes. La Corte Constitucional sostuvo que este derecho promocional, corolario de la igualdad sustancial, solo sería constitucional, si existe una *razón suficiente*, lo que justificaría su diferenciación. Para resolver el problema jurídico la Corte Constitucional aplicó el juicio de igualdad consistente en un *test de razonabilidad* ejecutado en tres pasos: a. *La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.* b. *La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.*; y c. *La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de*

proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. La Corte considera que el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En esa medida el *objetivo* de este proyecto de ley es establecer un Sistema Integral de Defensa de los Miembros de la Fuerza Pública que garantice el derecho fundamental del debido proceso y a la defensa de los miembros de la Fuerza Pública, a partir de una adecuada y eficaz defensa jurídica en materia penal, bien sea jurisdicción ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros estados, y en materia disciplinaria. En cuanto a la *validez del objetivo*, este se encuentra plenamente acreditado por la Constitución, pues el inciso 2° y 3° del artículo 13 obliga al legislador a impulsar un deber de promoción y de protección en la elaboración de la ley cuando se trate de individuos cuya carga o asunción de riesgos pueda ser vulnerada al tratarse de individuos sometidos a una relación especial de sujeción, como lo es un miembro de la fuerza pública.

Finalmente, el concepto de proporcionalidad comprende tres subprincipios: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

El hecho de crear el Sistema de Defensa Técnica Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública no sólo es **adecuado o idóneo** para materializar el objetivo propuesto, sino que el impulso de esta medida es útil para alcanzar el propósito constitucional del derecho fundamental de defensa. En cuanto a la **necesidad**, la Ley 24 de 1992, por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, no garantiza un adecuado, oportuno y especializado servicio de defensa para los miembros de la fuerza pública. En ese sentido, no existe otra herramienta legal que pueda materializar el objetivo y que sacrifique con menor impacto otros principios constitucionales. Finalmente, en cuanto al **principio de proporcionalidad en sentido estricto**, el Sistema de Defensa Técnica Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública no sacrifica principios constitucionales de mayor relevancia.

Es por ello, que la organización del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza pública, responde a la obligación constitucional de garantizar el ejercicio del derecho de defensa y debido proceso a todos los ciudadanos y en este caso particular el de los miembros de la Fuerza Pública, en virtud de la relación especial existente entre estado – Fuerza Pública.

Es importante anotar que la Política Integral de DDHH y DIH del Ministerio de Defensa Nacional consagra lo siguiente:

“La defensa del soldado y del policía

40. Así como la Constitución exige de la Fuerza Pública la protección y el respeto de los derechos fundamentales, así también otorga esos mismos derechos a los miembros de la Fuerza Pública. Es cierto que para cumplir su misión y mantener un equilibrio dentro de la sociedad, ciertos derechos -los derechos políticos- conocen restricciones. Pero el mismo principio constitucional de “respeto a la dignidad humana”, y en consecuencia de igualdad, opera para los soldados y policías: “La igualdad ante la ley es el núcleo de la problemática de los derechos humanos de la Fuerza Pública, pero también es la máxima expresión de acercamiento a la sociedad a la que sirve y de la que forma parte” (Luz Marina Gil García, “Los Derechos Fundamentales de los Miembros de la Fuerza Pública”; (manuscrito inédito), Bogotá, 2006. 26 “Unlimited liability” dice John Hackett)

41. No por estar dispuestos a sacrificar su vida si es necesario tienen los soldados Restricción alguna en su derecho a la vida, por ejemplo, ni tampoco por ello pueden ser objeto de ningún tipo de maltrato. Por el contrario, mientras más conciencia tengan de sus propios derechos y mientras mayor sea el respeto que reciban, mayor será también su autoestima como profesionales y como ciudadanos, y su disposición a hacer los sacrificios que sean necesarios.

42. Esa disposición a hacer el mayor de todos los sacrificios es lo que distingue al soldado del resto de los ciudadanos. El soldado acepta algo así como “un contrato sin limitaciones”(Unlimited liability” dice John Hackett, en: The Profession of Arms; Londres ,1963) en el que pone a disposición su misma vida por el bien común. Por lo mismo merece especial atención, tanto más cuando tiene que operar en condiciones tan difíciles como las colombianas y dentro del marco de la ley ordinaria. Y por eso es imprescindible que goce de una defensa técnica adecuada si tiene que rendir cuentas ante la ley. Los riesgos a los que se expone son inmensamente mayores que los del común y su derecho al debido proceso no es distinto del de los demás”.

Es de indicar que el Servicio de Defensa Técnica y Especializada que financiará Fondetec, no está dirigido a todos los Miembros activos y retirados de la Fuerza

Pública, ya que la cobertura solo corresponde a aquellas conductas cometidas en ejercicio de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella, es decir, aquellas conductas misionales que demanda la Constitución del año 1991, tales como velar por la defensa del territorio, de la soberanía, de la independencia, el mantenimiento del orden constitucional, mantener el orden público interno, y las condiciones necesarias para el libre ejercicio del derecho y las libertades públicas.

Ello significa que conductas cometidas por Miembros de la Fuerza Pública, que corresponden al ámbito privado del servidor o que no son en ejercicio de la misión constitucional y legal asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella, no serán financiadas por el Fondo, como es el caso de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, delitos contra la familia, violencia intrafamiliar, delitos contra la asistencia alimentaria, la extorsión, la estafa, enriquecimiento ilícito, entre otros.

1.4. Conclusión.

A la luz de la normatividad vigente podemos concluir que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública es la concreción y materialización de una de las garantías que integran el derecho a un debido proceso: **el derecho irrenunciable a acceder a un defensor de oficio proporcionado por el Estado** (Ordenamiento supraconstitucional y constitucional).

Es importante indicar que los miembros de la fuerza pública antes que integrantes de ella son ciudadanos con derechos fundamentales reconocidos por las normas internacionales y nacionales que el Estado debe garantizar, como es el debido proceso y derecho a la defensa, mencionado en tantas oportunidades en el presente documento.

2. LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY.

La naturaleza jurídica del proyecto obedece a la regulación que por la vía legislativa debe adelantarse en relación con la creación y organización del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública.

Al respecto, en el proyecto de Ley se indica:

TÍTULO I – DISPOSICIONES GENERALES

Creación, objeto, principios y financiación del Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública y creación del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública.

El artículo 1º Crea el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, cuya finalidad es garantizar la defensa y una adecuada representación en instancia administrativa - disciplinaria y judicial, que garantice un acceso efectivo a la administración de justicia, de los miembros de la Fuerza Pública que así lo soliciten.

El artículo 2º. Establece que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada debe facilitar a los miembros de la Fuerza Pública una adecuada representación en las instancias administrativas – disciplinarias y judiciales, siempre y cuando la conducta haya sido cometida en ejercicio de la misión constitucional de la Fuerza Pública o con ocasión de ella.

El artículo 3º Indica que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada se rige por los principios de continuidad, calidad, gratuidad, accesibilidad, especialidad, oportunidad, idoneidad e imparcialidad, garantizando en todo momento el derecho de defensa de los miembros de la Fuerza Pública que soliciten el servicio de defensa.

El Ministerio de Defensa Nacional, para cumplir con la finalidad del Sistema, dispondrá de un conjunto de políticas, estrategias, programas, medidas preventivas y herramientas, todo lo cual será financiado por el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, que para todos los efectos se denominará FONDETEC.

Dicho Fondo se constituye como una cuenta especial de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional que hará parte de la estructura de la Unidad de Gestión General, con independencia patrimonial, bajo los lineamientos que para tal efecto determine el Ministerio de Defensa Nacional. Los artículos 4º y 5º se encargan de regular estos temas.

TÍTULO II COBERTURA Y EXCLUSIONES

Establece la cobertura y exclusiones del servicio de defensa que financia Fondetec.

Artículo 6º. La cobertura del servicio de defensa que financia el Sistema, busca proveer y facilitar una adecuada representación, no solo en materia penal, bien sea jurisdicción ordinaria y especial en el orden nacional, internacional y de terceros Estados (por excepción), sino disciplinaria.

Igualmente el artículo 7º indica como exclusiones aquellas conductas no cometidas en ejercicio de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella, o en consideración a que su eventual comisión responde al ámbito privado del miembro de la Fuerza Pública.

Lo anterior, sin perjuicio que la defensa pueda ser asumida por la Defensoría del Pueblo, siempre y cuando se cumpla con la normatividad vigente.

TITULO III ADMINISTRACION DEL FONDO.

El Comité Directivo y el Director, serán los órganos de administración del Fondo.

En este sentido, el artículo 8º del proyecto de ley establece que el Comité Directivo estará integrado por el Ministro de Defensa Nacional (quien preside), el Comandante General de las Fuerzas Militares, Comandantes de Fuerza, Director General de la Policía Nacional y tres representantes del Ministro de Defensa Nacional. El Secretario Técnico del Comité Directivo será el Director del Fondo quien asistirá con voz pero sin voto.

Corresponderá al Gobierno Nacional reglamentar el funcionamiento de los órganos de control, en temas tales como, periodicidad de las sesiones del Comité Directivo, quorum para deliberar y decidir, funciones como determinar los criterios de cobertura del servicio de defensa, perfil y requisitos de las personas que prestarán el servicio de defensa, entre otras, así como las funciones del Director.

A su vez consagra que el Director será de libre nombramiento y remoción del Ministro de Defensa Nacional.

TITULO IV RECURSOS DEL FONDO

El artículo 10º del proyecto de Ley estipula que los recursos del Fondo provendrán de:

- Partidas del Presupuesto Nacional y del Fondo de Defensa Nacional del Ministerio de Defensa Nacional.
- Cooperación nacional e internacional y donaciones que reciba; ya que es función del Director la consecución de recursos destinados a financiar el servicio de defensa
- Los rendimientos financieros derivados de la inversión de los recursos y los demás recursos que ingresen a cualquier

Con la expedición de la ley, se requerirá la transferencia de recursos del presupuesto nacional al Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, para prestar los servicios legales a su cargo.

Para tal efecto, se contemplaron en el presupuesto 2013 y 2014 los recursos necesarios para tal fin. Para los años subsiguientes, se proyectarán e incorporarán los recursos que se requieran para la operación del Fondo, de acuerdo con los análisis y proyecciones que para el efecto realice el Ministerio de Defensa Nacional.

Artículo 11, en desarrollo del principio de especialidad consagrado en el artículo 3º del proyecto de ley, se indica que los recursos del Fondo sólo podrán ser utilizados para financiar el Sistema de Defensa Técnico y especializado, y las actividades conexas, complementarias y necesarias para el cumplimiento adecuado del objeto del Fondo.

Así mismo se indica que Unidades Ejecutoras del Ministerio de Defensa Nacional, podrán financiar actividades conexas, complementarias y necesarias para el cumplimiento adecuado del objeto del Fondo, siempre y cuando se cuente con la viabilidad respectiva.

Los artículos 12 a 15 indican en primer término que los recursos del Fondo serán administrados por la Fiduciaria La Previsora S.A, para lo cual se debe suscribir el respectivo contrato.

Es importante resaltar que el proyecto de ley indica que la inversión de los recursos por parte de la Fiduciaria, debe atender en todo momento los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

Dada las características especiales del servicio que brindará Fondetec, el cual debe ser oportuno, ininterrumpido y especializado, se estipula que los recursos serán ejecutados una vez se transfieran a la Fiduciaria y el régimen aplicable en todos sus actos y contratos será el derecho privado.

En relación con el alcance de esta disposición de naturaleza legislativa, es importante recordar que la Corte Constitucional en el pasado revisó la constitucionalidad de disposiciones legales que atribuían a la Fiduciaria La Previsora S.A. la atribución para administrar recursos que mediante una norma de naturaleza legal le confía el legislador (ordinario o extraordinario).

Al respecto, es del caso traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C – 783 de 1999, mediante la cual revisó la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 446 de 1998 “por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 2º. Fondo de contingencias de las Entidades Estatales. Créase el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales como una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la fiduciaria La Previsora”.

En relación con la disposición legal acusada, la Corte Constitucional fijó el litigio y determinó el problema jurídico, así:

“La demanda que ocupa la atención de la Corte se dirige contra la expresión del artículo 2o. de la Ley 448 de 1998 "por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público", que establece que sea la Fiduciaria "La Previsora" la encargada de administrar el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales creado en dicha ley.

La acusación central respecto de la preceptiva legal referida, se puede concretar en la vulneración que ésta produce en principios y derechos con reconocimiento superior, tales como los de libre competencia y libertad de empresa, autonomía y libertad contractual de las personas jurídicas, autonomía de las entidades territoriales, igualdad y derecho de propiedad (C.P., arts, 333, 58, 287, 13, 58, respectivamente).

Lo anterior, por cuanto la actora aduce que se ha creado por vía legal ordinaria un monopolio estatal en favor de la Fiduciaria La Previsora para el manejo de la deuda pública de las entidades territoriales y descentralizadas, sin respetar los fines establecidos constitucionalmente ni los procedimientos exigidos para ello, ignorando la autonomía de esas entidades para decidir sobre su propia gestión y desarrollar su libertad negocial; a su juicio, se les impone contratar con un sólo agente económico, excluyendo, con violación del principio de igualdad, a los demás agentes competidores del ejercicio de una actividad lícita, como la fiduciaria, dentro de un mercado de bienes y servicios que debe estar regido por la libertad económica, la libre competencia y la libertad de empresa.

Además, menciona una posible violación de la iniciativa legislativa gubernamental y de la reserva legal orgánica por la norma enjuiciada.

De manera pues que, la controversia expuesta en esos términos deberá resolverse a partir de la determinación de la naturaleza jurídica de la actividad asignada a la Fiduciaria La Previsora en cuanto administradora del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, creado por la misma Ley 488 de 1998, para lo cual se presentarán las respectivas consideraciones acerca del propósito esperado con la creación de dicho Fondo, en especial, en lo atinente a la finalidad que reviste el mismo como medida adoptada por el Estado en materia de equilibrio fiscal de las finanzas públicas”

Es preciso indicar que el Fondo de Defensa Técnica y especializada de los Miembros de la Fuerza Pública busca no solo una correcta inversión y uso de los recursos destinados para financiar el Sistema de Defensa de los Miembros de las Fuerzas Militares, sino también dar una respuesta efectiva a la necesidad de proporcionar con eficiencia y de manera ágil y oportuna un abogado que represente a los miembros de la Fuerza Pública en las investigaciones y procesos penales y disciplinarios.

Adicionalmente, la Corte Constitucional explica el porqué se ajusta a la Constitución Política que el legislador atribuya o asigne, como se propone en el proyecto de Ley, el cumplimiento de una función administrativa a una entidad pública, en ambos casos – el de la Ley 448 de 1999 y el del proyecto de ley – a la Fiduciaria La Previsora.

Al respecto la Corte revisó el marco jurídico y societario de Fiduciaria La Previsora – su regulación legal, objeto social y competencias como entidad estatal- y la procedencia constitucional que el legislador le atribuyera directamente la administración de los recursos del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, doctrina constitucional que, por relevancia para el proyecto de ley traemos a colación

“...5. La atribución y cumplimiento de una función administrativa en el caso particular del artículo 2o. de la Ley 448 de 1998, por una entidad de la administración pública

5.1. Naturaleza jurídica y principales características de la entidad a la cual se le atribuyó la administración del Fondo de la Ley 448 de 1998

Determinada la naturaleza de la función que en virtud del artículo 2o. de la Ley 448 de 1998 se le asignó a la Fiduciaria La Previsora S.A., fuerza es concluir que la demandante, tal como lo señalaron los intervinientes y el Procurador General de la Nación, se basa en un supuesto equivocado que la lleva a afirmar que, lo que se atribuye a esa Fiduciaria, es simplemente un privilegio contractual y no, como se dejó dicho, el cumplimiento de una función administrativa.

Todos los argumentos de la actora giran en torno de dicha calificación que, de ser cierta, implicaría una violación de los principios de libre competencia, libertad de empresa, autonomía contractual, igualdad y del derecho de propiedad. Empero, en criterio de la Corte, tales principios no se encuentran implicados en el presente asunto, razón por la cual no procederán los cargos enunciados por ella para efectos de la decisión de fondo que sobre la constitucionalidad de la norma demandada se pronunciará. Lo anterior, toda vez que, como se ha reiterado, se está frente al cumplimiento de una función administrativa, atribuida legalmente a un ente estatal de carácter descentralizado y no ante la posible celebración de un negocio jurídico sometido a legislación comercial y financiera vigente, a partir de la autonomía de la voluntad negocial de las entidades territoriales.

Para la Corporación es claro que del fin perseguido con la creación del Fondo resulta la especificidad en el señalamiento de la entidad que realizará el manejo y administración del mismo, dadas las especiales características que presenta en su propia organización interna y objeto

social, como en su ubicación y participación dentro de la organización del Estado.

En este punto, adquiere especial relevancia hacer mención de la naturaleza jurídica de la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como sociedad anónima de economía mixta, de carácter indirecto y del orden nacional. Su constitución fue autorizada por el artículo 3o. del Decreto 1547 de 198 y, de conformidad con lo establecido por el párrafo 1o. del artículo 38 de la Ley 489 de 199, se encuentra sometida al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto la participación del Estado en su capital social, es superior al 90%. Tiene personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, la cual se ejerce de conformidad con los actos que la rigen y, para el cumplimiento de sus funciones, se ceñirá al Decreto 1547 de 1984, así como a sus estatutos internos.

Como puede observarse, configura la referida sociedad, una entidad descentralizada por servicios que en desarrollo de su objeto social gestiona un interés propio del Estado, a través de la realización de una actividad de naturaleza financiera. Precisamente, por ser ésta entidad una manifestación de la actuación descentralizada del Estado, bien puede ser sujeto de la destinación de la asignación legal de una función administrativa para cumplir.

Como objeto de la sociedad figura "...la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales, y a la presente sociedad, por normas especiales, esto es, la realización de los negocios fiduciarios, tipificados en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, al igual que en las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriores." (Estatutos Sociales, art. 5o.).

El Legislador, en el artículo 2o. demandado de la Ley 448 de 1998, designó a la Fiduciaria La Previsora como administradora del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales acogiendo la recomendación hecha por el gobierno nacional al efectuar la respectiva propuesta legislativa, en virtud de su carácter de entidad financiera estatal "con amplia experiencia en el manejo de fondos especializados", la cual debía encargarse de "recibir los recursos apropiados por las entidades

aportantes, invertirlos y efectuar los pagos de las contingencias realizadas."

En efecto, esa Fiduciaria, para el desarrollo de su objeto social, entre muchas otras actividades que le señala el artículo 6o. de sus Estatutos Sociales, podrá:

"i. En virtud de contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios, llevar la representación y administración de cuentas especiales de la Nación y de los fondos de que trata el artículo 276 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como ante las entidades nacionales y territoriales, que se creen con la debida autorización cumpliendo con los objetivos para ellos previstos y respetando la destinación de los bienes que los conforman." (Subraya la Sala).

El aludido artículo 276 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, autoriza a la Fiduciaria La Previsora a ejecutar las operaciones de carácter especial, relativas al "a) Manejo del fondo nacional de calamidades; b) La administración fiduciaria de la cuenta especial para el restablecimiento del orden público, y c) Administrar los recursos de la comisión nacional de energía.".

Ese mismo artículo 6o. de los Estatutos Sociales, le permite "... realizar todas las operaciones relacionadas con el ejercicio y cumplimiento de obligaciones legales y contractuales y con la ejecución del objeto social..". (Subraya la Sala).

Es evidente que, en forma complementaria a la actividad fiduciaria que dicha sociedad adelanta ordinariamente, ha sido amplia su experiencia en el manejo de fondos especializados para administrar recursos públicos destinados al cumplimiento de una finalidad estatal de interés general. Así mismo, la pertenencia de la Fiduciaria a la administración pública en la órbita del sector descentralizado por servicios, ha sido factor determinante para que en desarrollo de su objeto social, le hayan sido asignadas por disposición legal, funciones específicas para el cumplimiento de cometidos estatales.

5.2. Alcances y efectos de la pertenencia de La Fiduciaria La Previsora a la administración pública, como entidad descentralizada por servicios

Es pertinente resaltar que la Fiduciaria en comento se encuentra vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Estatutos Sociales, art. 2o. y Decreto 1547/84, art. 3o.), cuyo titular orienta y coordina el cumplimiento de las funciones a cargo de conformidad con el artículo 41 de la Ley 489 de 199.

De igual manera, por tratarse de una entidad descentralizada indirecta, el control se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y de decisión de la sociedad. Como lo establece el artículo 49 de sus Estatutos Sociales, su presidente es un agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, quien ejercerá la representación de la sociedad y tendrá a su cuidado la administración de las operaciones diarias de la misma.

La situación particular de La Fiduciaria La Previsora descrita anteriormente, trasladada al tema que interesa en el presente análisis, significa una protección especial respecto a la planeación, coordinación y control de la administración de los recursos destinados al cubrimiento de las obligaciones contingentes de esas entidades estatales, características que, sin embargo, no constituyen los únicos factores determinantes para su señalamiento como administradora del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales.

En efecto, la razón primaria para que hubiese operado dicha escogencia radica, como se viene sosteniendo, en la atribución legal de una función administrativa estatal a una entidad que forma parte de la estructura del Estado, lo que en consonancia con la jurisprudencia de esta Corporación cumple con la posibilidad del Legislador "... de conferir nuevas funciones y atribuciones a ciertos órganos estatales, pero siempre respetando la estructura del Estado prevista por el Constituyente."

Así las cosas, es claro que el señalamiento de La Fiduciaria La Previsora como responsable de la administración del Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales no configura una discriminación negativa para las demás sociedades fiduciarias privadas ni públicas del sector financiero del país, ni favorecedora para los socios de dicha Fiduciaria, en tanto sociedad de economía mixta.

Como ha sido criterio reiterado de esta Corte, el principio de igualdad resulta transgredido cuando el trato diferenciado "es arbitrario o cuando ese tratamiento no responde valorativamente a criterios de razonabilidad y proporcionalidad."

TITULO V

DISPOSICIONES FINALES

El artículo 16 del proyecto de ley, establece que personal uniformado en servicio activo de las Fuerzas Militares, que acrediten título de abogado debidamente inscrito para su ejercicio, podrá ejercer la abogacía ante la respectiva autoridad judicial o administrativa, según corresponda.

Dicho ejercicio de la abogacía se ejercerá, siempre y cuando con ocasión del cargo o empleo del uniformado, se le asignen funciones relacionadas con la defensa litigiosa de los intereses de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares.

Hechas estas consideraciones, el Gobierno Nacional, correspondiente con el deber deferido por la Constitución, presenta a consideración del Honorable Congreso de la República el presente proyecto de ley convencido de que, es deber del Estado Colombiano garantizar el derecho fundamental a la defensa de los miembros de la Fuerzas Pública, y en este sentido, disponer de un conjunto de herramientas jurídicas, técnicas y administrativas a través de la creación del Sistema de Defensa Técnica y Especializada para materializar ese propósito.

JUAN CARLOS PINZÓN BUENO
Ministro de Defensa Nacional