

**LA DEFENSA TÉCNICA PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA
SEGÚN EL FONDETEC**

Juan Pablo Merchán Rodríguez
Código 3000770

Tutor metodológico:
MEd Josué Otto de Quesada Varona

Tutor temático
Doctora Sandra Hernandez



**Universidad Nueva Granada
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Procesal Penal
Bogotá D.C.
2018**

LA DEFENSA TÉCNICA PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA SEGÚN EL FONDETEC¹

Juan Pablo Merchán Rodríguez.

Resumen

En esta iniciativa investigativa se delineó una problemática centrada en que a los servidores de la Fuerza Pública en Colombia se les daba un tratamiento disonante ante la necesidad de contar con defensores técnicos especializados ante la eventual comisión de conductas descritas en la ley como delito. Al finalizar el trabajo se constató que esa situación emanaba de la misma arquitectura normativa desde la cual el legislador no solo otorgó plenas facultades al Ministerio de Defensa Nacional para decidir a quién le prestaba el servicio, sino que condicionó el mismo a la disponibilidad presupuestal haciéndolo casi que nugatorio. Para ello se hizo un análisis de la doctrina en punto del derecho de defensa, también se revisaron algunos ordenamientos penales militares de la región, todo complementado con la jurisprudencia. Se concluye que la solución a la problemática radica en la derogación o modificación de las normas actuales sobre la materia

Palabras Claves: Fondetec, derecho de defensa, accesibilidad, oportunidad, gratuidad.

Abstract.

This investigative initiative outlined a problem centered on the fact that the Public Force's employees in Colombia were given a dissonant treatment in view of the need to have specialized technical defenders before the eventual commission of behaviors described in the law as a crime. At the end of the work it was found that this situation emanated from the same normative architecture from which the legislator not only granted full powers to the Ministry of National Defense to decide who was providing the service, but conditioned it to

¹ El presente trabajo es el resultado de la investigación para optar por el grado en la Maestría de Derecho procesal penal de la Universidad Nueva Granada.

budget availability making it almost what a nugatory To this end, an analysis of the defense doctrine was made, as well as some military criminal ordinances in the region, all complemented by jurisprudence. It is concluded that the solution to the problem lies in the repeal or modification of the current rules on the subject.

Key words Fondetec, right of defense, accessibility, opportunity and gratuity.

Introducción

Pese a la gran importancia del debido proceso y en especial del derecho a la defensa en Colombia, a los servidores de la Fuerza Pública se les desconocen por parte del mismo Estado principios esenciales como el acceso, la gratuidad y la oportunidad en la prestación del servicio de Defensa Técnica Especializada creada paradójicamente para defenderlos cuando cometan comportamientos que revistan características de delito en el marco del prolongado y riguroso conflicto colombiano.

Durante la investigación normativa se estableció que uno de los valladares que impedían la materialización de esa garantía esencial, consistían en exigir a los militares y policías que cuando se solicita el servicio este debe ser aprobado por el Comité de estudio y decisión y no obstante los comandantes de cada fuerza, pueden excluir conductas del ámbito de cobertura adicionales a las establecidas por ley .

De otro lado, la gratuidad está condicionada a la existencia de recursos disponibles para los honorarios de los abogados del Sistema de Defensa Técnica Especializada, situación que agudiza aún más la precaria situación porque supedita que el derecho de defensa obedezca a factores económicos no previstos en la Constitución en cuanto al debido proceso. Adicionalmente ello provoca que el Comité haya diseñado un procedimiento dispendioso para estudiar cada caso, provocando que en los eventos de flagrancia no haya oportunidad, no existiendo una disponibilidad de apoyo.

Al final se propone que la solución a la problemática que aqueja a la Fuerza Pública en ese sentido se solucionaría en una modificación para la norma, especialmente en cuanto a la regulación de los principios antes citados para que no se condicione el acceso, sino que se

preste de manera expedita, desde el principio del proceso y permanezca en el tiempo hasta tanto el caso se resuelva.

Metodología

En el presente trabajo de grado se propuso como objetivo analizar, con base en las sentencias de la corte constitucional, corte suprema de justicia y el derecho comparado en diferentes ordenamientos penales militares, el grado de cumplimiento en cuanto a los elementos estructurales de accesibilidad, oportunidad y gratuidad, en la defensa técnica especializada de la Fuerza Pública en Colombia.

Para lograrlo se hizo una investigación de tipo descriptivo con carácter explicativo por cuanto se ocupa de indicar las razones que impiden a los servidores de la Fuerza Pública en Colombia, acceder a los servicios que presta el Fondo de Defensa Técnica Especializada.

El enfoque de la investigación fue cualitativo por el análisis que implica una revisión del derecho penal militar comparado en países como México, Puerto Rico, Perú y Bolivia en lo tocante al derecho de defensa técnica, lo cual permitió brindar respuesta a la pregunta de investigación formulada, con el apoyo de bases de datos y bibliografía de cotejo para indagar acerca de los basamentos de gratuidad, accesibilidad y oportunidad en el acceso a ese servicio.

RESULTADOS OBTENIDOS

El artículo 29 de la Constitución Política de 1991 señala que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”. Ese beneficio no excluye a los miembros de la fuerza pública, máxime teniendo en cuenta el prolongado conflicto que enfrenta Colombia desde hace cinco décadas donde se genera el ambiente propicio para que un gran número de

militares y policías se vean inmersos en investigaciones penales y disciplinarias por conductas relacionadas con el concepto de servicio, en razón, como consecuencia o con ocasión del mismo.

Pese a ese escenario, la fuerza Pública integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, hasta el año 2008 no había tenido un mecanismo jurídico de origen legal y financiado por el Estado para representarlos ante los estrados judiciales, disciplinarios o administrativos, incluso con alcance ante la justicia internacional. Debido a eso en el año de 1996 en las Fuerzas Militares se creó “La corporación Defensoría Militar” como una Organización No Gubernamental (ONG) de naturaleza jurídica sin ánimo de lucro para la defensa jurídica de miembros activos y retirados del Ejército, con exclusión de la Policía Nacional en tanto era financiada por los aportes de los afiliados militares.

En el año 2008 nació “la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública”, cuya finalidad consistió en “facilitar a los miembros de la Fuerza Pública el acceso oportuno, gratuito, especializado, permanente y técnico a una adecuada representación en materia penal para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política”, según el artículo 1º de dicha preceptiva. En cuanto a la organización y control de esa figura, en el artículo 5º se indicó que sería organizado y controlado administrativamente por el Ministerio de Defensa Nacional, pero bajo las políticas impartidas por la Defensoría del Pueblo en materia de defensa pública. (Ley 1224, 2008).

Sin embargo, ese mecanismo no funcionó siendo necesario proferir la Ley 1698 de 2013², con una finalidad muy similar a la anterior, consistente en:

² “Por la cual se crea y organiza el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública...”

(...) financiar los servicios jurídicos que garantizaran 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.” (Art. 2).

Para el funcionamiento del sistema se creó el “Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública” FONDETEC, “bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional”, quedando así excluida la defensoría del pueblo. El requisito para que los miembros de la fuerza pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional) pudieran acceder al beneficio es que “la falta o delito haya sido cometido en ejercicio de la misión constitucional asignada a la Fuerza Pública o con ocasión de ella.” (art. 4º inc. 3º).

Pero pese a los grandes esfuerzos que se deben reconocer, afloran aspectos que conspiran en desfavor de los beneficiarios del servicio al revisar basamentos medulares como el principio de “gratuidad”, donde al respecto se precisa que ese servicio se prestará solamente “hasta por el monto de los recursos apropiados y disponibles” lo que supone enormes limitaciones porque éste se puede suspender en cualquier momento cuando el presupuesto se agote, quedando el procesado en una situación igual o quizá más difícil que al inicio, al verse en la necesidad de contratar un abogado que asuma su caso en lo sucesivo.

El escenario en términos de accesibilidad no es distinto, pues la norma prevé que el miembro de la fuerza pública solicitante debe someterse a la voluntad del Comité Directivo, integrado por el Ministro de Defensa Nacional y tres representantes suyos, el Comandante General de las Fuerzas Militares, así como los Comandantes de cada fuerza, y el Director General de la Policía Nacional o sus delegados, este comité mediante circular delegó en el comité de estudio y decisión, creando unas líneas de acceso en razón a factores de territorio y complejidad y el comité por prioridades y juicios del comandante puede no aceptar el caso,

entonces el uniformado debe costear los gastos con sus recursos, así considere que la conducta está relacionada con el servicio en razón al mismo.

Adicionalmente, la norma no prevé ningún mecanismo para que el Comité reconsidere sus decisiones, luego el Ministerio de Defensa Nacional tendría un control absoluto frente al manejo de esos recursos disponiendo a quien se le presta el servicio, situación que de entrada pone de relieve un grave inconveniente de “accesibilidad”, que aunado a las limitaciones económicas hace aflorar otro aspecto negativo en cuanto al principio de “oportunidad” que tiene por finalidad “garantizar una defensa oportuna”, lo cual difícilmente se puede lograr dado el condicionamiento presupuestal ya mencionado.

Además, emerge otra barrera que eventualmente podría limitar la “accesibilidad” al sistema para los miembros de la Policía Nacional. La razón radica en que por medio del circular 011 del 13 de junio del 2018 se crearon reglas y parámetros para acceder al servicio, precisando que el servicio se prestaría de acuerdo a la capacidad económica, al nivel jerárquico del solicitante, y en cuanto a la jurisdicción del proceso, es decir se crean más barreras y colocan mediante circular conceptos de discrecionalidad que hacen inaccesible el servicio como es que en procesos disciplinarios solo prestan el servicio ente procesos adelantados en la procuraduría, quedando excluidos los procesos adelantados en las oficinas de control disciplinario interno de cada Institución.

Ante esa eventualidad de carácter jurídico, se formuló el siguiente interrogante: ¿Qué mecanismos jurídicos se podrían implementar para garantizarle a los servidores de la Fuerza Pública procesados por delitos relacionados con el servicio, el acceso expedito a la defensa técnica especializada, teniendo en cuenta los actuales valladares que el sistema legal les impone?

Se planteó como hipótesis que no obstante los esfuerzos del Estado por brindar a los miembros de la Fuerza Pública los mecanismos necesarios para optimizar el derecho a una defensa técnica, la mecánica adoptada para el funcionamiento del sistema presenta vallas que impiden un efectivo acceso al servicio de defensa técnica, siendo necesario hacer modificaciones legales ajustadas a la Constitución Política derogando las normas que condicionan el acceso.

El derecho de defensa técnica en la Fuerza Pública no se garantiza plenamente, afectándose el debido proceso

Cuenta la historia que Cesare Beccaria recibió la influencia de los iluministas y éste, a su vez, influiría en los autores más próximos a la Revolución francesa. De ahí que en los Cahiers o “cuadernos de las dolencias” se hicieran solicitudes tales como el derecho a la defensa en los juicios penales (Agudelo, 2003). Ello para significar que el derecho a la defensa hace parte de los más caros logros de la humanidad, cristalizado después de la Revolución Francesa.

En consecuencia, el principio de progresividad y no regresividad supone que esas conquistas se robustezcan en beneficio del hombre. Es lo que se conoce como principio pro homine que haya su punto máximo en tratándose del derecho penal cuyo desarrollo se identifica con la forma de Estado imperante, cimentado en lo social y en la dignidad humana como complemento.

Y en la actualidad los estados avanzan en consuno con el desarrollo de los derechos humanos. Y de la mano, el derecho penal a la sombra de los Instrumentos Internacionales. Así, el derecho fundamental de defensa y especialmente la técnica especializada para quienes combaten casi a diario en un país como Colombia, que de suyo hace parte de la garantía del

debido proceso, enaltecido debe ser con normas tendientes a garantizarlo, máxime cuando se trata de quienes le sirven al País.

Con justa razón Bernal & Montealegre (2004), dicen que la importancia del derecho a la defensa proviene de la Constitución, los tratados que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia (...), de donde surgen algunos derechos y deberes para quienes integran la defensa. (p. 129).

Se agrega que el imputado debe tener la oportunidad de acceder plenamente al apoderado y, en tal sentido, se le debe garantizar que se reúna con el defensor en condiciones razonables de tiempo y regularidad, pues solo así es posible diseñar una estrategia defensiva. (Bernal & Montealegre, 2004. p. 134).

El basamento medular del derecho a tener un defensor asignado por el Estado que no se limite por cuestiones de presupuesto o que dependa de lo decidido por un comité de aprobación como sucede en el sistema aplicado a los miembros de la Fuerza Pública por conducto del FONDETEC, radica en la igualdad de armas que debe haber entre el Ente acusador y el investigado.

Al respecto, Bernal & Montealegre (2004) puntualizan que el carácter adversativo del sistema exige reconocer que la defensa tiene igual derecho que la Fiscalía, y por ello se deben diseñar mecanismos en ese sentido. (p. 130). No en vano al derecho de defensa se le rotula como el núcleo esencialísimo del debido proceso, el cual a su vez contiene otras garantías cuya efectividad carecería de sentido y eficacia si en el proceso no se brindara la posibilidad de ejercer la defensa. (Bernal & Montealegre, 2004. p. 371). El impacto contra la institución del debido proceso se presenta, por ejemplo, cuando se niega la asistencia inmediata de un abogado en las situaciones que así lo ameriten. (Daza & Gómez, 2006).

En punto de lo antes dicho, el derecho de defensa tiene unos principios desarrollados por Fierro (2005), así: oportunidad de defenderse, debe ser unitaria y continua y se ejerce de manera material y técnica. (p. 314 y 315). En consecuencia, cualquier afectación produce la nulidad de los actos procesales adelantados con desconocimiento del derecho de defensa. Y en el sistema adoptado y desarrollado mediante el FONDETEC, el servidor investigado podría carecer de abogado mientras quienes deben decidir autorizan o no ese servicio profesional, o se revisa si el presupuesto permite sufragar el costo. Todos esos aspectos propios de la dinámica adoptada para los miembros de la Fuerza Pública, incluso conspiran contra elementales principios como la celeridad y economía procesal.

No obstante, lo antes reseñado con la creación del FONDETEC se ha retrocedido en abierta inobservancia al principio de no regresividad de que trata el sistema interamericano de derechos humanos, al coartarse basamentos como la gratuidad, el acceso y la oportunidad como se muestra en el subsiguiente título.

Sobre el contenido de la norma que regula el FONDETEC

Se ha advertido que no obstante todas esas previsiones de orden internacional y acuñada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos y los Tribunales colombianos, en la Ley 1698 de 2013 se erigieron unos principios que rigen la prestación del servicio de defensa técnica para Fuerza Pública que desbordan los límites Convencionales y Constitucionales.

Que uno de esos principios es el de “accesibilidad”, porque impide la defensa técnica a los funcionarios o ex funcionarios de la Fuerza Pública por razones de disponibilidad y apropiación presupuestal al momento de la solicitud del servicio. Es decir, sin fondos no se podía garantizar el servicio defensivo técnico lo cual corroía gravemente el derecho de

defensa que tenían los servidores de la Fuerza Pública a contar con abogados conocedores de las minucias propias del servicio castrense, conocimiento que no podrían tener los abogados del sistema nacional de defensoría.

Esa ley 1698 de 2013 fue objeto de estudio en la Corte Constitucional en la sentencia C-044 de 2015 siendo declarada exequible integralmente aduciéndose que la norma no regulaba el derecho fundamental a la defensa técnica, sino que establecía el mecanismo para financiar el FONDETEC. Empero, la Corte esgrime un argumento que no se puede compartir de plano, cuando precisa que “Tampoco hay en la ley disposiciones que consagren límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial del derecho de defensa técnica”.

La potísima razón yace en que al regularse los principios de accesibilidad, gratuidad y oportunidad de que trata el artículo 3º, claramente se incluyeron limitaciones y restricciones de índole presupuestal, haciendo imposible incluso alcanzar el propósito según el cual “El Sistema de Defensa Técnica y Especializada garantizará el derecho a una defensa oportuna, especializada y con personal idóneo”, situación que no pasa de ser una loable pero débil aspiración porque en el artículo 9º facultó al Gobierno Nacional para la reglamentación del “funcionamiento de los órganos de administración del Fondo”, naciendo allí uno de los valladares que impiden el acceso imparcial y en igualdad de condiciones, especialmente para las bases de la Fuerza Pública.

En ese sentido, Cubides (2015) formuló un planteamiento en punto del derecho a la igualdad en el acceso al derecho de defensa técnica, suministrado por el FONDETEC a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, precisando que:

“Si bien nuestras normas despliegan como derecho fundamental o principio rector el acceso a la defensa, también es que en algunos procesos penales que se adelantan en la jurisdicción

especial, esa garantía no trasciende los formalismos legales, pues no es de acceso para quienes enfrentan en calidad de imputados, en especial en ciertos procesos como los son los que se siguen en contra de jóvenes que prestan un servicio al Estado, pues dado a su condición social, económica y cultural no consideran las implicaciones de un proceso y una sanción penal...” (p. 5).

Se agregó que precisamente el FONDETEC “si bien es un aliciente en la seguridad jurídica de nuestros héroes” de todas maneras, entraña profundos vacíos que se patentizan:

“a la hora de materializar el ejercicio de defensa, habida consideración que al tratarse de un servicio “rogado” limita el acceso a la defensa de los que en su momento desconozcan del requisito o simplemente por las condiciones que han sido señaladas no acceden si quiera a la oportunidad de solicitar un servicio de representación judicial otorgado por el Estado.” (Díaz, 2015, p. 6).

El autor referido desarrolló su trabajo sobre la base de la siguiente pregunta: “¿la creación del fondo de defensa técnica asegura como garantía constitucional el derecho a la defensa de policiales y miembros de la fuerza pública?”

En el trabajo académico se dice que si bien la ley mediante la cual se creó el Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, dice que los abogados uniformados de las respectivas fuerzas pueden actuar en los procesos, de todas maneras el diseño legal solo permite que esos letrados solamente ejerzan el derecho en “la defensa litigiosa de los intereses de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares ante la respectiva autoridad judicial o administrativa, según corresponda”, dejando a los militares y policías sin la posibilidad de ser destinatarios del servicio especializado. (Díaz, 2015, p. 14).

Así, la respuesta al interrogantes dice que la creación del fondo de defensa técnica no le garantiza a la Fuerza Pública el derecho a la defensa real y efectiva, porque “el conocimiento experimental es decir el haber pertenecido a las fuerzas militares y de policía con intención de desplegar un ejercicio de defensa con conocimientos específicos en el quehacer militar y de policía” como el que tendrían los abogados en servicio activo, no se está utilizando en beneficio de quienes incurrir en delitos en actos del deber funcional. (Díaz, 2015, p. 17).

Cuervo (2015) citando a Duarte (1976, p. 229), señaló “que la jurisdicción militar ha sido pensada y organizada para ser aplicada a los militares, es decir a los individuos que por razón de su formación, profesión y actividades están sujetos a regulaciones distintas de las comunes”, de tal suerte que necesitan de defensores con conocimientos técnicos, que en la actualidad no aplica porque los uniformados con tarjeta profesional de abogado que conocen las aspectos particulares del servicio, no están ejerciendo. Además, que el cubrimiento prestado por el Fondo de Defensa Técnica no es total, sino sectorizado y con prioridad a algunos casos. (p. 14).

Esa misma visión se tiene desde otros trabajos académicos como el realizado Franco (2016) según el cual para la prestación del servicio “existe un protocolo especial establecido para la selección y tramite de casos, por lo que no todos son defendidos por el FONDETEC, generando con esto una intervención limitada máxime cuando no se asume la defensa en procesos por investigaciones administrativas por perdida o daño de bienes...” (p. 27), corroborando los valladares en términos de accesibilidad debido a los demorados y rigurosos trámites para que se designe un abogado.

A ello se le debe aunar que en tratándose de perdida y daño a bienes del Estado que hayan tenido ocurrencia en el mismo evento, el servicio que presta el FONDETEC no tiene cobertura por lo que es el servidor investigado quien debe sufragar de su propio peculio esos gastos, sin importar que haya tenido lugar durante el servicio o con relación al mismo,

dejando entrever más inconvenientes en términos de accesibilidad. Razón por la cual se hace necesaria una modificación de las exclusiones para que se haga en todos los ámbitos y no se restrinja el acceso en procesos disciplinarios y administrativos como ha venido ocurriendo.

Y es que precisamente la situación actual de Colombia amerita no solo mantener el concepto de Justicia Penal Militar tanto para los militares como para los policías debido a la “situación interna” que per se “requiere un amplio despliegue de la Fuerza Pública y por ende un amplio uso de la fuerza en aras a defender los intereses del Estado...”, como lo refirió Cermeño (2004, p. 125) en el trabajo titulado “El fuero penal militar en Colombia.”, sino que se debe fortalecer eliminando cualquier aspecto que impida el acceso.

Ello por cuanto la especificidad del derecho penal militar, no obstante el actual acuerdo de paz con la guerrilla de las FARC, aún exige gran control de la Fuerza Pública debido a la existencia de otras guerrillas como el ELN y la proliferación de bandas de delincuencia organizada por la disputa de los territorios desocupados por las FARC, situación que coloca en riesgo a los funcionarios de incurrir en conductas eventualmente delictivas por omisión o extralimitación en el marco de sus funciones, conocido como el elemento objeto del fuero. Cermeño (2004, p. 125)

Callejas y Torres (2011) tratando lo atinente al fuero penal militar desde la óptica de la Corte Constitucional, indicaron que precisamente el “reconocimiento de la investidura de los miembros castrenses y en una justicia autónoma e independiente” se ajustaba a la “garantía del debido proceso” por la diferencia entre los roles de los particulares y los servidores de la Fuerza Pública, una justicia especializada y por ende unos esquemas defensivos diferenciados en aspectos operacionales y técnicos propios de la disciplina castrense. (p. 14).

Citando a la Corte Constitucional, Callejas y Torres indicaron que para ese grupo de servidores, “La Constitución establece el fuero militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, pues es un principio elemental de la hermenéutica constitucional que las excepciones son siempre de interpretación restrictiva...” ((2011, p. 15)

Con todo lo dicho se ubica siempre a los destinatarios de la justicia penal militar en una condición jurídica diferente de los demás servidores del Estado, que los hace merecedores, debido a la compleja situación del País en términos de conflicto y delincuencia organizada motivada por el narcotráfico, de un tratamiento jurídico penal ajustado a sus necesidades para garantizar que puedan seguir combatiendo con contundencia, pero con seguridad en cuanto a la aplicación del derecho.

Pero ese propósito, y en ello coinciden los autores, no se logra solamente con la expedición de normas y la creación del Fondo para la defensa técnica, sino mediante la visión realista que permita proteger jurídicamente al militar o policía y muy especialmente a las bases –patrulleros, soldados rasos, auxiliares, suboficiales- quienes son los más expuestos a la comisión de conductas punibles a instancias de la labor desarrollada.

El más claro ejemplo se advierte con las últimas normas expedidas en ese mismo sentido y a instancias del acuerdo de paz firmado con la guerrilla de las FARC, para cuyo cumplimiento se profirieron los Actos Legislativos No. 01 de 2016 y No. 01 de 2017, los dos con la finalidad de desarrollar dichos acuerdos, y bajo ese amparo se emitió la Ley 1820 de 2016 en cuyo artículo 60 se precisó que el “Sistema de defensa jurídica gratuita” abarcaría a los miembros de la Fuerza Pública sin perjuicio de poder acudir también al FONDETEC.

No obstante, el problema aquí planteado radica precisamente en las dificultades que tienen los servidores y ex funcionarios de la Fuerza Pública para acceder con oportunidad y gratuidad a ese sistema de defensa técnica especializada debido a los enormes obstáculos, los cuales permanecen incólumes aún con las reformas a la Constitución, ni con la precitada Ley.

Y en ese mismo marco el Presidente de la República emitió el Decreto No. 775 de 2017 dictando normas para que el FONDETEC también aplicara para la Fuerza Pública “En el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición”, en el cual se dice:

Artículo 1. Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública. Facúltase al Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por el Fondo de Defensa Técnica Especializada - FONDETEC - para prestar el servicio de defensa técnica a los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública ante el Sistema Integral de Verdad" Justicia, Reparación y No Repetición, por conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno. Para efectos de la prestación del servicio de defensa técnica, en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJRNR, no se excluyen las conductas penales y disciplinarias consagradas en el artículo 7 de la Ley 1698 de 2013, siempre que éstas sean conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. (Art. 1°).

La intención de extender los servicios del FONDETEC a los casos relacionados con el conflicto armado y en el marco del acuerdo de paz con las FARC sin duda es loable; no obstante, la problemática en términos de accesibilidad, oportunidad y gratuidad continúa incólume porque no se prevén normas que modifiquen la forma y los procedimientos que constituyen valladares a quienes requieren de la asistencia técnica especializada, particularmente a los soldados y patrulleros que constituyen las bases de la Fuerza Pública.

Por el contrario, se continúa con la línea consistente en que el servicio se le prestará a los servidores de la Fuerza Pública que hayan incurrido en “conductas penales o disciplinarias que hayan tenido lugar por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, incluyendo las que se habían excluido en el artículo 7° de la Ley 1698 de 2013 relacionadas con

(...) delitos contra la administración pública, la libertad, integridad y formación sexuales, delitos contra la familia, violencia intrafamiliar, delitos contra la asistencia alimentaria, la extorsión, la estafa, lavado de activos, tráfico de estupefacientes, enriquecimiento ilícito, delitos contra la fe pública y los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado y contra el régimen constitucional y legal definidos en los Títulos XVII y XVIII del Código Penal Colombiano...

Ante eso, indispensable es la figura de los defensores técnicos especializados no excluyentes para que se abrigue a la generalidad de la Fuerza Pública mediante la supresión de las actuales barreras que impone el sistema en cuanto al acceso, como por ejemplo que está supeditado a la existencia de recursos y la discrecionalidad de los directores de cada fuerza si autorizan o no la asesoría legal especializada, amén que la circular 011 del 2018 impone otras como la jerarquía y la capacidad económica.

La realidad actual que implica restricciones para el acceso al derecho de defensa técnica especializada en la Fuerza Pública, toca uno de los principios medulares de un sistema con tendencia acusatoria como el que se quiso implementar mediante la Ley 1407 de 2010 “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, en punto del derecho a la igualdad de armas entre el poder del Estado a través de la Fiscalía Penal Militar, y el acusado directamente.

En ese sentido, Villarreal (2015) señaló que la estructura medular de un sistema adversarial se soporta “en el principio del derecho a un juicio justo para el indiciado de algún hecho punible” pueda ejercer adecuadamente el derecho a la defensa ab initio, esto es, desde las primeras audiencias, particularmente en la imputación. (p. 19).

Pero, ese “anhelado concepto de justicia, no se le garantiza al indiciado durante todo el proceso” (p. 20), precisamente debidamente a la carencia de una defensa que maneje conceptos técnicos propios de la disciplina militar o policial, debido a las barreras de acceso que entraña el FONDETEC, que para la prestación de asistencia exige la elaboración de varios formatos, radicarlos en cada fuerza y esperar a que le decidan o no la asignación de

un abogado, proceso que resulta dispendioso y violatorio del derecho de acceder a las prerrogativas del sistema especial creado por el mismo Estado.

El funcionamiento de la defensa técnica en el derecho comparado en términos de accesibilidad, gratuidad y oportunidad, cotejado con Colombia

En cuanto a la categoría de accesibilidad, se puede constatar que la Constitución Política de México garantiza el acceso a un sistema denominado “Defensoría de Oficio Militar” desde la imputación por delitos de competencia de la Justicia Militar. Es decir, desde los albores del proceso penal se garantiza el derecho de defensa con profesionales especializados.

Además se garantiza la prestación de ese servicio así el proceso se adelante en Tribunales diferentes a la Justicia Militar, imponiéndose como único requisito que la conducta se haya cometido o tengan relación con actos del servicio.

El sistema mexicano es similar, en términos de accesibilidad al de Puerto Rico porque allí también se garantiza ese derecho desde la “notificación de cargos” que es similar a la imputación, por un “abogado defensor militar”.

No obstante, en Puerto Rico el derecho es aún más amplio por cuanto al imputado se le permite elegir al abogado de entre los que estén disponibles. Y, si lo considera, puede, incluso, obtener una representación dual, esto es, la conformada por su defensor de confianza civil el defensor militar. Se trata de una garantía total en términos de acceso al servicio que no se disipa así se cuente con los medios para pagar abogado particular. A esa figura se le denomina “abogados asociados”.

Ahora, entre México y Perú también existen similitudes en cuanto a la prestación del servicio de abogado de la Defensoría de Oficio Militar desde la imputación. Así mismo en cuanto a la extensión del mismo aun cuando el proceso se adelante en la justicia ordinaria, para cuyos efectos únicamente se exige que exista relación con actos del servicio

Entonces, el Código de Justicia Militar de México brinda elementos de juicio importantes al especificar que a los imputados bajo el fuero militar se les debe brindar una “defensa pública de calidad”, lo cual proviene de la misma Constitución Política, artículo 17, en el entendido que el Ente encargado de brindar esa asistencia, es la “Defensoría de Oficio Militar”. Esto es, una Entidad especializada en derecho penal militar para que ab initio asuma la defensa del militar, concedora de los delitos relacionados con el servicio, relacionados o como consecuencia del mismo. Se trata de un servicio que incluso se hace extensivo a conductas de “orden común” siempre que exista conexidad “con actos del servicio”.

Por su parte, en Puerto Rico también pululan las garantías en términos de accesibilidad al servicio de “abogado defensor militar” que además cuenta con otro “abogado defensor militar auxiliar” de origen y por mandato legal, quienes por regla general actúan a menos que el “acusado” los rechace aduciendo tener un defensor de su confianza.

Finalmente, en el Perú existe una dinámica jurídica similar a la que opera en Puerto Rico en cuanto al cubrimiento mediante la defensoría militar a asuntos comunes relacionados con el servicio. Además, allí se le permite a los mismos militares obviamente con título de abogados, para ejercer la defensa de sus similares, lo cual impacta positivamente el derecho a la defensa técnica especializada accesible y de calidad al provenir de personas con altos conocimientos en operaciones militares y policiales.

Todo lo antes advertido puede indicar que la “accesibilidad” al derecho de defensa no se satisface con la designación de un defensor de oficio para cumplir un requisito, sino que ese requisito se cumple solamente cuando la defensa la ejerce alguien con conocimientos técnicos especializados.

Es por eso que el nombre correcto es “defensa técnica especializada” como sucede con el FONDETEC mediante la Ley 1698 de 2013, que por definición se excluye con un servicio carente de los conocimientos especiales en materia operacional. De hecho en el

artículo 3° de esta norma se prevé el principio de “especialidad” en el sentido que los defensores vinculados al FONDETEC deben tener “especialización o maestría en derecho disciplinario, penal o procesal penal”, demostrar experiencia litigiosa y conocimientos en derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario...”; a ello se le aúna la existencia de equipos de investigadores en procura de mantener la paridad de armas con el Ente persecutor del Estado, garantizando así los derechos fundamentales al debido proceso y la defensa como arista medular de aquél.

En ese mismo sentido se expidió el Acuerdo No. 10 del 11 de octubre de 2016 “Por el cual se adopta la Guía de perfiles del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública”, en cuyo artículo 2° se decide modificar el artículo 1° del Acuerdo No. 004 del 22 de septiembre de 2014 en el sentido de “organizar” en el FONDETEC.

Corolario a lo anterior se expidió el Acuerdo No. 12 del 13 de junio de 2018 “Por el cual se modifica el artículo 4 del acuerdo 004 del 2014”, en cuyo artículo 1° se decide modificar el artículo 1° del Acuerdo No. 004 del 22 de septiembre de 2014 en el sentido de “organizar” en el FONDETEC

“ARTÍCULO 1. CENTRO DE ESTUDIO Y DE DECISIÓN: Organizar al interior de FONDETEC el Centro de Estudio y Decisión para defensa técnica especializada en asuntos penales y en asuntos disciplinarios ante la Jurisdicción Especial para la Paz, Jurisdicción Ordinaria Penal e instancias administrativas, responsables de analizar, estudiar y dar orientación a los diferentes actores del Sistema de Defensa Técnica Especializada- SIDETEC y en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, y reparación y No repetición jurisdicción especial de paz-JEP en la defensa de los miembros Activos o Retirados de la Fuerza Pública, de acuerdo con los procesos y procedimientos que para tal efecto determine el Director de FONDETEC sin perjuicio de los establecidos en la ley.

Según la norma en comento, ese Centro tiene una conformación especial así: (i) “Responsable de sistema de defensa técnica y especializada SIDETEC”, (ii) “responsable de la jurisdicción especial para la paz JEP”, (iii) “Asesor en asuntos Penales y Disciplinarios”, (iv) “Asesor para la jurisdicción especial para la paz” (v) “Secretario Técnico del centro de Estudio y Decisión”.

Precisamente son estas personas quienes tienen la responsabilidad de decidir las solicitudes de prestación del servicio apoyados en “criterios orientadores” contenidos en

la Ley 1698 de 2013 donde precisamente se imponen los valladares avizorados, en términos de “gratuidad”, “oportunidad” y “accesibilidad” debido al trámite que a continuación se describe según la respuesta que el Ministerio de Defensa Nacional – FONDETEC indicó en respuesta a un derecho de petición signado por el suscrito autor, previo a tomar o no un caso, así: (ver apéndice A)

“En materia de selección de casos y asignación de los mismos, una vez se recibe la solicitud de servicio, éste se remite inmediatamente a la Secretaría Técnica del Comité de Estudio y Decisión del FONDETEC hoy centro, que es a instancia que tiene a su cargo el estudio de todas las solicitudes presentadas y vela por el cumplimiento del procedimiento – SIDETEC (Sistema de Defensa Técnica Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública). La Secretaría debe llevar el caso al Comité para su análisis.

Si el Comité determina la viabilidad de una solicitud a partir de los datos que se han obtenido preliminarmente, de manera inmediata se le asigna un abogado del Fondo quien debe reunirse de manera personal con el usuario para realizar una entrevista y obtener datos adicionales. Como resultado de esta reunión, el abogado debe presentar el caso nuevamente al Comité para su aprobación final. (Ministerio de Defensa Nacional, 2018)

De lo anterior se colige la rigurosidad de los trámites que se puede resumir en cinco momentos:

Primero: hacer la solicitud del servicio la cual debe pasar por la Secretaría Técnica para llevarla al Comité.

Segundo: el Comité estudia la viabilidad o no de tomar el caso o solicitud del miembro o ex miembro de la Fuerza Pública teniendo en cuenta los criterios de privación de la libertad, jerarquía, clase proceso disciplinario o penal, y los de complejidad y prioridad que comandantes de fuerza soliciten mediante acto administrativo rotulado como “juicio de discrecionalidad”.

Tercero: de superar los anteriores filtros, el caso pasa a un abogado no para que asuma la defensa, sino con el fin de efectuar una reunión y “obtener datos adicionales”.

Cuarto: el abogado debe llevar el caso nuevamente al Centro para su eventual aprobación.

Quinto: el Centro evalúa si el asunto debe ser beneficiado por el Sistema, de acuerdo a criterios pretéritamente mencionados en los cuales van inmersos criterios de selección impregnados de discrecionalidad que socavan las garantías del servicio al abrirse la posibilidad de rechazar, eventualmente, la solicitud del servicio, optándose por sugerirle al servidor que se dirija a la defensoría del pueblo.

Como se aprecia, es un proceso que no comulga con el principio de “oportunidad” al menos para los casos de flagrancia, sometiendo al solicitante a una especie de incertidumbre a lo cual se debe aunar que en el procedimiento rotulado “95.1 AL-MDNSGFONDETECP001-05” por el FONDETEC, no prevé tiempos mínimos o máximos entre uno y otro procedimiento, subyaciendo una notable afectación al debido proceso.

El sistema y específicamente el procedimiento señalado podría funcionar para eventos donde no haya captura en flagrancia donde los tiempos procesales pueden dar espera a que el Centro decida; no obstante, el estudio del caso no garantiza que el caso se vaya a asumir lo que se demuestra con las siguientes estadísticas suministradas por el FONDETEC en los años 2016 a 2018:

| Número de solicitudes por año | Penales | Disciplinarias | Total |
|--------------------------------------|----------------|-----------------------|--------------|
| 2016 | 705 | 31 | 736 |
| 2017 | 933 | 61 | 1054 |
| 2018 (30 de abril) | 383 | 8 | 392 |

Fuente: FONDETEC

| Número de solicitudes aceptadas por año | Penales | Disciplinarias | Total |
|--|----------------|-----------------------|--------------|
| 2016 | 438 | 16 | 454 |
| 2017 | 820 | 52 | 872 |
| 2018 (30 de abril) | 104 | 4 | 108 |

Fuente: FONDETEC

Según información de la Dirección del FONDETEC, durante los años 2016, 2017 y 2018 se han rechazado **1.204** casos.

Las anteriores estadísticas demuestran que al FONDETEC durante los años 2016 a 2018 han llegado **2182** solicitudes de servicio de abogados especializados, pero solamente se han seleccionado **1434** casos. De esos guarismo se debe tener en cuenta que conforme al procedimiento señalado por el FONDETEC, la selección de un caso no es sinónimo de “aceptación final”, luego los casos que han contado con la fortuna de ser acogidos deben ser inferiores a los seleccionados de donde se colige someramente que menos de la mitad pueden tener aprobación final, pese al grave, prolongado y violento conflicto interno por más de cinco décadas en Colombia. La pregunta es: ¿qué deben hacer los servidores y ex servidores a quienes el servicio no se les presta? ¿Deben procurarse un abogado no especializado en derecho operacional y todo lo que conlleva el servicio militar y policial, pese a los riesgos que ello entraña?

De otro lado y continuando con el derecho comparado, en términos de “oportunidad” en Puerto Rico se garantiza el servicio de un “abogado defensor calificado”, es decir de altas calidades en derecho militar incluso hasta la etapa del juicio o “corte marcial”, significando que el derecho a la defensa es una prioridad, al punto de exigírsele legalmente a dar explicaciones escritas en los eventos en que no sea posible asignar un defensor de tales calidades.

Lo mismo sucede en Chile donde se le atribuye a los jueces o “autoridad que juzgue”, el deber de nombrar defensor de oficio para garantizar desde el inicio el derecho a la defensa, cuando el imputado no haya nombrado uno. Esa actuación también debe comprender desde el inicio hasta el final del proceso.

En México ese derecho se garantiza aún más porque no solo se debe nombrar un defensor técnico desde la imputación, sino que éste puede interactuar o formar unidad de defensa con el abogado de confianza.

La intención en Bolivia es similar con el aditamento que ante la imposibilidad de nombrarse un abogado como defensor de oficio, se puede proceder, incluso, nombrando otro militar o funcionario. En este aspecto Bolivia, así como muestra una similitud, también permite inferir una diferencia al permitirse legalmente el nombramiento de una persona de la cual no se especifica si deba o no ser abogado. La norma solo refiere que puede ser otro militar o funcionario, lo que podría suponer un efecto diferente al esperado porque si bien se garantizaría la oportunidad, se perdería en términos de calidad de ese servicio.

En suma, algunos países vecinos muestran diferencias abismales respecto a Colombia en cuanto a la oportunidad de acceder al servicio de calidad de manera diligente, esto es, desde los albores del proceso penal militar. Véase por ejemplo en Puerto Rico donde se precisa que prima la defensa técnica especializada sobre la convencional según lo dispuesto en el Código Militar, al preverse que ante la imposibilidad de conseguir una persona calificada, la autoridad judicial deberá dejar una especie de constancia “escrita detallada” “indicando por qué no puede conseguirse abogado defensor con dichas calificaciones”.

Es decir, la regla es que todo militar debe estar representado por un abogado con conocimientos técnicos especializados como mecanismo jurídico procesal para garantizar el derecho de defensa.

México también garantiza” una defensa técnica” mediante la prestación de ese servicio por medio de un “Defensor de Oficio Militar a favor del imputado desde su detención y a lo largo de todo su proceso”, dejando en segundo plano la potestad del procesado de tener su propio defensor de confianza. Son sistemas jurídicos que le dan prioridad y seriedad al superior derecho de defensa de quienes prestan sus servicios en las Fuerzas Militares de esos Países, sin condicionamientos de ninguna índole, garantizando de esa manera el principio de oportunidad.

De la misma manera sucede en Perú, Chile y Bolivia, se prioriza el derecho de defensa técnica especializada con alcance a delitos “del orden común” pero cometidos en actos del servicio, casos en los cuales procede por mandato legal el nombramiento de abogados “de la defensoría pública militar” como es el caso de Perú, o uno extraído directamente del seno de las filas militares como el caso Boliviano.

Finalmente y en lo que respecta a la gratuidad, en México el servicio de Defensoría Pública es gratuita y está a cargo de la “Defensoría Pública Militar” según mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ese sistema guarda similitud con el derecho militar de Puerto Rico, donde se prevé el servicio de abogado sin costo para el imputado desde la “notificación de los cargos”.

Lo mismo sucede en Perú donde el sistema de abogados es administrado directamente por la Defensoría de Oficio Militar, que presta un servicio sin costo. El sistema de México, Puerto Rico y Perú, difiere de Bolivia donde no hay un sistema propiamente militar de defensoría, sino que el servicio se presta con abogados de oficio o en su defecto por militares u otro funcionario.

A la postre y en punto de la gratuidad, los Países tomados como referentes entre ellos Puerto Rico, México y Perú se caracterizan por tener a disposición de las Fuerzas Militares una defensoría de oficio militar que cubra los servicios técnicos especializados de manera gratuita, sin cortapisas y sin condicionar el mismo a la capacidad económica del fondo.

La investigación descriptiva realizada permitió desentrañar las razones por la cuales los servidores de la Fuerza Pública en Colombia tienen restricciones para acceder a los servicios que presta el Fondo de Defensa Técnica Especializada, que consisten esencialmente en obstáculos legales impuestos por el mismo legislador que a la postre afectan el derecho de

defensa, situación que no se presenta en otros países que no padecen el conflicto armado que tiene Colombia, tales como México, Perú, Puerto Rico y Bolivia.

Así, en términos de accesibilidad se debe decir que los mecanismos jurídicos que se pueden implementar para superar los valladares que afectan el acceso al sistema de defensoría jurídica de la Fuerza Pública, es la modificación de la Ley 1698 de 2013, particularmente el artículo 3º, en el sentido de precisar que el acceso al servicio de abogados especializados no estará supeditada a la apropiación presupuestal disponible al momento de solicitar el servicio, en tanto se trata del derecho fundamental de aplicación inmediata al debido proceso.

Ahora bien, se debe como mecanismo para mejorar el Sistema, modificar las circulares números 002 del 2014 y 012 del 2018 en el sentido de eliminar los criterios de prioridad de comandantes de fuerza y director general de la policía, y que los criterios siempre sean de igualdad, oportunidad y accesibilidad sin tener en cuenta la capacidad económica, la jerarquía y clase de proceso, ya que estos criterios no serían incluyentes, por el contrario, son excluyentes.

Ello en razón a que en el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo No. 2 de 2012, se dispone la creación de “un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública”, sin que allí se supedite el servicio a la existencia de recursos en tanto se trata de un derecho fundamental, en consuno con el artículo 29, que no fue condicionado en la prenotada Ley 1698 de 2013, artículo 1º, habida cuenta que al tenor de la Ley 1407 de 2010 “Código Penal Militar” art. 279, la defensa técnica solo se garantiza cuando hay “accesibilidad” a un servicio técnico especializado.

La necesidad de acceso irrestricto a una defensa técnica tratándose de la Fuerza Pública, también subyace de la misma Ley 906 de 2004, en cuyo artículo 8º se dice que el procesado tiene derecho a tener un abogado de confianza y con conocimientos especializados, no supeditados a la disponibilidad presupuestal precisamente para no impedir el acceso.

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha reseñado que cuando se imponen trabas en el acceso para el servicio de abogados como ocurre actualmente con el FONDETEC en términos de accesibilidad, subyace “una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa”. (Corte Constitucional, 2005).

Ese sustento fue reiterado en la sentencia T - 409 de 2014 en el sentido que el adecuado acceso a un abogado técnico especializado permite “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”. (Corte Constitucional, 2014).

La Corte Suprema de Justicia también dijo que el derecho de defensa técnica es “(...) una garantía fundamental con reconocimiento en la Constitución Política, Tratados Internacionales y estatuto procesal, que debe traducirse en realidades al interior de la investigación y el juzgamiento” caracterizado por ser intangible, material y permanente (Corte Suprema de Justicia, Casación 30858).

Finalmente, se insiste, en virtud al principio de progresividad y no regresividad. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969: art. 26), el derecho fundamental de defensa y especialmente la técnica, hace parte de la garantía del debido proceso. Así las cosas, la restricción en la accesibilidad a una defensa técnica como opera actualmente en el FONDETEC, vulnera no solo la normatividad interna, sino que desconoce el derecho internacional razón más que suficiente para que se modifique el actual diseño y se procure por el acceso incondicional.

En punto de la “oportunidad”, los mecanismos jurídicos que se pueden implementar para superar los valladares que afectan el acceso al sistema de defensoría jurídica de la Fuerza Pública, es igualmente la derogación o modificación o en su defecto una declaratoria de

inconstitucionalidad de la Ley 1698 de 2013, porque si bien es cierto en el artículo 3° se dice que el sistema “garantizará el derecho a una defensa oportuna”, ello no es posible debido a la tramitología creada a través del Comité que se erige como obstáculo para la aplicación de ese principio.

La razón radica en que la norma ata la disposición de abogados técnicos especializados en defensa penal militar, a la disponibilidad de recursos haciendo que los potenciales beneficiarios deban acudir a servicios ordinarios que no tienen especialización o preparación en aspectos castrenses.

La contrariedad de la norma y por lo tanto la necesidad de modificarla, se evidencia al revisar el art. 280 del “Código Penal Militar” donde se refiere que en virtud de ese principio de oportunidad, la designación del defensor deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. (Ley 1407, 2010), es decir, desde el inicio de la actuación.

Pero una razón de mayor calado jurídico en el plano internacional se constata en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos donde se protege el debido proceso al reseñarse que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997), esto es, desde la génesis de la actuación por medio de un defensor no solo pagado por el Estado, sino con conocimientos técnico especializados.

Agregándose que si bien en algunas legislaciones de Estados parte de la Convención se permite que los procesados se defiendan personalmente ante las acusaciones, no se puede obviar que cuando esa persona “(...) no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. (Opinión Consultiva OC-11/90)

Ese punto de vista ha sido acogido por la jurisprudencia nacional al decirse que si el derecho a la defensa técnica “no existiera desde el inicio de la investigación, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada, sin haber actuado

en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga.” (Corte Constitucional, 2005). Ello por cuanto se trata de un derecho intemporal (Corte Constitucional de Colombia. 2009), con carácter permanente “sin que puedan existir periodos en que los sindicatos carezcan de tal asistencia” (Corte Suprema de Justicia, 2009).

De esa suerte y según la propia voz de la Corte Constitucional (2011), ha de entenderse que el derecho de defensa técnica especializada no admite paliativos ni trámites dispendiosos sujetos a la disponibilidad presupuestal o la aprobación previa de un comité burocrático, sesgado y subjetivo, en tanto dicha prerrogativa al hallar su génesis en el artículo 29 de la Constitución, debe garantizarse desde “la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación”.

Precisamente en el marco del anterior pronunciamiento, el alto Tribunal precisó sobre el derecho de defensa técnica, lo siguiente:

En los dos escenarios la posición de la Corte ha sido “unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal...” (Corte Constitucional de Colombia. 2011).

De otro lado, los mecanismos jurídicos que se pueden implementar para superar los valladares que afectan el acceso al sistema de defensoría jurídica de la Fuerza Pública en términos de gratuidad, es la modificación de la Ley 1698 de 2013, particularmente el artículo 3º, en el sentido de precisar que el servicio de abogados especializados no estará condicionado a la existencia del “monto de los recursos apropiados y disponibles”, porque

ello hace que el servicio sea selectivo, es decir, se preste en unos casos y en otros no, según la decisión y cercanía o amistad que se tenga con el Comité.

Solo de esa manera se lograría cumplir con los estándares del artículo 29 de la Constitución donde se señala que toda persona tiene derecho a un abogado pagado por el Estado, esto es, gratuito, para que lo represente hasta el juzgamiento, lo cual permitiría a la vez armonizar con el artículo 287 del “Código Penal Militar” según el cual esa rama debe contar con un grupo de abogados especializados y “con dedicación exclusiva a ejercer la defensa técnica de los procesados”. (Ley 1407, 2010).

De otro lado y en lo que respecta al derecho a la defensa técnica desde el inicio de la causa penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que si una persona no cuenta abogado mientras el proceso se tramita, se quebranta la Convención Americana de Derechos Humanos porque se trata de un derecho que hace parte del bloque de constitucionalidad. (Caso Tibi Vs Ecuador. 2004).

Conclusiones

En cualquier norma, los principios que la rigen le dan sentido natural y obvio para su cabal entendimiento y adecuada aplicación, de tal suerte que éstos se caracterizan por ser garantistas al paso que imponen restricciones a la interpretación de la norma.

Sin embargo, en la Ley 1698 de 2013 se establecieron los “principios que rigen el sistema de defensa técnica y especializada de la Fuerza Pública”, no con el ánimo de enarbolar el servicio sino de restringirlo y limitarlo a cuestiones presupuestales aunado a decisiones administrativas que lo desnaturalizan. (art. 3°).

Entre esos principios se destacan los de accesibilidad, gratuidad y oportunidad, pero con hondas restricciones que se tornan en un contrasentido o anti-principio, al disponerse que el acceso al servicio por parte de un procesado dependería de la decisión del Comité. En cuanto a la gratuidad se dijo que solo se autorizaba la representación de abogado técnico “hasta por el monto de los recursos apropiados y disponibles”. Finalmente se constata que si bien se garantizaba una defensa oportuna, de todas maneras ésta dependerá de varios factores como la decisión de la administración, los recursos y la clase de delito.

En suma, se trata de una norma con algunas restricciones para un país donde el conflicto, pese a un acuerdo de paz en vía de implementación, no ha terminado, lo que genera condiciones aptas para que los miembros de las Fuerzas Armadas estén en riesgo permanente ante conductas descritas como delito con la inmensa necesidad de contar una defensoría técnica especializada con oportunidad, gratuidad y accesibilidad.

Quizá uno de los grandes obstáculos radica en que el FONDETEC nació bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional, lo cual significa que es una autoridad administrativa la que maneja un asunto que tiene inculcable alcance en el derecho fundamental al debido proceso y en particular al derecho de defensa como es el caso que no se asumen la defensa en procesos disciplinarios cuya competencia

haya sido asumida por la procuraduría que son muy pocos ya que ellos solo asumen el poder preferente en casos extremos.

Por lo antes dicho, para eliminar los valladares que impiden la prestación de un servicio en términos de accesibilidad, gratuidad y oportunidad es la modificación de la misma Ley 1698 de 2013, para eliminar los aspectos que permiten o no prestar el servicio, o interrumpirlo por falta de recursos.

Convendría habilitar el ejercicio del derecho a los Militares y Policías con título de abogado y especialización en derecho penal miliar y disciplinario, para que funjan como defensores de sus pares, bajo ciertos parámetros relacionados con la independencia propia en cada caso para que se optimice la defensa. Ello podría contribuir a subsanar el déficit de abogados, al paso que garantizaría la accesibilidad, la oportunidad y la gratuidad.

Se debe crear un CONPES que desarrolle una política que garantice la defensa y recursos en el plan de desarrollo para los miembros de la fuerza pública, que está en riesgo por defender a la patria, y más cuando en estos momentos el conflicto se está incrementando con las disidencias los grupos armados organizados y los grupos delictivos organizados.

Que se hace necesario modificar los circulares números 012 y 013 ya citadas en el sentido que se garantice el servicio en procesos disciplinarios internos que se adelantan en las mismas fuerzas, proscribiendo el concepto que se estaría litigando ante el ministerio de defensa, contrario sensu no se podría prestar el servicio tampoco en la justicia penal militar.

Así mismo se hace necesario modificar la ley 1698 del 2013, como quiera que cuando se asigne el abogado del FONDETEC y en el trascurso del proceso se modifique la tipificación de la conducta a una de las excluidas en el artículo 7, puede el usuario quedar sin defensa en la mitad del proceso, igualmente cuando se cursen los tres procesos disciplinario, penal y administrativo, solo habría defensa técnica en el proceso penal, teniendo el usuario que sufragar los gastos de defensa de los procesos disciplinario y administrativo.

Que se cree un equipo de abogados que preste una disponibilidad para que atiendan las audiencias preliminares en casos de flagrancia y luego si pase al centro de estudio y decisión, sin negar el servicio garantizando la oportunidad del servicio.

Que, para cumplir la meta de aumentar el número de usuarios, se requiere modificar la ley y las circulares, quitando las barreras de accesibilidad toda vez que muchos de los casos que se han negado tendrían cobertura por el FONDETEC y nuestro personal de la fuerza pública haría más uso de este derecho.

Referencias

- Acto Legislativo 01 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*”, 07 de Julio de 2016. DO No. 49927 del 07 de julio de 2016. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>
- Acto Legislativo 01 de 2017 “*Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.*”, 04 de abril de 2017. DO No. 50196 del 04 de abril de 2017. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%C2%B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>
- Acuerdo número 10 de 2016 “*Por el cual se adopta la Guía de perfiles del Fondo de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública*”, 11 de octubre de 2016. DO No. 50.024 del 12 de octubre de 2016. Disponible en: http://www.avancejuridico.com/actualidad/documentosoficiales/2016/50024/a_fondete_c_0010_2016.html
- Agudelo, N. (2003). Estudio preliminar de la obra *De los Delitos y las Penas de Cesare Beccaria*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Bernal, J., Montealegre, E. (2004). *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 29 y 221. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Código de Justicia Militar de México (2016). Nuevo Código Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/4_160516.pdf.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmada en San José, Costa Rica. Artículos 8 y 24. Noviembre 22 de 1969.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación 13432 (MP. Nilson Pinilla Pinilla; Mayo 19 de 2000).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación 30858 (MP. Yesid Ramírez Bastidas; Marzo 03 de 2010).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Casación 22542 (MP. Sigifredo Espinosa Pérez; Octubre 27 de 2005).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1 46.2.a y 46.2.b Convención Americana de Derechos Humanos.)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 1997
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-799 de 2005 (MP. Jaime Araujo Rentería; Agosto 02 de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-127 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa; Marzo 02 de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-409 de 2014 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio; Junio 26 de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-044 de 2015 (MP. María Victoria Calle Correa; Febrero 11 de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-745 de 2015 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; Diciembre 02 de 2015).
- Cermeño Petro, J. (2004). El fuero penal militar en Colombia. (Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C, Colombia. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS48.pdf?bcsi_scan_AEF13F8F510EE8AE=m5BT/LhZC4wa3M+j5P/
- Cuervo López, J. (2015). La justicia penal militar y su aplicabilidad en la Policía Nacional. (Tesis de grado, Universidad Militar Nueva Granada). Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/7439>
- Daza, A., & Gómez, L. (2006). Los Jueces de Control de Garantías a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. Bogotá, D.C.: Corporación Universidad Libre.
- Decreto Legislativo N° 1094 de 2010. Código Penal Militar Policial del Perú. Agosto 31 de 2010. Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/6895aa/pdf/>
- Decreto No. 775 de 2017. “Por la cual se dictan normas para que el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los Miembros de la Fuerza Pública, financiado por Fondetec preste servicios de defensa técnica a los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.” (Mayo 16 de 2017. D.O. No. 50.235). disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30030626>
- Díaz, J. E. (2015). Derecho a la defensa en la justicia penal militar. (Tesis de grado, Universidad Militar Nueva Granada). Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7074/1/TRABAJO%20FINAL%20DE%20GRADO%20DIAZ%20aprobado.pdf>
- Fierro, h. (2005). Exclusión de actos y pruebas en el juicio oral. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.

- Franco, R. (2016). El sistema de defensa técnica y especializada de los miembros de la fuerza pública (Tesis de Maestría). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, D.C. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/15672/3/FrancoAguileraRonaldAlexander2017.pdf>
- Ley 1820 de 2016. “Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”. (Diciembre 30 de 2016 D.O. No. 50.102).
- Ley 62 de 2012. Código Militar de Puerto Rico. Junio 23 de 1969. Disponible en: http://www.presupuesto.gobierno.pr/PresupuestosAnteriores/af2009_2010/Tomo_II/supdocs/baselegal/043/62-1969.pdf
- Ley 1224 de 2008. Por la cual se implementa la Defensoría Técnica de la Fuerza Pública. (Julio 16 de 2008 D.O. No. 47.052).
- 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, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. (Diciembre 30 de 1972. D.O. No. 33.780).
- Ley 7ª de 1944. Sobre vigencia en Colombia de los Tratados Internacionales, y su publicación. (Diciembre 12 de 1944. D.O. No. 25.716).
- Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Agosto 31 de 2004. D.O. No. 45.657).
- Ley 1407 de 2011 Por la cual se expide el Código Penal Militar. (Agosto 17 de 2010. D.O. No. 47804).
- Ley 1698 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. (Diciembre 27 de 2013. D.O. 49.016).
- Ministerio de Defensa Nacional (2018). Respuesta Petición EXT18-56587. Informe de la Dirección del FONDETEC, Oficio No OFI18-50939 MDN-DSGDFONDETEC con anexo del procedimiento “95.1 AL-MDNSGFONDETECP001-05”. (01 de junio de 2018).
- Torres Chinchilla, M., & Callejas Vásquez, L. J. (2013). El fuero penal militar en la jurisprudencia constitucional colombiana. (Tesis de grado, Universidad Militar Nueva Granada). Disponible en; <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/3667>
- Villarreal Olaya, F. (2015). Marco de condiciones para la correcta aplicación del principio de igualdad de armas en la audiencia de imputación del sistema penal acusatorio colombiano. (Tesis de grado, Universidad Militar Nueva Granada). Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/7725>.

APENDICE A

Respuesta Petición EXT18-56587. Informe de la Dirección del FONDETEC, Oficio No OFI18-50939 MDN-DSGDFONDETEC con anexo del procedimiento “95.1 AL-MDNSGFONDETECP001-05”. (01 de junio de 2018).