

Sentencia C-071/18

INSTRUMENTOS PARA FACILITAR Y ASEGURAR LA IMPLEMENTACION Y DESARROLLO NORMATIVO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-Control automático de constitucionalidad al Decreto Ley 903 de 2017 por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos de las FARC-EP/**INSTRUMENTOS PARA FACILITAR Y ASEGURAR LA IMPLEMENTACION Y DESARROLLO NORMATIVO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA**-La técnica de control le exige a la Corte Constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos formales y de los distintos límites al ejercicio de las facultades legislativas para la paz, que demarcan la competencia legislativa extraordinaria que la Constitución le atribuyó, en este caso, al Presidente de la República/**DECRETO LEY MEDIANTE EL CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES SOBRE LA REALIZACION DE UN INVENTARIO DE LOS BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP**-Exequibilidad de los artículos 1, 3, 5 y 6; exequibilidad condicionada del artículo 2; y exequibilidad del artículo 4, salvo la expresión “y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo final” que se declara inexecutable

Respecto del Decreto Ley 903 de 2017, bajo control automático e integral de constitucionalidad, la Corte Constitucional debe resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿El Decreto Ley 903 de 2017 respeta los requisitos formales para el ejercicio de las facultades legislativas para la paz conferidas al Presidente de la República mediante el Acto Legislativo 01 de 2016? ¿Respetó el Decreto Ley 903 de 2017 los diferentes límites establecidos para el ejercicio de la competencia legislativa otorgada al Presidente de la República, mediante el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016? ¿El contenido del Decreto Ley 903 de 2017 contraría materialmente la Constitución Política?

DECRETOS LEY EXPEDIDOS EN EJERCICIO DE FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Requisitos formales/**DECRETOS LEY DICTADOS EN EJERCICIO DE FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ**-Límites a la competencia

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Suscripción por el Presidente con un Ministro del ramo/**FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ**-Motivación suficiente/**FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ**-Título no exige requisito de unidad de materia/**DECRETO LEY 903 DE 2017**-Se

expide en ejercicio de facultades conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016

**DECRETOS LEY EXPEDIDOS EN EJERCICIO DE FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Límites a la competencia atribuida al Presidente de la República por el Acto Legislativo 01 de 2016/
FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Límites por el factor temporal/
FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Límites por el factor teleológico/
FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Límites relativos a la conexidad con el Acuerdo Final/
FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Límites por el factor de razón suficiente/
FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Límites relativos a la estricta necesidad/
FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Factor material que excluyó ciertos asuntos de la competencia legislativa atribuida al Presidente de la República**

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Límites temporales a la atribución legislativa

La expedición dentro del término previsto se refiere a un componente de la competencia misma, en este caso modulada por el factor o criterio temporal.

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Examen de conexidad del decreto ley

*[E]l control de la conexidad entre el Acuerdo Final y la ley expedida mediante el procedimiento legislativo especial o el decreto ley expedido por el Presidente de la República busca evitar que dichos procedimientos y facultades legislativas excepcionales, sean utilizadas para fines diferentes a facilitar y asegurar la implementación y desarrollo del Acuerdo Final y, de esta manera, se desconozca la competencia ordinaria del Congreso de la República para expedir las leyes (artículo 150 de la Constitución), de acuerdo con los trámites ordinarios. (...) Lo anterior, es precisamente lo que justifica que el juez constitucional exija que la conexidad con el Acuerdo sea **objetiva, estricta y suficiente**.*

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Examen de estricta necesidad

Esto quiere decir que la necesidad se refiere, en esencia, a la justificación del ejercicio de las facultades legislativas para la paz, en lugar del trámite del procedimiento legislativo especial, en razón de la estabilización de corto plazo, esto es, la urgencia de la medida que impide agotar las etapas propias del procedimiento legislativo especial. Por consiguiente, no le corresponde a la Corte Constitucional verificar la conveniencia de la medida adoptada por el Presidente de la República, el cual no es propio de esta Corte, lo que contrariaría el principio de separación entre las ramas del poder público, al

convertir a este tribunal en juez no de la constitucionalidad de la medida, sino de su oportunidad o mérito

FACULTADES PRESIDENCIALES PARA LA PAZ-Asuntos excluidos

[R]esulta necesario resaltar que la exclusión se refiere a las materias sometidas a un reserva estricta de ley, es decir, aquellas materias que la Constitución ha reservado de manera especial al Congreso de la República y no pueden ser ni delegadas, ni atribuidas constitucionalmente al Presidente, al tratarse de “(...) asuntos que, por su naturaleza, requieren la mayor discusión democrática posible”

INVENTARIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP-Pretende garantizar el componente de reparación que le asiste a las víctimas/**INVENTARIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP-**Es un acto relevante para el fin del conflicto en razón de su valor simbólico, práctico y jurídico/**INVENTARIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP-**Hace parte de los requisitos para la conservación de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías de la justicia transicional/**INVENTARIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP-**No puede ser modificado o adicionado con posterioridad a la fecha para la presentación

PROCESO DE DEJACION DE LAS ARMAS-Conclusión

[L]a contradicción [entre el Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto Ley 903 de 2017] es meramente aparente, teniendo en cuenta que la entrega definitiva del inventario y la finalización de la extracción de las armas por parte de las Naciones Unidas son momentos coincidentes desde el punto de vista temporal, ya que ambas ocurrieron el 15 de agosto de 2017

FICCION JURIDICA-Carácter colectivo de los bienes a disposición de las FARC

Se trata de entender que la ficción se funda en el hecho de que, a pesar de que las FARC no constituían una persona jurídica, la negociación no se realizó individualmente, sino como un grupo bajo una unidad de mando, y que como tal asumía en conjunto los compromisos derivados del Acuerdo Final. En este contexto, la ficción del carácter colectivo de dichos bienes buscaría, por una parte, que la reparación de las víctimas de las FARC se realice con todos los bienes, así no hayan jurídicamente pertenecido a su victimario concreto, individualmente considerado y, por otra parte, que en el cumplimiento de condicionalidades para acceder y conservar los beneficios propios de la justicia transicional, todos los ex miembros de las FARC, incluidos en los listados propios del Acuerdo Final, puedan contribuir a reparación y no

únicamente aquellos miembros que dentro de sus funciones en el grupo eran encargados de labores relativas a los bienes

ACCION PENAL RESPECTO DE BIENES DEL INVENTARIO DE LAS FARC EP-Competencia

[T]anto el acto legislativo, como el decreto ley atribuyen competencia a la Jurisdicción Ordinaria para conocer de la acción penal por hechos punibles cometidos respecto de bienes no incluidos en el inventario, con actos de ejecución posteriores a la entrega definitiva del inventario (acto legislativo) o, lo que es lo mismo, excluyen la competencia de la Jurisdicción Ordinaria para conocer de la acción penal exclusivamente por los mismos hechos, con actos de ejecución anteriores a la entrega del inventario (decreto ley)

INVENTARIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP-Entrega definitiva

Así, considerando que la norma prevé dos entregas del inventario, una a la Misión de la ONU y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación y otra al Gobierno Nacional, por parte de los anteriores y al tratarse de un elemento necesario para otorgar seguridad jurídica a un asunto de orden público tal como lo es la competencia jurisdiccional, debe concluirse que la entrega del inventario que resulta determinante para efectos de la distribución de competencias es la dirigida al Gobierno Nacional, interpretación constitucional de la norma, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2017, ya que es en el momento en el que el Gobierno recibe formalmente los inventarios cuando existe certeza respecto los mismos, considerando que es posible que se realicen entregan diferidas a la Misión de la ONU y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación, pero sólo otorga certeza jurídica la recepción por parte del Gobierno Nacional, por parte de la Misión o del Mecanismo, lo que ocurra primero

CONFISCACION-Prohibición

EXTINCION DE DOMINIO-Falta de reconocimiento estatal a la propiedad/EXTINCION DE DOMINIO-Propiedad aparente y real

EXTINCION DE DOMINIO-Ilegitimidad del título

La extinción del dominio por ilegitimidad del título es entonces un mecanismo de carácter patrimonial, no penal, que por lo tanto no genera un reproche al detentor del bien y que reviste una naturaleza real, es decir que persigue la cosa en cabeza de quien se encuentre, para declarar el no reconocimiento estatal de la propiedad por su origen espurio. Ya que el paso del tiempo no sana el título, la extinción del dominio no está sujeta a términos de caducidad o prescripción.

INVENTARIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP-Extinción de dominio *sui generis*/EXTINCIÓN DE DOMINIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP-Mecanismo no judicial con respeto al debido proceso/EXTINCIÓN DE DOMINIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC-Fin constitucional de la paz

INVENTARIO DE BIENES Y ACTIVOS A DISPOSICION DE LAS FARC EP-Creación del Fondo de víctimas/FONDO DE VICTIMAS-Objeto/FONDO DE VICTIMAS-Régimen jurídico/FONDO DE VICTIMAS-No modifica la estructura de la administración pública/FONDO DE VICTIMAS-Patrimonio autónomo/FONDO DE VICTIMAS-Fiducia mercantil/FONDO DE VICTIMAS-No aplicable el principio presupuestal de unidad de caja/FONDO DE VICTIMAS-No significa una regresión en los derechos de las víctimas/FONDO DE VICTIMAS-Administración

FONDO DE VICTIMAS-Finalidad/FONDO DE VICTIMAS-Reparación de víctimas

[E]sta Corte hace hincapié en que la destinación para la reparación de las víctimas del inventario de bienes de las FARC, se ajusta a los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional en el sentido de que incluso en contextos de justicia transicional, el primer llamado a contribuir a la reparación de las víctimas es el propio victimario tanto el grupo al margen de la ley –de manera colectiva- como el victimario individual, con sus propios bienes, por ser quien ha causado el daño

FONDO DE VICTIMAS-Reincorporación de los miembros de las FARC

[N]o obstante la importancia de la reincorporación como componente de la justicia transicional, esta interpretación según la cual una parte de los recursos a disposición de las FARC debe destinarse para la financiación de los programas de reincorporación de sus excombatientes, previstos en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final materializa, en realidad, una vulneración de los derechos de las víctimas, en cuanto que tiene por efecto disminuir injustificadamente los recursos destinados para su reparación material

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO-Reparación integral/DERECHOS DE LAS VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO-No regresión

Expediente: RDL-035

Control automático del Decreto Ley 903 de 2017 *“Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP”*.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

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

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el inciso 3 del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991 y en el Decreto Ley 121 de 2017, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de las facultades constitucionales conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, el 29 de mayo de 2017, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 903 de 2017, *“Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP”*.

Mediante oficio con fecha del 30 de mayo de 2017, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió a la Presidencia la Corte Constitucional copia auténtica del Decreto Ley 903 de 2017.

En sesión extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Constitucional del 30 de mayo de 2017, se realizó el sorteo del asunto y le correspondió al Magistrado Alejandro Linares Cantillo, a quien se le remitió el expediente correspondiente el día 31 del mismo mes.

Mediante el Auto del 5 de junio de 2017, el Magistrado sustanciador asumió el conocimiento del asunto. Al considerar necesaria la práctica de pruebas para determinar la necesidad y constitucionalidad material de las medidas adoptadas respecto del cumplimiento de dicho acuerdo, se ofició a la Presidencia de la República y al Fiscal General de la Nación, para que absolvieran una serie de preguntas.

En el mismo auto se ordenó que, una vez recibidas y evaluadas dichas pruebas: (i) dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera concepto respecto de la constitucionalidad del decreto ley bajo examen; (ii) fijar en lista el asunto para permitir la intervención ciudadana; y (iii) ordenar la comunicación de la iniciación de este proceso a la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que, si lo consideraban conveniente, intervinieran en el presente proceso. Finalmente, se ordenó invitar a participar en este proceso a algunas instituciones¹.

Antes del vencimiento del término probatorio, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República solicitó la extensión del mismo², razón por la cual el Magistrado Ponente decidió, mediante Auto del 13 de junio de 2017³, ampliar por tres días adicionales la oportunidad para responder a los cuestionamientos tanto respecto de la Presidencia de la República, como de la Fiscalía General de la Nación. La Fiscalía General de la Nación no respondió a los requerimientos formulados, aunque transcribió la entrevista que el Fiscal General otorgó a un medio de comunicación respecto del decreto ley bajo examen⁴. Por su parte, la Presidencia de la República remitió un oficio de respuestas a los interrogantes formulados⁵.

Mediante Auto del 14 de junio de 2017⁶, el Magistrado Ponente decidió adicionar el Auto del 5 de junio de 2017, para invitar otras entidades a emitir su concepto en el asunto⁷.

A. NORMA OBJETO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El siguiente es el texto del Decreto Ley 903 de 2017, tal como fue remitido a esta Corte y certificada su fidelidad:

*“PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
DECRETO LEY NÚMERO 903 DE 2017
29 de Mayo de 2017*

¹ Ministerio de Hacienda; Ministro Consejero para el Posconflicto, Derechos Humanos y Seguridad; Alto Comisionado para la Paz; los representantes en el Congreso de la República del Movimiento Voces de Paz; la Sociedad de Activos Especiales S.A.S.; Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo; Academia Colombiana de Jurisprudencia; Comisión Colombiana de Juristas; ONG DEJUSTICIA; Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia; Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; Facultad de Jurisprudencia y a la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario; Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana; Facultad de Derecho de la Universidad Libre; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas; Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca; Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

² Oficio del 9 de junio de 2017. Folios 13 y 14 del expediente.

³ Folio 33 del expediente.

⁴ Folios 23 a 26 del expediente.

⁵ Oficio del 20 de junio de 2017. Folios 43 a 59 del expediente.

⁶ Folio 32 del expediente.

⁷ Unidad para las víctimas y, a través de ella, a la Mesa Nacional de Participación Efectiva de Víctimas; Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV -; Instituto Colombiano de Derecho Tributario; Asofiduciarias; Unidad de Información y Análisis Financiero -UIAF-; Superintendencia Financiera de Colombia; Asociación ASEVICOM y Centro Internacional para la Justicia Transicional.

Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, y

CONSIDERANDO:

1. Consideraciones Generales:

Que con el fin de cumplir el mandato constitucional previsto en el artículo 22 de la Constitución Política, el cual señala que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, el 24 de noviembre de 2016 el Gobierno Nacional suscribió con el grupo armado FARC-EP el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en adelante el Acuerdo Final.

Que la suscripción del Acuerdo Final dio apertura a un proceso amplio e inclusivo de justicia transicional en Colombia, enfocado principalmente en los derechos de las víctimas del conflicto armado, y que, como parte esencial de ese proceso, el Gobierno Nacional está en la obligación de implementar los puntos del Acuerdo Final, entre otras medidas, mediante la expedición de normas con fuerza de ley.

Que el Constituyente, mediante el Acto Legislativo 01 de 2016, con el fin de facilitar y asegurar el cumplimiento del Acuerdo Final, confirió al Presidente de la República una habilitación legislativa extraordinaria y excepcional específicamente diseñada para este fin, en virtud de la cual se encuentra facultado para expedir decretos con fuerza material de ley.

Que la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-699 de 2016, y C-160 y C-174 de 2017 definió los criterios de validez constitucional que deben cumplir los decretos con fuerza de ley, por lo que el Gobierno nacional es consciente de la obligatoriedad y trascendencia de estos criterios y su importancia en un Estado Social de Derecho.

Que el contenido del presente Decreto Ley tiene una naturaleza instrumental, pues su objeto es facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo de los puntos 2.1.2 y 3.4 del Acuerdo Final. En consecuencia este decreto ley cumple los

requisitos de conexidad objetiva, estricta y suficiente con el Acuerdo Final, así como el requisito de estricta necesidad de su expedición, tal como se expondrá en la presente parte motiva.

2. Requisitos formales de validez constitucional:

Que el presente Decreto Ley se expidió dentro del término de los 180 días posteriores a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016, que según el artículo 5 de ese mismo Acto Legislativo es a partir de la refrendación del 30 de noviembre de 2016.

Que como parte de los requisitos formales trazados 'por la jurisprudencia constitucional, la presente normativa cuenta con una motivación adecuada y suficiente, en el siguiente sentido:

3. Requisitos de conexidad y necesidad estricta (urgencia manifiesta):

Que en cumplimiento del requisito de conexidad objetiva el presente Decreto Ley (i) tiene un vínculo cierto y verificable entre su materia y articulado y el contenido del Acuerdo Final, (ii) sirve para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final y (iii) no regula aspectos diferentes, ni rebasa el ámbito de aquellos asuntos imprescindibles para el proceso de implementación del Acuerdo Final.

Que el numeral 5.1.3.7. Adecuación y fortalecimiento participativo de la Política de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas establece lo siguiente, con lo cual se demuestra la no solo que este decreto tiene conexidad directa con el Acuerdo Final y que es imperioso proferir este decreto ley antes de la finalización de las zonas veredales para que los bienes que entregue las FARC-EP pueden destinarse a la reparación de las víctimas:

"Durante el tiempo que las FARC-EP permanezcan en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización en el proceso de Dejación de Armas, representantes autorizados de esta organización acordarán con representantes del Gobierno Nacional los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos incluidos en lo que se ha venido denominando recursos para la guerra e informar sobre los mismos, todo ello conforme a lo establecido en el subpunto 3.1.1.3 "Suministro de Información" del Acuerdo de Cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y Dejación de Armas. Conforme a lo establecido en este Acuerdo, las FARC-EP procederán a la reparación material de las víctimas,

con los bienes y activos antes mencionados, en el marco de las medidas de reparación integral, observando los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a los recursos de guerra.

Los bienes y activos que no hayan sido inventariados una vez concluido el proceso de dejación de armas, recibirán el tratamiento que establece la legislación ordinaria. Los términos y procedimientos para esa reparación material serán precisados en el marco de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final. En todo caso, la aprobación y puesta en marcha de las anteriores medidas no podrá suponer limitación, anulación o restricción de los derechos actualmente adquiridos de las víctimas,"

Que sin este decreto ley, que el Acuerdo Final no contaría con un vehículo jurídico que permita la recepción de los bienes y activos en un Fondo para la reparación de las víctimas y así contribuir a su reparación.

Que por las razones antecedentes el presente Decreto Ley tiene un grado de estrecha proximidad entre la materia objeto de regulación y el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final, de manera que su articulado es un desarrollo propio del Acuerdo y existe una relación cercana y suficiente entre la medida que se adopta y el Acuerdo, que no es incidental ni indirecta.

Que en cumplimiento del requisito de necesidad estricta, el presente decreto ley regula materias para las cuales ni el trámite legislativo ordinario ni el procedimiento legislativo especial para la paz son adecuados, por cuanto el mismo tiene un carácter urgente e imperioso en la medida en que no es objetivamente posible tramitar el asunto a través de los canales deliberativos ordinario o de Fast Track dada la duración normal de ambos procedimientos, máxime cuando el Acuerdo Final establece término para la entrega del inventario de los bienes del que trata el presente decreto ley.

Que la presente regulación no versa sobre asuntos expresamente excluidos por el Acto Legislativo, es decir, actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que requieren mayoría calificada o absoluta para su aprobación, decretar impuestos, o temas de reserva legal.

Que, por todo lo anteriormente expuesto,

DECRETA

Artículo 1. Inventario de bienes. Para los efectos de lo dispuesto en los subpuntos 5.1.3.7 y 3.1.1.3 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera suscrito entre el gobierno y las FARC-EP a los 12 días del mes de noviembre de 2016, y lo dispuesto en el artículo transitorio 5° del Acto Legislativo No 1 de 2017, las FARC-EP elaborarán un inventario definitivo de sus bienes y activos dentro del término o plazo que habrá de coincidir con la fecha de terminación de la existencia jurídica de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, ZVTN, y Puntos Transitorios de Normalización, PTN.

Artículo 2. Entrega de inventario. Elaborado el inventario de bienes y activos referido en el artículo anterior, este será entregado formalmente por los representantes de las FARC EP a la Misión de las Naciones Unidas y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación, quienes deberán hacerlo llegar al Gobierno nacional para que éste lo incorpore al patrimonio autónomo al que se refiere el artículo 3 de este decreto. Con dicho acto se entenderá plenamente concluida la dejación de armas y la terminación de todas las actividades y conductas propias del conflicto interno. En consonancia con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, respecto de la tenencia, uso y usufructo colectivo o individual de los bienes, enseres y valores comprendidos en el inventario objeto de este decreto que sean transferidos al patrimonio autónomo, que se considera han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC-EP no cabe acción penal alguna de la jurisdicción ordinaria por conductas cuyos actos de ejecución hayan ocurrido antes de la entrega de referido inventario.

Artículo 3. Fondo de Víctimas. Créese un patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia que servirá de receptor de todos los bienes y recursos patrimoniales monetizados y no monetizados inventariados. En contrato fiduciario se indicará los términos de administración del mismo, el destino que habrá de dársele al patrimonio a su cargo, y los criterios que deberá tener en cuenta para monetizar los bienes y acciones que reciba. El Fondo referido será gobernado por un Consejo Fiduciario cuya administración será decidida y constituida por el Gobierno nacional, por recomendación de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI).

La administración del fondo fiduciario la hará la entidad que defina el Gobierno nacional conforme a la normativa aplicable. Facúltese al Gobierno nacional para reglamentar el mecanismo y

los términos para permitir la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo.

Artículo 4. Finalidad del Fondo. Con los bienes y activos incluidos en el mencionado inventario se procederá a la reparación material de las víctimas del conflicto, en el marco de las medidas de reparación integral y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final.

Artículo 5. Derechos de las víctimas. La puesta en marcha de las medidas contempladas en esta norma no podrá suponer limitación, anulación o restricción de los derechos actualmente adquiridos de las víctimas.

Artículo 6. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE y CÚMPLASE. ,
Dado en Bogotá, D. C., a los 29 de mayo de 2017

EL MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, Enrique Gil Botero
EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Alfonso Prada Gil”.

B. LAS PRUEBAS RECAUDADAS

Mediante el Auto del 5 de junio de 2017, el Magistrado Ponente solicitó a la Presidencia de la República absolver los siguientes interrogantes:

1. RESPECTO DE LA NECESIDAD DE LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO LEY:
 - a. ¿Teniendo en cuenta que la elaboración de los inventarios de bienes de las FARC tienen como plazo, la terminación de la vigencia de las zonas veredales transitorias de normalización ZVTN, cuándo se cumplirá el término para la finalización de dichas zonas (día D+180)?
 - b. De acuerdo con información de prensa de conocimiento público, según declaraciones del Alto Comisionado para la Paz⁸, existiría la posibilidad de ampliar la vigencia de las ZVTN. A este respecto, ¿Se ampliará dicha vigencia y, en este caso, también se extenderá el plazo para la elaboración de los inventarios?
 - c. En este caso, ¿Existiría aún urgencia en el uso de las facultades presidenciales para la paz que justificaría la exclusión de la

⁸ <http://colombia2020.elespectador.com/pais/zonas-veredales-irian-mas-alla-de-la-dejacion-de-armas>

presentación de un proyecto de ley ante el Congreso de la República, para ser tramitado mediante el procedimiento legislativo especial de vía rápida?

- d. *¿La urgencia en la expedición del decreto se refiere a la elaboración de los inventarios (artículo 2 del Decreto Ley) o en la implementación del fondo de víctimas y la asunción de la administración de los bienes en cuestión (artículo 3 del Decreto Ley)?*

2. EN CUANTO A LOS BIENES QUE SE INCLUIRÁN EN LOS INVENTARIOS:

- a. *¿Cómo se verificará la titularidad y procedencia de los bienes que se incluirán en dichos inventarios?*
- b. *¿Existen mecanismos para garantizar los derechos de las víctimas de despojo de bienes por parte de las FARC cuyos bienes sean incluidos en los inventarios?*
- c. *¿Cómo resulta compatible el mecanismo previsto en el Decreto Ley 903 de 2017 respecto de la Ley 1448 de 2011 relativa a la restitución de tierras?*

3. CON RELACIÓN A LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO:

- a. *¿Cuál es el mecanismo jurídico mediante el cual los bienes incluidos en los inventarios serán aportados al fondo de víctimas?*
- b. *A la luz del mandato constitucional de extinción del dominio de bienes fruto de enriquecimiento ilícito ¿Resulta compatible el Decreto Ley 903 de 2017 respecto del artículo 34, inciso 2, en particular en cuanto a su naturaleza judicial y al deber de realizar la extinción del dominio?*
- c. *¿La exclusión de la acción penal respecto de dichos bienes concierne también la extinción del dominio?*
- d. *¿El hecho de que el artículo 3 del decreto ley bajo examen disponga que “El Fondo referido será gobernado por un Consejo Fiduciario cuya administración será decidida y constituida por el Gobierno nacional, por recomendación de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI)” y que en la CSIVI haya representantes de las FARC determinará que ese grupo tendrá incidencia en el manejo de los bienes que han sido fruto de actividades ilícitas?*

4. REPECTO DE LA EXACTITUD Y COMPLETUD DE LOS INVENTARIOS:

- a. *Teniendo en cuenta que el inciso 4 del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 exige que el inventario de bienes sea “acordado” ¿Cómo se cumple dicho mandato constitucional mediante el Decreto Ley 903 de 2017?*

b. *¿Cuál es el trámite a seguir si las FARC no declaran la totalidad de sus bienes?*

5. EN LO RELATIVO AL MANEJO DE LOS RECURSOS:

- a. *Teniendo en cuenta que los bienes de las FARC entrarán a conformar un patrimonio autónomo ¿La medida resulta compatible respecto del principio constitucional de unidad de caja – artículo 359 de la Constitución -?*
- b. *En cuanto al destino de los bienes y recursos del fondo (artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017): ¿Cuál es el criterio jurídico para determinar el reparto y la priorización en el destino de los recursos, teniendo en cuenta que el decreto ley bajo control refiere indistintamente la reparación de las víctimas y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final?*
- c. *¿De qué manera podrá invertir los recursos del fondo de víctimas la organización de economía social y solidaria, denominada Economías Sociales del Común – ECOMÚN? ¿Por ejemplo, sus afiliados podrán recibir créditos, subsidios, etc.?*
- d. *¿Los recursos otorgados a la organización ECOMÚN tendrán naturaleza pública y, por lo tanto, serán objeto de control y responsabilidad fiscal?*
- e. *¿Los recursos del fondo de víctimas también se destinarán a la financiación del Centro de Pensamiento y Formación Política, previsto en el punto 3.2.2.2 del Acuerdo Final, a pesar de que el mismo punto dispone que “Para el funcionamiento del Centro, el Gobierno Nacional destinará, con cargo al presupuesto general de la nación, un monto anual igual al asignado para la difusión y divulgación de la plataforma ideológica y programática arriba mencionada, hasta el 19 de julio de 2022?*

Adicionalmente, en el mismo auto, solicitó al Fiscal General de la Nación ampliar el concepto relativo a la constitucionalidad del Decreto Ley 903 de 2017, expuesto por él en una entrevista de público conocimiento, otorgada a un medio de comunicación el 4 de mayo de 2017.

Fiscalía General de la Nación

El 13 de junio de 2017, la Secretaría General remitió al Magistrado Ponente un oficio suscrito por el Fiscal General de la Nación⁹ mediante el cual transcribe la entrevista referida.

Presidencia de la República

⁹ Néstor Humberto Martínez Neira. Folios 23 al 26 del expediente.

Mediante oficio recibido en la Corte Constitucional el 20 de junio de 2017, la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República¹⁰ respondió a los interrogantes formulados por el Magistrado Ponente al asumir el conocimiento del asunto. Aclaró, de manera preliminar, que algunos de los interrogantes serían brevemente respondidos, ya que las respuestas serían desarrolladas en la intervención de la Presidencia de la República, en la oportunidad prevista para la participación en el proceso.

Audiencia Pública

Al considerar que el asunto plantea importantes cuestiones jurídicas respecto de las cuales era necesario ampliar la información y recoger conceptos y posiciones diversas al respecto, el 21 de junio de 2017 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió autorizar al Magistrado Ponente para convocar a una audiencia pública dentro de la etapa de instrucción del presente asunto¹¹, la que fue convocada mediante Auto del 19 de julio de 2017¹².

La audiencia pública se desarrolló en dos bloques. En el primero, los intervinientes expusieron sus argumentos generales respecto de la constitucionalidad de la norma bajo control¹³. En el segundo, diferentes expertos abordaron el estudio de aspectos puntuales que se suscitan del decreto ley controlado, respecto de los cuales se consideró que la Corte Constitucional requería ilustración concreta¹⁴.

¹⁰ Claudia Isabel González Sánchez. Folios 43 a 59 del expediente.

¹¹ Dicha facultad se encuentra prevista en los artículos 12 y 13 del Decreto 2067 de 1991, así como en el literal p) del inciso ii) del artículo 5 del Acuerdo 05 de 1992.

¹² El Ponente convocó a la Audiencia al considerar pertinente profundizar el acervo probatorio respecto de:

- El marco constitucional y legal del tratamiento otorgado a los bienes fruto del delito, en particular en lo relativo a la extinción del dominio y a los otros mecanismos jurisdiccionales o administrativos a este respecto.
- Los eventuales derechos de los terceros respecto de los bienes que las FARC incluyan en dichos listados, en particular lo concerniente a bienes baldíos u objeto de despojo. En este punto es necesario determinar la compatibilidad, por ejemplo, con mecanismos como la clarificación de la propiedad, la recuperación de baldíos y la restitución de tierras.
- La posibilidad jurídica de que la reparación de las víctimas se realice con bienes fruto del delito y de que la subsistencia de los desmovilizados se financie con los mismos bienes.
- La compatibilidad entre la constitución de patrimonios autónomos, caracterizados por su destinación específica y su administración independiente, con los principios de soberanía presupuestal y unidad de caja.

Los participantes a la audiencia fueron seleccionados en consideración de (i) las participaciones obligatorias previstas en la normatividad vigente para las audiencias públicas de constitucionalidad; (ii) la necesidad de escuchar el concepto de las víctimas y de los voceros de las FARC, sujetos de la norma bajo examen y (iii) la formación y experiencia en las temáticas abordadas, teniendo en cuenta el carácter técnico de los componentes bajo examen.

¹³ Intervinieron: Enrique Gil Botero -Ministro de Justicia y del Derecho-, Fernando Carrillo Flórez - Procurador General de la Nación-, Néstor Humberto Martínez Neira - Fiscal General de la Nación -, Fernando Vargas Valencia - Coordinador de incidencia jurídica de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES. - y Jairo Estrada Álvarez - Vocero del Movimiento Voces de Paz y de Reconciliación.

¹⁴ Intervinieron: Eduardo Montealegre Lynett - Ex Fiscal General de la Nación -, (*Régimen constitucional y legal de los bienes fruto del delito*); Ricardo Sabogal Urrego - Director Unidad de Restitución de Tierras - (*Los derechos de terceros frente a los bienes a disposición de las FARC*); Vicente Emilio Gaviria Londoño - Universidad Externado de Colombia - (*La reparación de las víctimas y el beneficio de competencia con bienes fruto del delito*); Luis Miguel Gómez Sjöberg - Instituto Colombiano de Derecho Tributario - ICDT - (*Los principios de soberanía presupuestal, unidad de caja y la constitución de patrimonios autónomos*); y María Virginia Torres de Cristancho - Presidenta Sociedad de Activos Especiales - (*El manejo de bienes por parte de la Sociedad de Activos Especiales, la fiducia pública y el encargo fiduciario público*).

Los diferentes medios de prueba, incluidos los conceptos expuestos en la audiencia pública, serán referenciados en la parte considerativa de esta sentencia, en el acápite en el que resulten pertinentes.

C. INTERVENCIONES Y CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Dentro del término previsto para las intervenciones, emitieron concepto las siguientes entidades públicas: Presidencia de la República¹⁵, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas – UARIV -¹⁶, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. – SAE -¹⁷ y la Superintendencia Financiera de Colombia¹⁸. También intervinieron las siguientes organizaciones e instituciones académicas y no gubernamentales: la Consultoría para los derechos humanos - CODHES. -¹⁹, la Asociación de Fiduciarias²⁰, el Instituto para las Transiciones Integrales – IFIT -²¹, la Universidad Libre²², la Universidad Externado de Colombia²³, la Agrupación Política Voces de Paz y Reconciliación²⁴ y el Instituto Colombiano de Derecho Tributario – ICDT -²⁵.

Igualmente, en la oportunidad prevista, el Procurador General de la Nación²⁶ emitió el concepto 006362, respecto de la constitucionalidad del decreto ley bajo control.

Por razones metodológicas que se derivan del control integral que realizará la Corte Constitucional en el presente asunto, las distintas posiciones expuestas por los intervinientes, así como el concepto del Procurador General de la Nación, serán referenciados en el acápite pertinente, respecto de los distintos aspectos a examinar.

¹⁵ Claudia Isabel González Sánchez, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República. Folios 128 a142 del expediente.

¹⁶ Vladimir Martín Ramos, representante judicial de la UARIV Folios 174-181 del expediente.

¹⁷ María Virginia Torres de Cristancho, Presidenta de la SAE. Folios 214-219 del expediente.

¹⁸ Jorge Castaño Gutiérrez, Superintendente Financiero. Folio 222 del expediente.

¹⁹ Marco Romero Silva, Fernando Vargas Valencia, Ingrid Paola Hurtado, Carlos Enrique Núñez, Luis Fernando Sánchez, Emilio Lagos Bruce y Josué David Soto, miembros de la Consultoría CODHES. Folios 112-125 del expediente.

²⁰ Stella Villegas de Osorio, Presidenta de la Asociación de Fiduciarias. Folio 126 del expediente.

²¹ Martha Maye Calle, Coordinadora de Proyectos en América Latina - IFIT -. Folios 147-157 del expediente.

²² Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Jorge Ricardo Palomares y Juanita Cardona Pachón, miembros del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre. Folios 158-161 del expediente.

²³ Héctor Vargas Vaca, Docente-Investigador del Departamento de Derecho Constitucional. Folios 162-167 del expediente.

²⁴ Jairo Andrés Rivera Henker, vocero del Movimiento Voces de Paz y Reconciliación. Folios 168-173 del expediente.

²⁵ Mauricio Plazas Vega y Miguel Gómez Sjöberg, miembros del ICDT Folios 258-266 del expediente. Mediante Auto del Magistrado sustanciador del 17 de julio de 2017, se negó la ampliación solicitada del término para intervenir. Folio 230 del expediente.

²⁶ Fernando Carillo Flórez. Folios 183-210 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. En virtud de lo dispuesto por el artículo 2, inciso 3 del Acto Legislativo 01 de 2016, esta Corte es competente para realizar el control automático y posterior de los decretos con fuerza de ley expedidos por el Presidente de la República, en desarrollo de la competencia atribuida por el mismo acto legislativo, cuya vigencia fue reconocida por esta Corte mediante la sentencia C-160 de 2017.

B. LA TÉCNICA DE CONTROL DE LOS DECRETOS LEYES DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS PARA LA PAZ, PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS, Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

2. El control automático y posterior de constitucionalidad de los decretos leyes²⁷, tanto los que resultan de la **delegación legislativa**²⁸ otorgada al Presidente de la República mediante una ley de facultades extraordinarias (artículo 150 n. 10 de la CP), que desarrolla la colaboración entre las ramas del poder público (artículo 116 de la CP), como los derivados de la **atribución legislativa** al Presidente de la República, realizada directamente por la Constitución Política, tiene por objeto determinar si en el ejercicio de dicha competencia legislativa excepcional, el Presidente cumplió con los requisitos, excedió los límites del encargo y si, además, el contenido del decreto contraría materialmente la Constitución Política. Esto quiere decir que, en ambos casos, la norma que atribuye la competencia (la ley o el artículo de la Constitución), constituye parámetro para determinar la constitucionalidad del decreto ley expedido.

²⁷ El artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 se refiere a la expedición de *decretos con fuerza de ley*. Se trata de una categoría amplia en la que se encuentran tanto los decretos ley, como los decretos legislativos, ya que ambos disponen de fuerza de ley, tal como lo ha reconocido esta Corte: “Así, es cierto que en la Carta predomina un criterio formal para definir la noción de ley; sin embargo la propia Constitución atribuye a ciertas disposiciones, que no son formalmente leyes, por cuanto no son actos expedidos por el Congreso, una fuerza equivalente al de las leyes en sentido formal. Así, el artículo 150 ordinal 10 autoriza al Congreso a que faculte al Presidente a expedir normas con fuerza de ley. Igualmente, decretado un estado de excepción (CP arts 212 a 215), el Presidente puede expedir decretos legislativos, que tienen fuerza plena de ley, en el caso del Estado de Emergencia, pues modifican las leyes vigentes, o que tienen una suerte de fuerza de ley temporal, en los casos de Estado de Guerra Exterior o de Conmoción Interior, puesto que suspenden las leyes que le sean contrarias”. Esto quiere decir que a pesar de que el Acto Legislativo hubiera acudido a la expresión genérica *decretos con fuerza de ley*, debe interpretarse que los mismos, al no tratarse de la autohabilitación legislativa del Presidente durante un Estado de Excepción, mediante la cual expide decretos legislativos, los decretos expedidos en desarrollo de las facultades legislativas para la paz son **decretos leyes**, en términos constitucionales, tal como lo reconoció la sentencia C-699/16 que declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2016: “Los decretos ley que se expidan con arreglo a estas facultades extraordinarias deben facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final, y no pueden versar sobre ciertas materias con reserva especial o estricta de ley”.

²⁸ La expresión delegación legislativa es significativa de cómo el titular de la función cede temporalmente y respecto de materias precisas y determinadas, el ejercicio de la función legislativa al Presidente de la República. La expresión ha sido utilizada en varias sentencias de esta Corte, por ejemplo en las sentencias C-373/02, C-1028/02, C-971/04, C-734/05, C-1040/05, C-1152/05, C-172/10, C-170712, C-366/12, C-711/12, C-943/12, C-810/14, C-219/15, C-562/15 y C-261/16.

3. Ahora bien, a pesar de las similitudes en cuanto al control del ejercicio de las facultades legislativas del Presidente de la República otorgadas mediante una ley de facultades legislativas extraordinarias y las atribuidas por la Constitución Política, la técnica misma de control difiere en ambos casos, teniendo en cuenta la fuente de la competencia legislativa. Así, mientras para el caso del control de la constitucionalidad de los decretos leyes proferidos en desarrollo de una ley de facultades extraordinarias, la Corte Constitucional ha consolidado una jurisprudencia especial que determina la técnica y la extensión del control²⁹, ha recurrido a criterios distintos para el control de los decretos leyes expedidos en desarrollo de atribuciones legislativas realizadas directamente por la Constitución Política³⁰.

4. Para el caso de las facultades legislativas para la paz, atribuidas al Presidente de la República mediante el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, a partir de la sentencia que declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2016, este tribunal ha identificado la técnica de control específico que, en razón de las particularidades de dicha atribución legislativa, debe poner en práctica la Corte Constitucional para cumplir a cabalidad su rol de garante de la supremacía constitucional.

5. Así, la sentencia C-699 de 2016 precisó que:

“el Acto Legislativo, contempla garantías suficientes para evitar que el Congreso se vea privado de su competencia legislativa (...) Por tanto, no puede invocarse la habilitación para expedir decretos con fuerza de ley si estos no tienen una conexidad objetiva, estricta y suficiente con el acuerdo final. (...) Además, en la implementación del acuerdo final, la rama legislativa tiene competencia principal para legislar. Por tanto, se justifica ejercer las facultades previstas en el artículo 2 demandado solo en circunstancias extraordinarias, cuando resulte estrictamente necesario apelar a ellas en lugar de someter el asunto al procedimiento legislativo correspondiente. El Presidente de la República, finalmente, solo puede ejercer estas funciones durante un tiempo limitado, vencido el cual el legislador puede reformar o derogar los decretos con fuerza de ley expedidos en virtud suya. Y, por último, fuera del campo del acuerdo final, es el Congreso el competente para legislar”.

²⁹ Entre otras muchas, puede consultarse las sentencias C-510/92, C-014/93, C-126/98, c-1316/00, C-503/01, C-972/02, C-097/03, c-151/04, C-655/07, C-240/12, C-366/12, C-572/12, C-053/13, C-473/13, c-219/15 y C-261/16.

³⁰ Ejemplos de esta técnica particular puede encontrarse en las sentencias C-025/93, C-150/93, C-155^a/93 y C-245/93. Las sentencias C-224/17 y C-253/17 precisaron de qué manera el control de los decretos leyes que desarrollan las facultades legislativas para la paz es específico y no puede confundirse ni con el control de los decretos legislativos, ni con el de los decretos leyes que resultan de leyes de facultades extraordinarias, a pesar de existir elementos en común.

6. Para concretar los elementos del control de constitucionalidad en cabeza de este tribunal constitucional, la misma sentencia reiteró que:

“En desarrollo de este control, la Corte deberá verificar que los decretos con fuerza de ley cumplan la finalidad para la cual se confieren las facultades, a saber, facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final; que tengan entonces una conexidad objetiva, estricta y suficiente con el referido acuerdo; que se den en circunstancias excepcionales, pues las facultades son precisamente extraordinarias, lo cual supone que sea necesario usarlas en vez de acudir al trámite legislativo ante el Congreso; y que respeten en general el ordenamiento constitucional”³¹.

7. Lo anterior significa que en el ejercicio de las funciones de control jurisdiccional que le fueron confiadas³², le corresponde a la Corte Constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos formales y de los distintos límites al ejercicio de las facultades legislativas para la paz, que demarcan la competencia legislativa extraordinaria que la Constitución le atribuyó, en este caso, al Presidente de la República.

8. Respecto del Decreto Ley 903 de 2017, bajo control automático e integral de constitucionalidad, la Corte Constitucional debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿El Decreto Ley 903 de 2017 respeta los requisitos formales para el ejercicio de las facultades legislativas para la paz conferidas al Presidente de la República mediante el Acto Legislativo 01 de 2016?
- ¿Respetó el Decreto Ley 903 de 2017 los diferentes límites establecidos para el ejercicio de la competencia legislativa otorgada al Presidente de la República, mediante el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016?
- ¿El contenido del Decreto Ley 903 de 2017 contraría materialmente la Constitución Política?

9. Para resolver estos problemas jurídicos, en primer lugar se deberá examinar el respeto de los (i) **REQUISITOS FORMALES** para el ejercicio de la atribución legislativa excepcional. En segundo lugar se verificará (ii) el respeto de los **LÍMITES A LA COMPETENCIA** legislativa del Presidente, por lo que se deberá verificar el factor temporal de la competencia, es decir, si (a) la expedición del decreto ley ocurrió dentro del *término de vigencia* de las facultades legislativas, previsto en el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-699/16.

³² En el control automático, posterior, integral y único de las normas producidas en el contexto del Acto Legislativo 01 de 2016 no son “*dables consideraciones de conveniencia u oportunidad*”: Corte Constitucional, sentencia C-565/17.

2016; el factor teleológico de la competencia atribuida, en el entendido de que dichas facultades fueron atribuidas con la finalidad de permitir la implementación del Acuerdo Final, por lo que se juzgará (b) *la conexidad* del decreto ley bajo examen, con el Acuerdo Final; el factor causal de la competencia legislativa atribuida, considerando que el respeto de la competencia general del Congreso de la República exige una justificación especial del recurso a las facultades legislativas para la paz, la que se verifica en la causa que justifica que no se acuda al procedimiento legislativo especial, previsto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016. Por consiguiente, se examinará (c) *la estricta necesidad* de la expedición del decreto ley bajo control; y el factor material de la competencia, ya que el mismo artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 excluyó de la competencia legislativa del Presidente, ciertas materias que deben ser reguladas por el Congreso de la República. Así se verificará si el Presidente ejerció su competencia normativa respecto de alguno de (d) *los asuntos excluidos* de las facultades legislativas. Una vez juzgado el respeto de los límites formales y competenciales del Presidente de la República, pasará la Corte a verificar (iii) **LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTENIDO** del decreto ley bajo control.

C. LOS REQUISITOS FORMALES PARA LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO LEY 903 DE 2017

Intervenciones:

La Presidencia de la República³³ explica que el decreto ley cumple con los requisitos formales exigidos para este tipo de normas. En este sentido, señala que el decreto cumple con el requisito relativo a la firma, teniendo en cuenta que el Ministerio de Justicia y del Derecho lo suscribió en su calidad de garante de la información mobiliaria y la debida inscripción de la propiedad en el país. Respecto del título del decreto, considera que corresponde de manera precisa con la materia que regula e invoca expresamente las facultades en virtud de las cuales es expedido. También sostiene que fue expedido dentro de la oportunidad para el ejercicio de las facultades legislativas. Finalmente, indica que el decreto cuenta con una amplia motivación de 13 considerandos.

La CODHES³⁴ solicita la inexecutable del decreto ley al considerar que desconoce el principio constitucional de unidad de materia, ya que señaló que tanto el título, como sus consideraciones, se refieren a la realización de inventarios de bienes y activos, mientras que los artículos 3 y 4 del decreto determinan lo relativo al destino de los bienes y el mecanismo para administrarlo. Durante la audiencia pública agregó que el decreto debía contraerse a establecer las reglas de procedimiento para la realización del

³³ Intervención presentada por Claudia Isabel González Sánchez, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

³⁴ Intervención presentada por Marco Romero Silva, Fernando Vargas Valencia, Ingrid Paola Hurtado, Carlos Enrique Núñez, Luis Fernando Sánchez, Emilio Lagos Bruce y Josué David Soto, miembros de la Consultoría CODHES

inventario de bienes de las FARC, pese a lo cual, considera que desbordó su objeto al subrogar los artículos 54 de la Ley 975 y el artículo 177 de la Ley 1448 de 2011 y modificar así el andamiaje institucional ya existente en materia de administración de los recursos entregados por los responsables de las violaciones de los derechos de las víctimas. También señala que la Corte debe verificar si se dio participación a las víctimas en la elaboración de la norma controlada.

El ICDT³⁵ sostiene que se desconoce el principio de unidad de materia previsto en el artículo 158 de la CP, a partir del título del decreto, ya que si bien el propósito del decreto es el inventario, el decreto examinado no desarrolla lo relativo al mismo (protocolos y metodologías para su elaboración, verificaciones, naturaleza de los bienes y su origen, ubicación, estimación, titularidad) y todo esto lo confía a decretos reglamentarios, lo que considera inconstitucional. Por el contrario, considera que se ocupa de asuntos que no hacen parte de su objeto, tales como el patrimonio autónomo.

Finalmente, el Procurador General de la Nación considera que el decreto cumple con todos los requisitos de forma. Señala que se encuentra debidamente suscrito, pues el Ministro de Justicia y del Derecho es el encargado por el Gobierno de la política de reparación integral de las víctimas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2897 de 2011. Asimismo, destaca la relación directa con el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, en lo relativo a la competencia de la Jurisdicción Ordinaria en cuanto al delito de lavado de activos respecto de los bienes no inventariados. Explica que la intervención del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se justifica porque el fondo que se crea se adscribe a esta entidad pública. En lo relativo a los inventarios y su entrega al Gobierno, al tratarse de temas transversales, precisa que resulta lógico que esta responsabilidad se asigne a este departamento administrativo. Indica que en cuanto a la motivación del decreto, el título se refiere al inventario, en lo relativo en los artículos 1 y 2, aunque el decreto desarrolla otro tema interrelacionado (artículos 2 y 3). Así, solicita que en virtud del principio de conservación del derecho, se declare la exequibilidad del título, en el entendido de que cubre también la definición de la destinación de los recursos inventariados. Agrega que el decreto cumple el requisito de motivación conexa y señala la fuente de las facultades extraordinarias utilizadas y la consecuente jerarquía normativa del acto expedido.

Consideraciones de la Corte:

10. A pesar de que el Acto Legislativo 01 de 2016 no incluyó expresamente exigencias de orden formal para el ejercicio de las competencias legislativas atribuidas al Presidente, esto no significa que, al tratarse del ejercicio de una competencia constitucional, integrada en el ordenamiento jurídico

³⁵ Intervención presentada por Mauricio Plazas Vega y Miguel Gómez Sjöberg, miembros del ICDT.

colombiano, la expedición de estos decretos leyes sea desprovista de requisitos de forma. Es por esta razón que la jurisprudencia constitucional ha establecido que para la validez de estas normas, es necesario que (i) sean suscritas por el Presidente, con la firma del ministro del ramo (artículo 115 CP); (ii) en desarrollo del principio de publicidad³⁶, incluya una motivación suficiente, relativa a la razón de la utilización de las facultades conferidas por el Acto Legislativo 01 de 2016, “*que demuestre su condición de instrumento para la implementación del Acuerdo Final*”³⁷, es decir, que exponga la conexidad con el Acuerdo Final³⁸; (iii) el decreto ley cuente con un título que corresponda con su contenido (art 169 CP); y (iv) invoque las facultades constitucionales en ejercicio de las cuales se expide la norma, “*ello con el fin de precisar la naturaleza jurídica del acto y la garantía del control constitucional por la autoridad competente*”³⁹.

11. En primer lugar, constata la Corte Constitucional que el Decreto Ley 903 de 2017 es expedido por el Presidente de la República quien lo firmó, y se encuentra suscrito, a la vez, por el Ministro de Justicia y del Derecho y por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, quienes para el caso del presente decreto, constituyen Gobierno, como pasará a explicarse.

12. La firma del Ministro de Justicia y del Derecho responde la exigencia constitucional de ser el Ministro del Ramo correspondiente, por tres razones: en primer lugar, porque el decreto ley bajo control se refiere al inventario y recepción de bienes a disposición de las FARC y de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1427 de 2017, este ministerio tiene bajo su responsabilidad la participación en la formulación de las políticas relativas a la protección de la fe pública en materia de notariado y registro. En segundo lugar, el decreto examinado destina, en esencia los bienes recibidos, a la reparación material de las víctimas del conflicto armado y, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2897 de 2011, este ministerio se encarga de la política pública en materia de reparación de las víctimas. En tercer lugar, porque el decreto controlado tiene consecuencias en lo relativo a la competencia para juzgar delitos relativos a los bienes inventariados y omitidos del inventario, por lo que dicha materia resulta plenamente congruente con las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho, en lo concerniente con la administración de justicia. La firma del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por su parte, resulta también coherente con el contenido del decreto ley, en la medida en que éste dispone la creación de un patrimonio autónomo de esta entidad del orden nacional, como fondo de víctimas que servirá de receptor de todos los bienes y recursos.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-174/17.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-565/17.

³⁸ Este examen se refiere únicamente a la presencia de la motivación, como requisito de forma, ya que el examen material de la conexidad y constitucionalidad de la motivación, se realizará posteriormente.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-565/17.

13. En segundo lugar, la Corte considera que la motivación incluida en el Decreto Ley 903 de 2017 es suficiente para garantizar el principio de publicidad. En efecto, a través de trece considerandos, se expone con claridad los apartes del Acuerdo Final que pretende implementar y desarrollar, al precisar que tiene por objeto “*facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo de los puntos 2.1.2 y 3.4 del Acuerdo Final*”. A la vez explica que busca implementar el punto 5.1.3.7 relativo a la atención y reparación de las víctimas, así como las obligaciones de suministro de información previstas en el punto 3.1.1.3. Tomando en consideración la jurisprudencia constitucional relativa al control de constitucionalidad de este tipo de normas, el decreto ley expone las razones por las que se considera que reúne los requisitos de validez formal, responde a las condiciones de conexidad (objetiva, estricta y suficiente) y de necesidad estricta (motivos relativos a la urgencia de inventariar los bienes antes de la terminación de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización y de los Puntos Transitorios de Normalización, en adelante ZVTN y PTN) y explica por qué, en su concepto, el decreto no sobrepasa los límites materiales al ejercicio de esta competencia, ni contraría algún contenido de la Constitución. De esta manera el decreto ley bajo control presenta una motivación clara y suficiente, desde el punto de vista formal.

14. En tercer lugar, esta Corte destaca que, tal como lo ponen de presente las intervenciones reseñadas, el título otorgado al Decreto Ley 903 de 2017 corresponde sólo parcialmente a su contenido. En efecto, el título: “*Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC*” describe lo dispuesto en el artículo 1 del decreto ley, ya que en éste se precisa el deber de elaborar el inventario. *Stricto sensu* esto no ocurre respecto del artículo segundo, relativo a la entrega del inventario; tercero, relativo al fondo de víctimas creado; cuarto, relativo a la finalidad del fondo; y quinto, relativo a los derechos de las víctimas como consecuencia de las normas contenidas en este decreto ley. Este problema formal conduce a algunos intervinientes a denunciar una posible falta de unidad de materia y, por estas razones, solicitar la inexecutable del decreto ley.

15. Para resolver esta problemática, es necesario tener en cuenta que la exigencia constitucional de otorgar título adecuado a las leyes, así como la de unidad de materia, son naturalmente predicables de las leyes expedidas por el Congreso de la República⁴⁰, como garantías del adecuado ejercicio del principio democrático, en el procedimiento legislativo parlamentario. La unidad de materia busca la racionalización del trámite parlamentario de las

⁴⁰ “*Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas*”: artículo 158 de la CP. El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido, y a su texto precederá esta fórmula: “El Congreso de Colombia, DECRETA””: artículo 169 CP. Lo relativo al título se encuentra reiterado en el artículo 193 de la Ley 5 de 1992.

leyes⁴¹, con el fin de que los debates y votaciones se surtan de manera ordenada y coherente respecto de un determinado tema dominante o hilo conductor temático y se así imprima transparencia al debate público de las leyes, gracias a la no inclusión soterrada de normas inconexas con el tema discutido⁴². A pesar de que son exigencias distintas, se trata de requisitos interdependientes⁴³: la unidad de materia, de acuerdo con el título de la ley, a tal punto que la jurisprudencia ha considerado que la exigencia relativa al título es una reiteración de las consecuencias del principio procedimental de unidad de materia⁴⁴ y uno de los criterios para determinar su cumplimiento⁴⁵.

16. Ahora bien, de manera razonable la jurisprudencia constitucional extendió la exigencia relativa al título adecuado y congruente de las leyes, a los decretos leyes⁴⁶, al entender la importancia del título en la interpretación de las normas con fuerza y rango de ley⁴⁷, pero ello no significa de manera alguna que a este tipo de normas le sea también exigible el requisito de unidad de materia, al no tratarse de normas fruto de un debate público, propio del procedimiento legislativo. Esto implica, entonces, que el requisito relativo al título disminuye sus funciones en este contexto y, por lo tanto, debe ser examinado con menos rigor cuando se trata de decretos leyes, porque en estas normas el título adecuado, si bien materializa el principio de seguridad jurídica al contribuir a la identificación del contenido normativo, (i) se convierte en una exigencia indiferente respecto de la unidad de materia, inexigible en este contexto y (ii) respecto de su función interpretativa, se complementa con la parte motiva o de considerandos del decreto ley, que no se encuentran presentes en la ley parlamentaria. Lo anterior determina que

⁴¹ La unidad de materia consulta “*un evidente propósito de racionalización y tecnificación del proceso conducente a la expedición de la ley*”: Corte Constitucional, sentencia C-147/15.

⁴² “La unidad de materia persigue dos finalidades: la coherencia y la transparencia del proceso legislativo. Frente a la coherencia, la unidad de materia propende porque el proceso legislativo siga un hilo conductor que le de sentido, dentro del contexto específico definido por el propio legislador, de tal suerte que no se distorsione al extenderse a materias aisladas e inconexas. Se busca mantener un orden temático en el proceso de deliberación democrática, que es propio del Congreso, que permita un debate informado y serio. Frente a la transparencia, la unidad de materia busca impedir que en el proceso legislativo se introduzcan, de manera súbita, sorpresiva, inopinada o subrepticia, e incluso anónima, iniciativas oportunistas que no guardan relación con él y sobre las cuales no se ha dado un verdadero debate”: Corte Constitucional, sentencia C-830/13.

⁴³ “*La base constitucional del referido principio (de unidad de materia) se encuentra en el artículo 158 de la Carta (...) enunciado que la Corte ha leído conjuntamente con el artículo 169 superior*”: Corte Constitucional, sentencia C-147/15.

⁴⁴ “*El Título VI de la Constitución, relativo a la Rama Legislativa, trae en su Capítulo 3, sobre las leyes, una serie de preceptos que regulan su proceso de formación. Entre estos preceptos, en el artículo 158[7], se destaca el relacionado con la unidad de materia[8], del cual derivan tres mandatos para el legislador, a saber: (...) “todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella” (...); El primero de estos mandatos se reitera y complementa en el artículo 169 de la Constitución, que dispone: “el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido*”: Corte Constitucional, sentencia C-830/13.

⁴⁵ “*viola la Constitución cuando incluye cánones específicos que, o bien no encajan dentro del título que delimita la materia objeto de legislación, o bien no guardan relación interna con el contenido global del articulado*”: Corte Constitucional, sentencia C-390/96.

⁴⁶ “*(...) los decretos expedidos en virtud del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 tienen un carácter instrumental y un objeto preciso de acuerdo con el título de esa normativa*”: Corte Constitucional, sentencia C-699/16.

⁴⁷ El título tiene “*propósitos son exclusivamente interpretativos de la legislación que encabeza, esta sí de naturaleza normativa*”: Corte Constitucional, sentencia C-752/15.

resulta pertinente rechazar los argumentos relativos a la falta de unidad de materia del Decreto Ley 903 de 2017 y resolver el problema jurídico relativo al título, bajo la perspectiva de una exigencia formal, pero de menor rigor a que si se tratara de una ley expedida por el Congreso de la República, desprovista de motivación suficiente a través de considerandos.

17. En efecto, si bien es cierto que el título otorgado no se refiere de manera precisa o particular a cada uno de los artículos contenidos en el Decreto, la decisión que se impone en el presente caso no es la inexecutable del decreto ley, lo que constituiría una decisión desproporcionada, contraria el mandato de prevalencia de la sustancia sobre las formas (artículo 228 CP), así como el principio de conservación del derecho⁴⁸ y que desconocería el menor rigor en el examen de los títulos de los decretos ley, respecto del mismo análisis frente a una ley. Por esta razón, el Procurador General solicitó que el título fuera declarado executable, de manera condicionada.

18. Para la Corte, una interpretación sistemática del título del Decreto Ley 903 de 2017 con los considerandos expuestos en la motivación del mismo y el articulado visto en su conjunto, permite determinar que la exigencia formal relativa al título adecuado se encuentra satisfecha, ya que las normas allí contenidas son complementarias las unas de las otras y una lectura integral del decreto, permite satisfacer la función interpretativa otorgada al título. En efecto, una lectura de los considerandos permite ver cómo el decreto ley se referirá no sólo a la realización del inventario, sino también a la entrega del mismo, a la creación de un fondo para las víctimas, al patrimonio autónomo, al destino de los bienes incorporados al patrimonio y a los derechos de las víctimas. En últimas, lo que se evidencia de una lectura del Decreto en su totalidad, es que los diferentes artículos allí contenidos conforman un conjunto de normas complementarias y conexas entre sí que permiten la realización del inventario y, con esto, la creación de un fondo que permita garantizar de manera adecuada los derechos de las víctimas. En consecuencia, no encuentra la Corte vicio alguno respecto a este requisito formal y, por consiguiente, se declarará cumplida la exigencia respecto de la asignación de un título.

19. Por último, constata la Corte que el decreto ley cumple adecuadamente con el requisito formal de invocar la norma que le otorga competencia al Presidente para su expedición, al señalar que su expedición se surte “*En ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016*”.

D. LOS LÍMITES A LA COMPETENCIA ATRIBUIDA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2016

⁴⁸ “(...) los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador, en virtud del respeto al principio democrático”: Corte Constitucional, sentencia C-089/94.

20. La competencia legislativa atribuida al Presidente de la República mediante el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 se encuentra limitada⁴⁹ por un factor temporal; un factor teleológico, relativo a la conexidad con el Acuerdo Final; un factor de razón suficiente, relativo a la estricta necesidad; y un factor material que excluyó ciertos asuntos de la competencia legislativa atribuida al Presidente. En este mismo orden se examinará si el Decreto Ley 903 de 2017 respetó dichos límites.

a) LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO LEY 903 DE 2017 DENTRO DE LOS LÍMITES TEMPORALES DE LA ATRIBUCIÓN LEGISLATIVA

Intervenciones:

La Presidencia de la República⁵⁰, así como la UARIV⁵¹ consideran que el decreto ley fue expedido dentro de la vigencia de las facultades legislativas conferidas por el Acto Legislativo 01 de 2016. Por su parte, en la intervención del Procurador General de la Nación, éste señala que es necesario tener en cuenta que el inicio de las facultades legislativas debe contarse a partir del 1 de diciembre de 2016, por lo que, a su juicio, estuvieron vigentes hasta el 29 de mayo de 2017. Por consiguiente, conceptuó que este decreto fue expedido oportunamente.

Consideraciones de la Corte:

21. La expedición dentro del término previsto se refiere a un componente de la competencia misma, en este caso modulada por el factor o criterio temporal. La sentencia C-699 de 2016, al referirse a la competencia legislativa del Presidente o a su habilitación legislativa, expresiones sinónimas, precisó que: “(...) *la habilitación legislativa es entonces temporal pues solo puede ejercerse dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2016*”. Por su parte, la sentencia C-174 de 2017 examinó el respeto del límite temporal dentro del capítulo relativo al “*Control sobre la competencia del Presidente de la República para expedir el Decreto ley 121 de 2017*”.

22. Debe señalarse que la sentencia C-331 de 2017 resolvió la cuestión de si el término de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2016 debía entenderse como días hábiles o calendario y, por esta vía, determinó cuándo expiraban las facultades legislativas del Presidente otorgadas por el Acto Legislativo 01 de 2016. Consideró la Corte que:

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-565/17.

⁵⁰ Intervención presentada por Claudia Isabel González Sánchez, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

⁵¹ Intervención presentada por Vladimir Martín Ramos, representante judicial de la UARIV.

*“El proceso refrendatorio culminó el 30 de noviembre de 2016, luego de que el Senado de la República aprobara el día 29 de noviembre de 2016 una proposición mediante la cual declaró cumplida la refrendación popular del Acuerdo Final y la Cámara de Representantes hiciera lo propio el día 30 de noviembre. Por lo tanto, **debe entenderse que el término de 180 días de vigencia de las facultades legislativas para la paz comenzaron a contarse a partir del 1º de diciembre de 2016.** (...) La aplicación de este criterio de interpretación lógica y razonable del texto constitucional, lleva a esta Corte a concluir que el término de 180 días al que hace referencia el artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 se refiere a días calendario. Efectivamente, la expedición de los decretos ley por parte del Presidente de la República, no depende del funcionamiento ordinario de otra entidad pública y, por consiguiente, el ejercicio de estas facultades legislativas puede ocurrir tanto en días hábiles, como no laborales y, en ese caso, ningún vicio de validez del decreto ley podría predicarse por este solo hecho. (...) **Esto quiere decir que las facultades legislativas para la paz sólo podrán ser ejercidas hasta el día 29 de mayo de 2017**” (negrillas originales).*

23. Así, considerando que el Decreto Ley 903 de 2017 fue expedido el 29 de mayo de 2017, se constata que fue expedido dentro de la vigencia de las facultades legislativas atribuidas por el Acto Legislativo 01 de 2016.

b) LA CONEXIDAD DEL DECRETO LEY 903 DE 2017 CON EL ACUERDO FINAL

Intervenciones:

La Presidencia de la República⁵² señaló que este decreto implementa los subpuntos del Acuerdo Final 5.1.3.7, relativo a los derechos de las víctimas, y 3.1.1.3, relacionado con el deber de suministro de información, al tiempo que cumple el mandato del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017. Señaló que este decreto pone en marcha medidas relacionadas con la dejación de armas y la terminación del conflicto armado, lo que evidencia su importancia para la implementación del Acuerdo y para la terminación del conflicto mismo. Precisó que el decreto pretende hacer efectiva la reparación de las víctimas del conflicto armado, de modo que desarrolla ejes fundamentales y transversales del Acuerdo Final.

Consideró que la conexidad es objetiva al tener un vínculo cierto y verificable con el Acuerdo Final y no regula aspectos diferentes, ni se refiere a aquello no imprescindible para la implementación del mismo, al tratarse de aspectos esenciales del Acuerdo Final. La conexidad estricta se explica, a su juicio, en

⁵² Intervención presentada por Claudia Isabel González Sánchez, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

cuanto lo aquí regulado es un vehículo para poder cumplir lo pactado en cuanto a la reparación material de las víctimas con recursos de la guerra, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, la relación con el Acuerdo no sería ni incidental ni indirecta. También señala que se satisface la conexidad suficiente, porque este decreto sólo incorpora disposiciones operativas básicas relativas a (i) la entrega de los inventarios, (ii) la creación del fondo y (iii) la finalidad del mismo. Explicó que en este proceso existen dos etapas: una relativa a la elaboración y entrega de los inventarios y otra que se iniciará con la incorporación de estos bienes y activos al fondo para reparar materialmente a las víctimas, por lo que todo el contenido del decreto, en su concepto, cumple con el criterio de conexidad suficiente, al tratarse de normas estrechamente relacionadas con el Acuerdo Final. Preciso también que la remisión que hace el artículo 4 del decreto ley, en cuanto a que el destino de los bienes incluidos en el patrimonio autónomo debe ser no sólo para la reparación de las víctimas, sino también para los programas del punto 3.2.2 del Acuerdo Final, debe entenderse que se refiere a los menores de edad, en su calidad de víctimas del conflicto armado.

Durante la Audiencia Pública, el Ministro de Justicia y del Derecho⁵³ señaló que el decreto constituye una bandera del Gobierno Nacional en defensa de los derechos de las víctimas y materializa el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. Advirtió que la norma concreta el cumplimiento del Acuerdo Final, en especial, los sub puntos 5.1.3.7 y 3.1.1.3 y, a su vez, se ajusta a lo dispuesto en el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017. Preciso que el decreto debe ser interpretado en el sentido de que los recursos del fondo creado se destinarán únicamente para la reparación material de las víctimas.

La UARIV⁵⁴ y la SAE⁵⁵ coincidieron en afirmar que existe conexidad objetiva y estricta respecto del punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final, en la medida en que el decreto permite la elaboración y entrega de los inventarios de bienes o recursos de la guerra y destinarlos para la reparación de las víctimas.

La Universidad Libre⁵⁶ sostuvo que el Presidente gozaba de amplio margen de configuración en la materia, en cuanto el Acuerdo Final no dispuso expresamente la manera de elaborar los inventarios, ni de administrar dichos bienes y activos.

La CODHES⁵⁷ consideró que los artículos 3 y 4 del decreto ley bajo control prevén aspectos que, a su juicio, carecen de conexidad con la realización de

⁵³ Enrique Gil Botero.

⁵⁴ Intervención presentada por Vladimir Martín Ramos, representante judicial de la UARIV.

⁵⁵ Intervención presentada por María Virginia Torres de Crisanchó, Presidenta de la SAE.

⁵⁶ Intervención presentada por Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Jorge Ricardo Palomares y Juanita Cardona Pachón, miembros del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre.

⁵⁷ Intervención presentada por Marco Romero Silva, Fernando Vargas Valencia, Ingrid Paola Hurtado, Carlos Enrique Núñez, Luis Fernando Sánchez, Emilio Lagos Bruce y Josué David Soto, miembros de la Consultoría CODHES.

los inventarios, máxime, cuando se trata de un asunto posterior. Explicó que estos dos artículos subrogan parcialmente los artículos 54 de la Ley 975 de 2005 y 177 de la Ley 1448 de 2011 que ya habían creado un fondo para que recibiera “*todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen*”, al tiempo que carece de conexidad al modificar el andamiaje existente para la administración de los recursos entregados por los victimarios del conflicto armado. Sostuvo también que, en cuanto reforma la Ley 1448 de 2011, el decreto ley desconoció el compromiso de dar participación a las víctimas para este tipo de medidas, de acuerdo con el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final. Por consiguiente, solicita la declaratoria de inexecutable del decreto ley bajo control.

Adicionalmente, la Consultoría presentó una tabla donde compara el contenido del Acuerdo Final, el Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto Ley 903 de 2017, con el fin de establecer el cumplimiento del requisito de conexidad, donde pretende evidenciar que lo previsto en el artículo 3 del decreto bajo examen, relativo al fondo, no se encuentra ni en el Acuerdo Final, ni en el Acto Legislativo 01 de 2017. Preciso que el artículo 4 del decreto ley examinado carece de conexidad con el Acuerdo Final, ya que la destinación de los recursos a medidas del sub punto 3.2.2 del Acuerdo Final transgrede el mismo Acuerdo Final, el Acto Legislativo 01 de 2017 (artículo 5 transitorio y párrafo del artículo 18 transitorio) y el Acto Legislativo 01 de 2012, los que disponen que dichos recursos serán exclusivamente para la reparación de las víctimas, mas no para beneficiar a las FARC y a sus excombatientes. En su opinión, esto constituye un desmedro de los derechos de las víctimas. Así, explicó que el decreto confunde las medidas de reincorporación, con las de reparación integral. Resaltó que el punto 4.3.2 del Acuerdo Final prevé que los recursos de extinción de dominio se destinarán al cumplimiento de los programas del mismo acuerdo, pero esto no implica que esto se aplique respecto de los bienes inventariados, los que deben ser exclusivamente para la reparación de las víctimas, incluido el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes reclutados por las FARC como víctimas del conflicto armado, en consonancia con el artículo 190 de la Ley 1448 de 2011. Así, de manera subsidiaria, solicitó declarar la inexecutable de la expresión “*y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final*”, prevista en el artículo 4 del decreto bajo control.

El IFIT⁵⁸ consideró que sólo del artículo 1 del decreto ley se puede predicar conexidad objetiva con los puntos 5.1.3.7 y 3.1.1.3 del Acuerdo Final. Expuso que la indicación que hace el artículo 2 del decreto en el sentido de que los bienes aportados se considera que han sido “*colectivos*”, no tiene conexidad objetiva con el Acuerdo Final y trae como consecuencia la vulneración del derecho a la reparación de las víctimas del conflicto armado. Explicó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, interamericana y los estándares internacionales, las personas físicas o jurídicas responsables por violaciones a

⁵⁸ Intervención presentada por Martha Maye Calle, Coordinadora de Proyectos en América Latina - IFIT -.

derechos humanos tienen la obligación directa de reparar al Estado, si éste procedió a reparar a las víctimas en su nombre⁵⁹. Por esta razón, consideró que debe declararse la inexecutable de la expresión “*colectivos*” incluida en el artículo 2 del decreto examinado.

En cuanto al artículo 3 del decreto, señaló que la creación del fondo y la manera de su administración excede el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final, ya que éste no prevé la creación de un nuevo fondo, sino el compromiso del Gobierno para el fortalecimiento del Fondo de Reparación para las Víctimas de la Violencia, a través de la ampliación de sus fuentes de financiación y de los mecanismos de captación de los recursos. Respecto del artículo 4, relativo a la finalidad del fondo, sostuvo que la expresión “*y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final*” no cumple el criterio de conexidad objetiva, ya que el Acuerdo prevé que los bienes inventariados tendrán por destino la reparación de las víctimas, mas no la financiación de los programas de reincorporación social y económica de los excombatientes. Subrayó el componente simbólico de la reparación presente en la afectación de los bienes de los victimarios y del grupo al que pertenecen, pero consideró que éste se afectaría con la destinación de una parte de los bienes del victimario a su inserción social y económica lo que, además, materializaría en su concepto un enriquecimiento ilícito mediado por el Estado, por el incremento patrimonial que les significaría la inserción a la vida civil. En este sentido, solicitó la inexecutable de la expresión referida.

El ICDT⁶⁰ precisó que el artículo 4 desconoce el numeral 5.1.3.7 del Acuerdo Final al permitir un destino diferente para los bienes, lo que además reduciría los recursos para las víctimas, ya que el punto 3.2.2 allí referido regula la reincorporación económica y social de las FARC. Consideró también que la inclusión del punto 3.2.2., en lo relativo al destino de los bienes del fondo, constituye una incongruencia entre la motivación del decreto y su articulado, porque en los considerandos se refirió exclusivamente el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final, relacionado con la reparación integral a las víctimas del conflicto.

El movimiento Voces de Paz y Reconciliación⁶¹, en su intervención ciudadana, consideró que sí existe conexidad en el hecho de que se disponga que parte de los bienes inventariados se destinen para los programas del punto 3.2.2 del Acuerdo Final, ya que una parte de los mismos debería destinarse a la reincorporación económica y social de las FARC. Puntualizó que este punto fue discutido y aprobado por la C.S.I.V.I.

⁵⁹ Cita los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/147 de 2005, párrafo 11 y capítulo ix. También el artículo 75 del Estatuto de Roma y el Informe del Relator Especial sobre promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 2012, entre otros.

⁶⁰ Intervención presentada por Mauricio Plazas Vega y Miguel Gómez Sjöberg, miembros del ICDT.

⁶¹ Intervención presentada por Jairo Andrés Rivera Henker, vocero del Movimiento Voces de Paz y Reconciliación.

Durante la Audiencia Pública, el Movimiento Voces de Paz y Reconciliación, a través del Vocero Jairo Estrada Álvarez, señaló que este decreto se relaciona con el punto 5 del Acuerdo Final, relativo a las víctimas; el punto 2, de participación política y el 3, del fin del conflicto. Consideró que cumple el punto 6.1.9, en cuanto a la implementación prioritaria de lo relativo a la reincorporación política y social, en cuyo proceso existen obligaciones como la entrega de armas y la entrega del inventario de bienes. Igualmente, señaló que desarrolla el punto 3.1.3, al imponer un límite temporal a la entrega de dichos inventarios en la terminación de las ZVTN y los PTN.

A este respecto, la Magistrada Gloria Stella Ortiz formuló la siguiente pregunta al Vocero del Movimiento Voces de Paz y de Reconciliación: *“Hay una posición distinta dentro del debate acerca de la interpretación del decreto ley. En su interpretación parte de los recursos de este fondo serán para la reincorporación económica y social de las FARC; el Ministro dice que dicha interpretación no es posible, pues sólo es procedente para la reparación de las víctimas, ¿En su interpretación de este decreto ley, dentro de la reincorporación económica y social de las FARC es posible entonces, financiar, por ejemplo, el partido político o formas de reincorporación social en participación política de las FARC?”*

Frente a este interrogante, el Vocero Jairo Estrada Álvarez señaló que el decreto ley es impreciso en cierta forma al referirse genérica al punto 3.2.2 y eso ha dado lugar a malas interpretaciones en cuanto al destino de los recursos en lo que corresponde a la reincorporación económica y social de las FARC. El Decreto en absoluto tiene en mente el financiamiento del centro de pensamiento, el grupo político de las FARC, la financiación del centro de pensamiento, la financiación de prestaciones económicas tales como la renta básica, la asignación única de normalización, la asignación de recursos para adelantar proyectos productivos, entre otras cosas, porque en todos estos casos ya hay recursos para tales efectos, lo cual puede corroborarse en el Proyecto de Presupuesto General de la Nación para el año 2018 y, además, se está proyectando en el Plan Marco de Implementación. En ese sentido, destacó que la interpretación correcta hace entonces referencia a planes y programas de carácter social que se derivan de la elaboración de un censo sobre el cual no hay un ejercicio de “presupuestación” y que acaba de terminarse por parte de la Universidad Nacional.

Finalmente, el Procurador General de la Nación conceptuó que se encuentra cumplida la conexidad teleológica, ya que el punto 5 del Acuerdo Final relativo a las víctimas del conflicto, en particular en el numeral 5.1.3, se refirió a las medidas para la reparación integral para la construcción de paz, en cuyo desarrollo el numeral 5.1.3.7 se previó lo relativo al inventario de bienes y activos de las FARC para la contribución a la reparación material de las víctimas y estos elementos se reproducen casi textualmente en los artículos 1, 2, 4 y 5 del decreto examinado. En cuanto al artículo 3, relativo a la creación

del fondo de víctimas, el Procurador consideró que, si bien esto no fue mencionado expresamente en el Acuerdo Final, esta medida sí guarda conexidad teleológica en cuanto se trata de un instrumento para cumplir el destino acordado para los bienes de las FARC. Finalmente, en su concepto, es necesario interpretar que cuando el decreto refiere el punto 3.2.2 como destino de los bienes entregados, debe concluirse que se refiere a la reparación de los menores de edad reclutados por las FARC, considerando también su calidad de víctimas del conflicto armado.

Consideraciones de la Corte:

24. El examen de conexidad del decreto ley, respecto del Acuerdo Final, se funda directamente en la norma habilitante de la competencia legislativa del Presidente de la República. En efecto, tanto el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2016, relativo al procedimiento legislativo especial para la paz, como el artículo segundo, relativo a las facultades legislativas para la paz, previeron que tanto las leyes resultantes del procedimiento especial, como los decretos leyes del Presidente, debían propender por la implementación del Acuerdo Final⁶². Lo anterior significa que el examen de la conexidad es común tanto al control de constitucionalidad de los actos legislativos y leyes expedidas por el Congreso de la República mediante el procedimiento legislativo especial, como al de los decretos leyes del Presidente de la República, en ejercicio de las facultades legislativas para la paz. En este mismo sentido, la sentencia C-630 de 2017, que examinó la constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2017, precisó que la función atribuida por este acto legislativo al Acuerdo Final, como referente de validez de las normas y leyes de implementación y desarrollo, *“hace referencia a la conexidad que deben guardar las normas y leyes de implementación con el Acuerdo Final, así como a su concordancia con las finalidades del mismo”*.

25. Este examen busca proteger el carácter ordinario del procedimiento legislativo general llevado a cabo por el Congreso de la República, al controlar el rigor en el recurso a los instrumentos excepcionales que, bajo el contexto de la justicia transicional, introdujo de manera temporal el Acto Legislativo 01 de 2016 en sus artículos 1 y 2. En otras palabras, el control de la conexidad entre el Acuerdo Final y la ley expedida mediante el procedimiento legislativo especial o el decreto ley expedido por el Presidente de la República busca evitar que dichos procedimientos y facultades legislativas excepcionales, sean utilizadas para fines diferentes a facilitar y asegurar la implementación y desarrollo del Acuerdo Final y, de esta manera, se desconozca la competencia ordinaria del Congreso de la República para

⁶² “Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto (...)”: artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016. “(...) expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”: artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016.

expedir las leyes (artículo 150 de la Constitución), de acuerdo con los trámites ordinarios.

26. Lo anterior, es precisamente lo que justifica que el juez constitucional exija que la conexidad con el Acuerdo sea **objetiva, estricta y suficiente**.

27. La **conexidad objetiva**, se refiere a aquella que es cierta y verificable, más allá de las interpretaciones subjetivas que el decreto examinado o el Acuerdo permitan⁶³, de modo que debe existir un “*vínculo real, susceptible de ser cotejado, con el Acuerdo Final*”⁶⁴.

28. La **conexidad estricta**, directa o no incidental o accesoria con un aspecto previsto en el Acuerdo Final, excluye vínculos accidentales o consecutivos, ya que la implementación y desarrollo del Acuerdo Final debe ser la causa del ejercicio de dichas potestades excepcionales, y no simplemente la excusa. Sobre este punto, ha de tenerse en cuenta que, como ha sido desarrollado por esta Corte, la conexidad estricta con el Acuerdo Final debe ser tanto externa, respecto del Acuerdo Final, como interna, entre los motivos expuestos y el articulado del decreto ley, ya que si ésta no existe, es posible que los motivos expuestos tengan conexidad con el Acuerdo Final, mas no así el articulado del decreto o viceversa⁶⁵, de modo que la conexidad interna exige que exista “*coherencia entre su parte considerativa y la medida adoptada*”⁶⁶.

29. Finalmente, la **conexidad suficiente** exige demostrar el grado de estrecha proximidad entre las materias objeto de regulación por parte del decreto respectivo y el contenido preciso del Acuerdo que se pretende implementar. Esto quiere decir que “*deben concurrir en la motivación del decreto, los argumentos que expliquen por qué las normas que contiene son desarrollo propio del Acuerdo, los cuales, además, deben mostrar de forma convincente la existencia de un vínculo inescindible e indiscutible entre ellos*”⁶⁷, de modo que se baste por sí sola para justificar el ejercicio de las facultades legislativas para la paz, “*sin razones adicionales*”⁶⁸.

30. La verificación de la conexidad entre el decreto ley producto de las facultades legislativas para la paz y el Acuerdo Final, no significa que este último constituya un parámetro del control de constitucionalidad⁶⁹, sino que simplemente busca determinar que, en efecto, las facultades ejercidas tengan

⁶³ “(...) vínculo cierto y verificable entre un contenido del Acuerdo Final y la materia del decreto respectivo”: Corte Constitucional, sentencia C-160/17.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-570/17.

⁶⁵ “(...) las motivaciones busca garantizar el principio de interdicción de la arbitrariedad, que está implícito en todo Estado de derecho (CP art 1). Por lo tanto, en los decretos leyes especiales debe haber conexidad probada entre la exposición de motivos y sus propias disposiciones”: Corte Constitucional, sentencia C-174/17.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-331/17. En el mismo sentido C-438/17, C-493/17, C-535/17, C-541/17, C-664/17.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-569/17

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-331/17.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-630/17.

por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo, tal como lo dispone el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016.

31. Con base en las anteriores consideraciones, se procederá a examinar la conexidad del Decreto Ley 903 de 2017, teniendo en cuenta que el Acuerdo se encuentra construido a partir de seis pilares: (i) el desarrollo agrario integral; (ii) la participación en política, en particular de los integrantes de los grupos armados en armas; (iii) el fin del conflicto armado; (iv) el problema de las drogas ilícitas; (v) los derechos de las víctimas; y (vi) la implementación, verificación y refrendación de los acuerdos. Sobre este punto debe resaltarse que, a pesar de que en los considerandos generales del Decreto Ley 903 de 2017 se determina que el presente decreto tiene por objeto “*facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo de los puntos 2.1.2 y 3.4 del Acuerdo Final*”⁷⁰, en el acápite destinado a demostrar que el decreto cumple con el requisito de conexidad, reseña los numerales 5.1.3.7⁷¹ y 3.1.1.3⁷² del Acuerdo Final, como fundamentos del carácter instrumental del decreto ley bajo revisión. Lo anterior significa que el examen de la conexidad del Decreto Ley 903 de 2017 deberá realizarse respecto de estos dos puntos del Acuerdo Final.

⁷⁰ El punto 2.1.2 del Acuerdo se refiere a las “*Garantías de seguridad para el ejercicio de la política*”, mientras que el punto 3.4 regula el “*Acuerdo sobre garantías de seguridad y lucha contra las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo*”.

⁷¹ El punto 5.1.3.7, relativo a la “*Adecuación y fortalecimiento participativo de la Política de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas*”, precisa que: “*(...) en el marco del fin del conflicto y dentro de los parámetros del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, las FARC-EP como organización insurgente que actuó en el marco de la rebelión, se comprometen a contribuir a la reparación material de las víctimas y en general a su reparación integral, sobre la base de los hechos que identifique la Jurisdicción Especial para la Paz.*”

Durante el tiempo que las FARC-EP permanezcan en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización en el proceso de Dejación de Armas, representantes autorizados de esta organización acordarán con representantes del Gobierno Nacional los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos incluidos en lo que se ha venido denominando recursos para la guerra e informar sobre los mismos, todo ello conforme a lo establecido en el subpunto 3.1.1.3 “Suministro de Información” del Acuerdo de Cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y Dejación de Armas. Conforme a lo establecido en este Acuerdo, las FARC-EP procederán a la reparación material de las víctimas, con los bienes y activos antes mencionados, en el marco de las medidas de reparación integral, observando los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a los recursos de guerra.

Los bienes y activos que no hayan sido inventariados una vez concluido el proceso de dejación de armas, recibirán el tratamiento que establece la legislación ordinaria. Los términos y procedimientos para esa reparación material serán precisados en el marco de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final. En todo caso, la aprobación y puesta en marcha de las anteriores medidas no podrá suponer limitación, anulación o restricción de los derechos actualmente adquiridos de las víctimas”.

⁷² El punto 3.1.1.3, relativo al “*suministro de información*”, prevé que: “*El Gobierno Nacional y las FARC-EP entregan datos de manera gradual, en el nivel de detalle, según corresponda, en los momentos acordados para facilitar la planeación y ejecución de: 1. La labor del Mecanismo de Monitoreo y Verificación (MM&V), 2. El presupuesto y la logística, 3. Seguridad y los dispositivos en el terreno, 4. El cumplimiento de las tareas inherentes al proceso de CFHBD; así como 5. La Dejación de las armas y 6. La Reincorporación de las FARC-EP a la vida civil*”.

32. El **artículo 1** del decreto ley bajo examen dispone que deberá elaborarse un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC antes de la terminación de la existencia jurídica de las ZVTN y PTN. Dicha norma cumple con el requisito de *conexidad objetiva*, al coincidir con el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final que prevé el compromiso de las FARC de inventariar los bienes y activos de lo que se ha denominado recursos para la guerra, durante la vigencia de dichas zonas y puntos. La *conexidad* es claramente *estricta*, porque dicho artículo responde, de manera precisa, al contenido del artículo 5.1.3.7 del Acuerdo, sin incluir previsiones diferentes, cumpliendo así con el mencionado requisito tanto desde una perspectiva interna como externa. Por último, la *conexidad* es *suficiente* porque una lectura del punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final basta para comprender el carácter instrumental de la norma examinada. En consecuencia, se concluye que se cumplen con las exigencias de conexidad objetiva, estricta y suficiente entre el artículo 1 del decreto ley examinado y el Acuerdo Final.

33. El **artículo 2** del Decreto Ley 903 de 2017 prevé que el inventario de bienes y activos a que se refiere el artículo primero debe ser entregado a la Misión de las Naciones Unidas y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación, quienes lo harán llegar al Gobierno Nacional para que éste lo incorpore al patrimonio autónomo previsto en el artículo 3 del mismo decreto. También dispone que, de acuerdo con el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, respecto de la tenencia, uso y usufructo colectivo o individual de los bienes inventariados, que se consideran que han sido bienes colectivos, no cabe acción penal alguna ante la Jurisdicción Ordinaria, por las conductas ejecutadas antes de la entrega del inventario.

34. Las previsiones del artículo 2 del decreto ley bajo estudio no se encuentran expresamente en el Acuerdo Final, lo que no implica *per se* su falta de conexidad. Debe tenerse en cuenta que se trata de medidas instrumentales, que permiten la implementación del Acuerdo Final en una *relación forzosa* de conexidad, es decir, se trata de dispositivos operativos sin los cuales no sería posible cumplir el Acuerdo. El hecho de que el Acuerdo Final no hubiera previsto a quién debe entregarse dichos inventarios, no significa que la norma que lo disponga sea inconexa, ya que de nada serviría, para los fines que prevé el mismo punto 5.1.3.7 de reparación de las víctimas con dichos bienes, si no se conciben los mecanismos para recibir los inventarios. El mismo punto 5.1.3.7 del Acuerdo no sólo prevé lo relativo a la elaboración de un inventario, sino al compromiso de *informar* respecto de los bienes y activos en cuestión. También, el punto 3.1.1.2 incluye deberes de entrega de información que resultan pertinentes en el presente asunto, teniendo en cuenta que con la entrega de los inventarios se entiende terminado el proceso de Cese al Fuego y de Hostilidades, Bilateral y Definitivo y la Dejación de las Armas, durante la vigencia de las ZVTN y los PTN. Por su parte, la precisión relativa a la falta de competencia de la Jurisdicción Ordinaria para conocer de las acciones penales por los hechos cometidos respecto de los bienes inventariados y por hechos anteriores a la entrega del

inventario, no es más que una reiteración de lo previsto en el inciso 4 del artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, cuya constitucionalidad ya fue examinada por la Corte Constitucional⁷³ y su inclusión en el presente decreto es razonable y conexas teniendo en cuenta que se refiere a las consecuencias de la inclusión o no de determinados bienes en el referido inventario, de acuerdo con lo previsto en el punto 5.1.3.7 según el cual “*Los bienes y activos que no hayan sido inventariados una vez concluido el proceso de dejación de armas, recibirán el tratamiento que establece la legislación ordinaria*”. Lo mismo ocurre con la determinación como colectivos de dichos bienes, aunque la constitucionalidad de las consecuencias de dicha norma se examinará con posterioridad.

35. En estos términos, el artículo 2 del Acto Legislativo tiene *conexidad objetiva* con el Acuerdo Final, al existir un vínculo verificable con los puntos 5.1.3.7 y 3.1.1.2 del Acuerdo Final. Por su parte, la *conexidad es estricta* en cuanto si bien no se trata de una mera transposición de lo previsto en el Acuerdo, las previsiones del artículo son necesarias, como instrumentos imprescindibles, para cumplir lo acordado; en otras palabras, existe conexidad entre los considerandos, la medida adoptada y el Acuerdo Final, en tanto que se evidenció el carácter instrumental de las medidas, para facilitar la implementación. Por último, la conexidad es *suficiente* para justificar el uso de las facultades extraordinarias, en consideración de la relación de medio a fin que existe entre la norma y el Acuerdo.

36. El **artículo 3** del decreto ley examinado crea un fondo de víctimas, como patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el que recibirá todos los bienes inventariados; prevé que el contrato fiduciario precisará las condiciones de administración del patrimonio autónomo y determina la competencia para su administración. Al igual que el punto anterior, la conexidad de esta norma instrumental no prevista expresamente en el Acuerdo se determina por ser un medio que facilita, al tiempo que asegura o garantiza, el cumplimiento del punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final, ya que dispone medidas administrativas que, en una relación de eficiencia con los compromisos allí previstos, posibilitan que los bienes y activos a disposición de las FARC inventariados, sean recibidos por el Gobierno Nacional y, a través de un patrimonio autónomo, sean destinados al cumplimiento de los fines previstos en dicho punto del Acuerdo. El mecanismo ideado es idóneo para el cumplimiento de los fines del punto 5.1.3.7, esto es la reparación de las víctimas, teniendo en cuenta las características propias de los patrimonios autónomos y, en particular, su destinación específica. Resalta la Corte Constitucional que, al tratarse de normas instrumentales no predeterminadas por el Acuerdo Final (pues el mismo no previó mecanismo alguno para la recepción de los bienes ni para su administración), el margen de apreciación legislativa es amplio en pro del

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-674/17.

cumplimiento de los fines del Acuerdo y la escogencia de un instrumento, en el presente asunto, era una cuestión necesaria.

37. Ahora bien, el IFIT señala la posible falta de conexidad de la medida de creación de un fondo de víctimas-patrimonio autónomo, al constituir, en su sentir, un incumplimiento del compromiso previsto en el mismo punto 5.1.3.7 de fortalecer el Fondo de Víctimas administrado actualmente por la UARIV. Así, el interviniente considera que crear un fondo especial constituye, de contera, el desconocimiento del deber de fortalecer el Fondo de la UARIV. Para esta Corte, se está acá ante dos compromisos diferentes, de cumplimiento independiente, y con sujetos obligados distintos, a pesar de estar previstos ambos en el extenso punto 5.1.3.7.

38. En efecto, en su primera parte, este punto del Acuerdo Final prevé lo relativo al compromiso del Gobierno Nacional de robustecer los recursos del Fondo de Víctimas administrado por la U.A.R.I.V⁷⁴, cuyo cumplimiento puede lograrse por diferentes medios. En su segunda parte, el punto 5.1.3.7 incluye el compromiso de las FARC de inventariar los bienes a su disposición, para la reparación de las víctimas. Así, las cosas, el artículo 3 del decreto ley bajo revisión presenta una *conexidad objetiva* con el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final; *estricta*, tanto a nivel interno⁷⁵, como externo, en razón de su carácter instrumental evidenciado respecto del Acuerdo Final, la que resulta *suficiente* para justificar constitucionalmente el ejercicio de las facultades legislativas.

39. El **artículo 4** del decreto ley bajo revisión dispone que los bienes incluidos en el Fondo de Víctimas creado en el artículo 3, como patrimonio autónomo, se destinarán a la reparación material de las víctimas y a la implementación de los programas previstos en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final. Como quedó señalado líneas atrás, destinar los bienes a disposición de las FARC para la reparación de las víctimas es claramente conexo con el punto 5.1.3.7. Por su parte, la destinación adicional prevista para tales bienes en el artículo 4 también es una medida conexas, fundamentalmente respecto de otro aparte del Acuerdo Final, esto es, el punto 3.2.2 del mismo, al que remite la norma. En este sentido, la destinación parcial de los bienes y activos a disposición de las FARC para su propia reincorporación económica y social sería así una manera de asegurar el cumplimiento de los mecanismos previstos en dicho punto 3.2.2 lo que, a su vez se derivaría de lo previsto en el mismo punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final según el cual “*Conforme a lo establecido en este Acuerdo, las FARC-EP procederán a la reparación material de las víctimas, con los bienes y activos antes mencionados, en el marco de las*

⁷⁴ “El Gobierno Nacional y las FARC-EP acuerdan que en el marco del fin de conflicto es necesario fortalecer la Política de atención y reparación integral a víctimas, adecuarla a las necesidades y oportunidades de este nuevo contexto, y asegurar que contribuya de manera efectiva a la convivencia, la no repetición y la reconciliación”.

⁷⁵ Por esta razón, los mismos considerandos del decreto ley bajo revisión precisaron “*Que sin este decreto ley, que el Acuerdo Final no contaría con un vehículo jurídico que permita la recepción de los bienes y activos en un Fondo para la reparación de las víctimas y así contribuir a su reparación*”.

medidas de reparación integral, observando los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a los recursos de guerra” (negrillas no originales). A este respecto, el Movimiento Voces de Paz refiere que la Corte Constitucional ha entendido que los recursos de la guerra deben ser destinados a la reparación de las víctimas, pero también para la reincorporación de los desmovilizados, en lo que concuerdan el interviniente de la Universidad Externado de Colombia y el doctor Eduardo Montealegre Lynett. Durante la audiencia pública, el representante de Voces de Paz expresó que la remisión al punto 3.2.2 debía entenderse hecha al punto 3.2.2.7, en lo relativo a los planes y programas sociales resultantes del censo socio-económico⁷⁶, pero este es un asunto que se determinará en el análisis de la constitucionalidad material de esta norma.

40. Así las cosas, la remisión que realiza el artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017 a la financiación de los programas y proyectos del punto 3.2.2 del Acuerdo Final como destino de los recursos inventariados tiene *conexidad* con el Acuerdo Final: *objetiva*, respecto del mismo punto 3.2.2 del Acuerdo; *estricta*, ya que la remisión a un contenido determinado del Acuerdo Final no desborda la implementación del mismo y *suficiente*, porque no se requiere un mayor análisis para establecer la relación causal entre el Acuerdo y este contenido de implementación.

41. El **artículo 5** del decreto ley bajo control de constitucionalidad dispone que la puesta en marcha de las medidas contempladas en esta norma no podrá suponer limitación, anulación o restricción de los derechos actualmente adquiridos de las víctimas. La conexidad de esta norma con el Acuerdo Final no presenta objeción alguna, teniendo en cuenta que se trata de una transcripción textual de lo previsto en el mismo punto 5.1.3.7 del Acuerdo, por lo que la conexidad es *objetiva, estricta y suficiente*.

42. El **artículo 6** del decreto ley dispone lo relativo a su entrada en vigencia. Teniendo en cuenta que el Acuerdo Final no prevé nada especial relacionado con la vigencia de estas normas, se constata que esta norma cumple también con el requisito de *conexidad*.

c) LA NECESIDAD DE LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO LEY 903 DE 2017

Intervenciones

Durante la instrucción, el Magistrado Ponente formuló las preguntas que se relacionan a continuación:

⁷⁶ Expresó el representante de Voces de Paz que parte de los bienes a disposición de las FARC se destinarán “para la financiación de los “planes o programas sociales” resultantes del censo socio-económico de la Universidad Nacional, es decir, lo previsto en el punto 3.2.2.7, en beneficio de los integrantes de las FARC y sus familias, de acuerdo con la sentencia C-370 de 2006 según la cual el deber de reparar encuentra como límite la “preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa””.

- a. ¿Teniendo en cuenta que la elaboración de los inventarios de bienes de las FARC tienen como plazo, la terminación de la vigencia de las zonas veredales transitorias de normalización ZVTN, cuándo se cumplirá el término para la finalización de dichas zonas (día D+180)?
- b. De acuerdo con información de prensa de conocimiento público, según declaraciones del Alto Comisionado para la Paz⁷⁷, existiría la posibilidad de ampliar la vigencia de las ZVTN. A este respecto, ¿Se ampliará dicha vigencia y, en este caso, también se extenderá el plazo para la elaboración de los inventarios?
- c. En este caso, ¿Existiría aún urgencia en el uso de las facultades presidenciales para la paz que justificaría la exclusión de la presentación de un proyecto de ley ante el Congreso de la República, para ser tramitado mediante el procedimiento legislativo especial de vía rápida?
- d. ¿La urgencia en la expedición del decreto se refiere a la elaboración de los inventarios (artículo 2 del Decreto Ley) o en la implementación del fondo de víctimas y la asunción de la administración de los bienes en cuestión (artículo 3 del Decreto Ley)?

Respuesta de la Presidencia de la República⁷⁸: el artículo 9 de los Decretos 2000 a 2026 y 150 de 2017 disponen que la duración de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, en adelante Z.V.T.N. y Puntos Transitorios de Normalización, en adelante P.T.N. y el CFHBD-DA será de 180 días, contados a partir del día D, con la posibilidad de prórroga. Esto ocurrió con el Decreto 901 de 2017 que prorrogó esta vigencia por dos meses más a partir de la entrada en vigencia de las zonas, es decir, el 29 de mayo, razón por la cual la fecha límite para la elaboración de los inventarios es el 29 de julio de 2017, sin perjuicio de que existe una prórroga adicional. Así, explica el Gobierno que dentro de la vigencia de las ZVTN y los PTN, el Decreto Ley 903 de 2017 permite continuar el proceso de tránsito a la legalidad de los desmovilizados, al lado de la acreditación de todos los integrantes de las FARC y la finalización del proceso de dejación de armas.

Considera que la urgencia en la expedición del decreto para el inventario de los bienes de las FARC, así como la creación de un fondo para la reparación de las víctimas se explica por la inminencia de la terminación de vigencia de las ZVTN y los PTN, lo que impedía acudir al procedimiento ordinario en el Congreso de la República, el que resulta dispendioso e incompatible con esta urgencia. También esta urgencia impedía acudir al procedimiento legislativo especial, teniendo en cuenta que el Congreso entra en receso hasta el 20 de julio y la fecha de finalización de las ZVTN y los PTN, de acuerdo con el Decreto 901 de 2017, es el 29 de julio, lo que imposibilita acudir al Congreso de la República para la expedición de estas normas.

⁷⁷ <http://colombia2020.elespectador.com/pais/zonas-veredales-irian-mas-alla-de-la-dejacion-de-armas>

⁷⁸ Intervención presentada por Claudia Isabel González Sánchez, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

Adicionalmente, sostiene que hay que tener en cuenta que la entrega de los inventarios está ligada a la terminación de las ZVTN y los PTN, ya que el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final une el proceso de dejación de armas en dichos lugares, con la elaboración de los inventarios de bienes para la reparación de las víctimas. Así, la dejación de las armas y la entrega de los inventarios implican la terminación del conflicto y ambas deben satisfacerse antes de la finalización de dichas zonas y dichos puntos, como lo resalta el mismo artículo 2 del decreto ley examinado.

Considera que la urgencia en la expedición del decreto no puede entenderse de manera separada entre la entrega de los inventarios y la implementación del fondo de reparación de víctimas, así como la asunción de la administración de los bienes, ya que se trata de actos ligados con estricta relación. Señala que los inventarios no tienen por sí vocación para reparar, ya que para esto se requiere que los bienes sean canalizados a través del fondo creado por este decreto. Así, los contenidos del decreto son inescindibles en pro de la reparación de las víctimas.

Precisa que le corresponde al Gobierno hacer lo necesario para que esos bienes sean incorporados al patrimonio autónomo a través de los mecanismos legales que se dispongan, de acuerdo con el protocolo de que trata el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final que se encuentra en elaboración y determinará las condiciones básicas de la entrega.

Durante el término previsto para las intervenciones, el Gobierno Nacional agregó que ya que las Naciones Unidas certificaron la finalización del proceso de entrega de armas y la terminación de las ZVTN y de los PTN tendrá lugar a finales de julio, es trascendental avanzar en la entrega de inventarios, lo que cerraría el fin del conflicto, todas condiciones que deben cumplirse antes de la finalización de las zonas y los puntos. Además, la realización del inventario es necesaria para evitar la desfinanciación del componente de reparación a la espera del proceso legislativo para tomar medidas que lo suplan. También reseña que la experiencia ocurrida en el proceso de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia mostró que era necesario realizar un inventario para reducir las posibilidades de ocultar patrimonios ilícitos de los miembros del grupo y de sus redes de apoyo. Señala que esta falencia de ese proceso permitió que con posterioridad dichos grupos se fortalecieran y amenazaran la consolidación de la paz en los territorios.

Indica que la realización del inventario no sólo permitirá la reparación de las víctimas, sino que contribuirá a que la sociedad dimensione la riqueza acumulada por las FARC en pro de la memoria de la Nación y permitirá al Estado actuar en aquellas zonas donde las organizaciones delictivas pretendan dar opacidad a su patrimonio.

La UARIV⁷⁹ concuerda en que para este asunto el trámite legislativo ordinario no era adecuado, ya que la entrega del inventario debía realizarse en vigencia de las ZVTN y los PTN.

La SAE⁸⁰ precisa que la fecha límite para la entrega de los inventarios es el 29 de julio de 2017, fecha en la que, de acuerdo con el Decreto 901 de 2017, termina la duración de las ZVTN y los PTN. Apunta que esta fecha podría ampliarse. Así, considera que de no ampliarse la duración de las zonas y los puntos, existiría urgencia manifiesta para poner en práctica lo dispuesto por este decreto. La urgencia no podría separarse respecto de la elaboración de los inventarios y la asunción de la administración de los bienes, ya que considera que nada se conseguiría con la simple entrega de los inventarios, teniendo en cuenta que el fin último de la medida es permitir la reparación de las víctimas.

La Universidad Libre⁸¹ señala también que se cumple el requisito de “*suficiencia*”, relativo a la urgencia de las normas, ya que los mecanismos ordinarios y extraordinarios de legislación no eran idóneos, teniendo en cuenta que el inventario debía entregarse mientras los miembros del grupo permanecían en las ZVTN y los PTN.

El Ministro de Justicia y del Derecho⁸², durante la Audiencia Pública, precisó que este decreto es necesario porque garantiza la obligación de reparar a las víctimas, al establecer la creación de un mecanismo temprano de recolección de bienes, lo cual acelera el proceso de entrega y disminuye las posibilidades de ocultamiento de los mismos. Explica que ello deriva de una de las lecciones aprendidas en el proceso de paz con los paramilitares o con las Autodefensas Unidas de Colombia –Ley 975 de 2005- ya que en su momento no existió un mecanismo claro y efectivo para la descapitalización de la organización con los fines de reparación y garantía de no repetición. Por ello, la realización de la entrega de los bienes por parte de los integrantes de la AUC no se hizo de manera temprana y de forma paralela al proceso de desmovilización, lo que facilitó el ocultamiento de muchos de sus bienes de procedencia ilícita. Explica que con sustento en dicha experiencia, el Decreto Ley 903 de 2017 obliga a la realización de un inventario definitivo, de forma paralela con el proceso de desarme, desmovilización y reincorporación, con el propósito de evitar subterfugios o dilaciones en el proceso de entrega bienes y el ocultamiento de los mismos, para no repetir la lección que ya se aprendió del anterior proceso.

Finalmente, en su concepto, el Procurador General de la Nación explica que la necesidad implica ponderar cuatro elementos: (i) la urgencia, (ii) el nivel de deliberación política que requiere la medida, (iii) la importancia de los

⁷⁹ Intervención presentada por Vladimir Martín Ramos, representante judicial de la UARIV.

⁸⁰ Intervención presentada por María Virginia Torres de Crisanchó, Presidenta de la SAE.

⁸¹ Intervención presentada por Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Jorge Ricardo Palomares y Juanita Cardona Pachón, miembros del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre.

⁸² Enrique Gil Botero.

intereses constitucionales que busca salvaguardar la medida y (v) la buena fe en la implementación de los acuerdos. Así, la urgencia se analizará con mayor o menor rigor, de acuerdo con los otros criterios, ya que una medida que requiera alta deliberación política, exige para ser normada mediante un decreto ley, una urgencia tal que su falta de implementación inmediata pueda amenazar el proceso de paz. También la necesidad no sólo se refiere al factor temporal, sino también a la ponderación entre los beneficios y sacrificios que comporte la medida. En el presente caso, considera que la necesidad se explica porque el inventario definitivo debe entregarse dentro del término que debe coincidir con la terminación de la existencia jurídica de las ZVTN y los PTN, ya que los bienes no inventariados después de este momento, recibirán el tratamiento previsto en la legislación ordinaria. En este sentido, la necesidad se funda en el cumplimiento de lo pactado y las consecuencias jurídicas de inventariar y de excluir bienes del inventario. Precisa que con la entrega del inventario, se entiende plenamente concluida la dejación de las armas y la terminación del conflicto interno, teniendo en cuenta que a tales bienes se les da el tratamiento de propiedad colectiva perteneciente a este grupo. Por esta razón es tan importante este elemento, para la consolidación de la paz, a la luz del artículo 22 de la Constitución. Considera que el contenido del decreto ley examinado no requiere mayor deliberación democrática en el Congreso de la República, al tratarse de un asunto muy puntual, pactado en el Acuerdo Final, refrendado en el proceso complejo en el que participó el Congreso. Además, este decreto no implica restricción, sino ampliación de los derechos de las víctimas, como elemento indispensable para la reconciliación nacional. Adicionalmente, considera que se trata de un mensaje de confianza de cumplimiento oportuno de lo acordado, ya que se mandaría un mensaje contrario, si no se prevén prontamente mecanismos para recibir los inventarios y para administrar dichos bienes, ya que la función pública se rige por el principio de legalidad, lo que cobra importancia ya que se tratará de recursos públicos con destinación específica. También se busca disminuir el riesgo de pérdida de tales bienes, por la demora en el recibimiento de los mismos por parte del Gobierno. Finalmente, agrega que la necesidad se explica porque el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 previó que la Jurisdicción Ordinaria conocerá de los delitos de lavado de activos respecto de los bienes no inventariados, por lo que era necesario disponer estas normas para completar la disuasión de cometer este tipo de actuaciones delictivas.

Consideraciones de la Corte:

43. A primera vista podría pensarse que ya que la facultad legislativa del Presidente de la República fue atribuida directamente por la Constitución, el margen de apreciación del Presidente en cuanto a la necesidad del ejercicio de dichas facultades es tan amplio, que la Corte Constitucional no podría controlar la necesidad de la expedición de dicha norma. No obstante, a partir de la sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional ha realizado un control de la necesidad en el recurso a las facultades legislativas del Presidente para la paz, a la luz de una interpretación sistemática de la Constitución Política y en

pro de la protección del principio democrático que exige que las facultades legislativas del Congreso de la República sean verdaderamente ordinarias, frente a las excepcionales del Presidente.

44. En efecto, a pesar de que el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016 haya excluido de las facultades legislativas para la paz la adopción de actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación y el decreto de impuestos, no estableció expresamente un criterio claro para delimitar el campo de aplicación de las facultades presidenciales legislativas para la paz, respecto de los asuntos que deben ser tramitados mediante el procedimiento legislativo especial conocido como de vía rápida. Frente a esta indeterminación, se corre el riesgo de que las facultades presidenciales se conviertan en ordinarias, al cautivar lo esencial de la competencia legislativa ordinaria del Congreso de la República. Esta situación contrariaría el carácter excepcional de las facultades legislativas presidenciales, en el contexto de la Constitución Política de 1991 que, en desarrollo del principio democrático, buscó devolver al Congreso de la República el ejercicio ordinario de la función legislativa⁸³. Así, como lo estableció la sentencia C-160 de 2017, se pretende caucionar el principio de la separación entre las ramas del poder público, en especial, entre la legislativa y la ejecutiva.

45. Para responder a la excepcionalidad constitucional de las facultades legislativas del Presidente de la República, la sentencia C-699 de 2016 estableció que el ejercicio de las facultades legislativas para la paz, conferidas por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, debía responder a razones de **estricta necesidad**, las que relacionó con el carácter extraordinario de las circunstancias que justifican la expedición del decreto:

*“(...) la rama legislativa tiene competencia principal para legislar. Por lo tanto, se justifica ejercer las facultades previstas en el artículo 2 demandado solo en **circunstancias extraordinarias**, cuando resulte estrictamente necesario apelar a ellas en lugar de someter el asunto al procedimiento legislativo correspondiente”*(negritas no originales)⁸⁴.

⁸³ Los distintos límites a las diversas facultades legislativas atribuidas al Presidente de la República en la Constitución de 1991 buscan superar la situación presente en vigencia de la Constitución de 1886 en la que, en razón del carácter escueto de los límites a estas facultades, pudo afirmarse que el legislador ordinario era el Presidente de la República. Así, consideró esta Corte que: “*El expediente de la “legislación delegada” había venido perdiendo su carácter exceptivo, extraordinario según las voces de la Constitución (anterior y actual), para convertirse en un mecanismo corriente u ordinario para legislar sobre las materias que debían ser objeto de regulación por parte del Congreso de la República. Autorizados doctrinantes habían expresado su preocupación por el desequilibrio que entre los poderes públicos podía generar el numeral 12 del artículo 76 de la Carta anterior, por su carácter autoritario, opuesto, al principio liberal promotor de la deliberación en cuerpos colegiados para la toma de las decisiones legislativas. La praxis vino a demostrar la validez de esas preocupaciones, como quiera que buena parte de las más importantes materias legislativas se producían mediante el uso de facultades extraordinarias (...) Por eso quizá las fórmulas restrictivas adoptadas por la Carta de 1991, en su artículo 150-10, sea una respuesta legítima y adecuada al desbordamiento de las facultades extraordinarias que se produjo en forma tan notable y fecunda bajo el régimen de la anterior normatividad constitucional*”: Corte Constitucional, sentencia C-417/92.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-699/16.

La sentencia C-160 de 2017 explicó que la estricta necesidad se refería a las circunstancias de “*inminencia y urgencia*” que expliquen que, a pesar de la simplificación del procedimiento legislativo operada por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016, no es posible recurrir al Congreso para expedir la norma y se requiere el ejercicio de las facultades legislativas presidenciales.

Por su parte la sentencia C-174 de 2017 explicó el fundamento de la exigencia de estricta necesidad para el ejercicio de las facultades presidenciales para expedir decretos leyes relativos a la implementación del Acuerdo Final:

*“Esta exigencia de estricta necesidad se justifica porque toda habilitación extraordinaria para legislar supone un sacrificio para el principio democrático. Mientras el Congreso de la República representa al pueblo, tiene una configuración pluralista y garantías de multiculturalidad, y sus procedimientos son deliberativos y mayoritarios, el Presidente de la República no encarna simultáneamente todos estos valores. Por lo mismo, ese sacrificio debe estar debidamente justificado”*⁸⁵.

También la sentencia C-253 de 2017 explicó el contenido de este elemento del control de la constitucionalidad de este tipo de decretos leyes y lo relacionó con circunstancias de urgencia:

*“el requisito de necesidad estricta exige que la regulación adoptada a través de la habilitación legislativa extraordinaria tenga **carácter urgente e imperioso**, de manera que no sea objetivamente posible tramitar el asunto a través de los canales deliberativos que tiene el Congreso”* (negrillas no originales)⁸⁶.

46. A pesar de que el control de la estricta necesidad para el ejercicio de las facultades atribuidas al Presidente para expedir decretos ley, en el contexto del Acto Legislativo 01 de 2016, sea una creación jurisprudencial, se trata de un elemento que desarrolla directamente la intención del Congreso de la República al adoptar la enmienda constitucional en mención, donde ya se relaciona la necesidad con la urgencia en la adopción de dichas medidas:

*“(…) A partir de la refrendación, las normas para la implementación de los acuerdos tomarán dos caminos, **las leyes ordinarias necesarias exclusivamente para la estabilización de corto plazo de los acuerdos irán por facultades presidenciales**, aquellas derivadas de reformas de largo plazo irán al Procedimiento Legislativo para la Paz”* (negrillas no originales)⁸⁷.

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-174/17.

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-253/17.

⁸⁷ Informe de ponencia favorable para primer debate en segunda vuelta.

Así, la referencia a la adopción de las medidas necesarias para la estabilización de los Acuerdos apunta a circunstancias urgentes que, de no ser afrontadas eficientemente, pondrían en riesgo el Acuerdo mismo o su adecuado cumplimiento.

47. Esto quiere decir que la necesidad se refiere, en esencia, a la justificación del ejercicio de las facultades legislativas para la paz, en lugar del trámite del procedimiento legislativo especial⁸⁸, en razón de la estabilización de corto plazo, esto es, la urgencia de la medida que impide agotar las etapas propias del procedimiento legislativo especial⁸⁹. Por consiguiente, no le corresponde a la Corte Constitucional verificar la conveniencia de la medida adoptada por el Presidente de la República, el cual no es propio de esta Corte, lo que contrariaría el principio de separación entre las ramas del poder público, al convertir a este tribunal en juez no de la constitucionalidad de la medida, sino de su oportunidad o mérito⁹⁰.

48. En el decreto ley bajo revisión de constitucionalidad se constata el cumplimiento de la condición de estricta necesidad para su expedición, en razón de las circunstancias particulares que hacían inexigible acudir al Congreso de la República, sin incumplir el Acuerdo Final. En efecto, el Acuerdo previó en el punto 5.1.3.7 que lo relativo al inventario de bienes a disposición de las FARC debía realizarse “*Durante el tiempo que las FARC-EP permanezcan en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización en el proceso de Dejación de Armas*”. Por esta razón el artículo 1 del decreto ley controlado dispuso, de manera congruente con el Acuerdo, que el inventario debería realizarse y entregarse “*dentro del término o plazo que habrá de coincidir con la fecha de terminación de la existencia jurídica de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, ZVTN, y Puntos Transitorios de Normalización, PTN*”. De esta manera tanto el Acuerdo Final, como el decreto ley, ataron jurídicamente la dejación de las armas y la entrega de los inventarios como condiciones que debían ocurrir dentro de la vigencia de las zonas y puntos transitorios, para la terminación del conflicto armado, como expresamente lo dispuso el artículo segundo del decreto ley bajo control. Busca así la norma que tempranamente se enlisten los bienes que serán entregados para la reparación material de las víctimas y se evite su pérdida o

⁸⁸ La estricta necesidad es una condición “*referida a que el Gobierno demuestre la falta de idoneidad del trámite legislativo ordinario y del procedimiento legislativo especial previsto en el Art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2016 para regular la materia objeto del Decreto Ley. Se exige que se demuestre el carácter urgente e imperioso de regular la materia*”: Corte Constitucional, sentencia C-565/17.

⁸⁹ “*(...) el requisito de necesidad estricta exige que la regulación adoptada a través de la habilitación legislativa extraordinaria tenga carácter urgente e imperioso, de manera tal que no sea objetivamente posible tramitar el asunto a través de los canales deliberativos que tiene el Congreso, bien sea ordinarios y especiales*”: Corte Constitucional, sentencia C-160/17.

⁹⁰ Por esta razón, la sentencia C-160/17 aclaró la naturaleza eminentemente jurídica del control de los decretos expedidos en desarrollo de las facultades legislativas para la paz: “*Se trata de un cotejo entre el decreto emitido y el parámetro normativo de control, por eso es un juicio estrictamente jurídico en el que se esgrimen razones de derecho para afirmar o negar la validez de la normativa sometida a control. La objetividad del control no cambia porque se trate de medidas que tengan que ver con la implementación y el desarrollo normativo de un documento tan complejo como lo es un acuerdo de paz, que sin duda involucra aspectos jurídicos, políticos e incluso éticos*”.

ocultamiento, al tiempo que dicho acto de entrega constituya una garantía de no repetición, al evitar que dichos bienes puedan financiar reincidencias en el conflicto, y evitar así malas experiencias ocurridas en el pasado, como lo puso de presente el Ministro de Justicia.

49. La estricta necesidad en la expedición del decreto se explica entonces en el hecho de que los diferentes decretos que establecieron Zonas Veredales Transitorias de Normalización y Puntos Transitorios de Normalización⁹¹ establecieron que su duración sería de 180 días, contados a partir del “*día D*” establecido para el comienzo de la concentración y tránsito hacia la legalidad, fin del conflicto y el comienzo de la reincorporación (1 de diciembre de 2016), con la posibilidad de que mediante otro decreto, la vigencia fuera prorrogada. Por su parte el artículo 1 del Decreto 901 del 29 de mayo de 2017, ante la inminencia de la expiración de los 180 días, prorrogó esta vigencia por dos meses más, a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto, sin excluir la posibilidad de una nueva prórroga. Esto implicaba que la expiración de la vigencia de las ZVTN y los PTN era el 29 de julio de 2017, término que coincidía con el límite para la elaboración y entrega de los inventarios en cuestión. Por esta razón, el mismo día que se amplió la vigencia de las zonas y puntos, se expidió el Decreto Ley 903 de 2017, bajo control, que previó lo relativo a los inventarios, a tan solo dos meses del cumplimiento de la oportunidad para los mismos.

50. El Gobierno Nacional explicó que la inminencia de dicho término hacía urgente la expedición de la norma e imposibilitaba, al tiempo, acudir al Congreso de la República no sólo en razón de la duración propia que exigía la discusión y votación de un proyecto de ley, incluso en los términos reducidos del procedimiento legislativo especial de vía rápida (artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2016), sino por el receso del Congreso de la República entre el 20 de junio y el 20 de julio, lo que dejaba alrededor de un mes para el trámite completo de la ley. Ahora bien, a un día de la terminación de esta primera prórroga y únicamente para permitir que el Mecanismo de Monitoreo y Verificación realizara las actividades del proceso de extracción de armas depositadas en los contenedores, el 28 de julio se expidió el Decreto 1274 de 2017 que amplió nuevamente la vigencia de las zonas y los puntos “*hasta el 15 de agosto del año en curso, sin perjuicio de que la fecha se anticipe para cada Zona o Punto en el cual haya culminado el proceso*”. Si bien podría pensarse que con esta nueva ampliación ya no existía urgencia para la expedición del Decreto Ley 903 de 2017, lo cierto es que se trata de un hecho posterior, no previsible al momento de la expedición del decreto ley examinado y con un fin preciso que no cobijaba la elaboración de los inventarios, por lo que la ampliación *a posteriori* de la vigencia de las zonas y puntos no tiene la aptitud para enervar la urgencia con la que se expidió el decreto, más aún teniendo en cuenta que el riesgo de ocultamiento o

⁹¹ Artículo 9 común de los decretos 2000 a 2026 de 2016 y 150 de 2017, que establecieron las ZVTN y los PTN, decretos expedidos al amparo del párrafo 3° del artículo 8 de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 1738 de 2014.

distracción de bienes que serían destinados para la reparación de las víctimas, con la consecuencia lamentable de que con dichos bienes se pudiera reincidir en el conflicto armado.

51. En estas condiciones, concluye la Sala Plena de la Corte Constitucional que existía urgencia en la expedición del Decreto Ley 903 de 2017, al contener medidas inaplazables para el cumplimiento del Acuerdo Final que no podían, en este caso concreto, ser adoptadas a tiempo mediante una ley y, por lo tanto, cumple con el requisito de estricta necesidad para su expedición.

d) LOS ASUNTOS EXCLUIDOS DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS PARA LA PAZ

Intervenciones:

La Presidencia de la República⁹² considera que el decreto ley respeta los límites materiales a su competencia, impuestos por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, en lo que coincide el concepto del Procurador General de la Nación.

Consideraciones de la Corte:

52. El artículo 2º del Acto Legislativo 1 de 2016 determina que las facultades legislativas para la paz no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos. Por su parte, la sentencia C-699 de 2016 consideró que “ (vi) Aunque no lo dice expresamente, en la medida en que no son admisibles las reformas tácitas a la Constitución, tampoco pueden usarse las facultades extraordinarias para regular asuntos sujetos a reserva de ley que no estén mencionados en el artículo 150-10 de la Carta Política o en el artículo 2 acusado, tales como la restricción de la libertad de expresión, la creación de delitos o el incremento penas (CP arts 29 y 93)”. Más adelante la misma sentencia precisó el contenido de esta limitación a las facultades legislativas del Presidente: “Los decretos ley que se expidan con arreglo a estas facultades extraordinarias deben facilitar o asegurar el desarrollo normativo del acuerdo final, y no pueden versar sobre ciertas **materias con reserva especial o estricta de ley**” (negrillas no originales).

53. Esto no significa que cualquier materia que tenga reserva de ley sea excluida de la competencia legislativa atribuida al Presidente, lo que conduciría al contrasentido de que dichas facultades no podrían ser ejercidas, al tener por objeto expedir normas con fuerza de ley. En realidad, resulta necesario resaltar que la exclusión se refiere a las materias sometidas a un reserva estricta de ley, es decir, aquellas materias que la Constitución ha

⁹² Intervención presentada por Claudia Isabel González Sánchez, Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

reservado de manera especial al Congreso de la República y no pueden ser ni delegadas, ni atribuidas constitucionalmente al Presidente, al tratarse de “(...) asuntos que, por su naturaleza, requieren la mayor discusión democrática posible”⁹³, como por ejemplo las hipótesis de interceptación de comunicaciones y las formalidades exigidas (artículo 15 CP); las hipótesis de privación de libertad o registro del domicilio (artículo 28 CP); la tipificación de comportamientos en materia penal (artículo 29 CP); las excepciones a la doble instancia (artículo 31 CP); y las limitaciones al derecho de reunión (artículo 37 CP).

54. En el asunto bajo estudio, el Decreto Ley 903 de 2017 no reforma la Constitución, no hace parte de ninguna de las materias que deben ser tramitadas como ley estatutaria (artículo 152 de la Constitución); no se trata de un Código⁹⁴, no hace parte de alguna de las leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación⁹⁵ y no tiene por objeto el decreto de impuestos. Tampoco se trata, en general, de una materia sometida a estricta reserva de ley.

55. Ahora bien, teniendo en cuenta que el decreto bajo examen dispuso en su artículo segundo que “*En consonancia con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, respecto de la tenencia, uso y usufructo colectivo o individual de los bienes, enseres y valores comprendidos en el inventario objeto de este decreto que sean transferidos al patrimonio autónomo, que se considera han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC-EP no cabe acción penal alguna de la jurisdicción ordinaria por conductas cuyos actos de ejecución hayan ocurrido antes de la entrega de referido inventario*”, resulta necesario determinar si se trata de una **amnistía** no concedida mediante una ley del Congreso de la República, con las mayorías exigidas por el numeral 17 del artículo 150 de la CP, lo que implicaría desconocimiento de la reserva estricta de ley.

56. El artículo 41 de la Ley 1820 de 2016, *Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales* dispone lo relativo a los efectos de la amnistía allí concedida, en particular la extinción de la acción de indemnización de perjuicios y en su inciso segundo precisa que “*En todo caso, lo dispuesto en este artículo no tendrá efectos sobre la acción de extinción de dominio, ejercida por el Estado de conformidad con las normas vigentes, sobre bienes muebles o inmuebles*”

⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-160/17.

⁹⁴ Los códigos son “conjuntos de normas que regulan de manera completa, ordenada, metódica, sistemática y coordinada, las instituciones constitutivas de una rama del derecho”: Corte Constitucional, sentencia C-582/01.

⁹⁵ El artículo 146 de la Constitución Política prevé la regla general de voto por la mayoría de los asistentes. Las normas que prevén una mayoría especial son: el artículo 150, n. 10, para la concesión de facultades extraordinarias al Presidente, así como el numeral 17, para la concesión de indultos generales; el artículo 151 para las leyes orgánicas; el artículo 153, relativo a las leyes estatutarias; el artículo 310, relativo algunas medidas especiales para el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ; el artículo 365, para reservar para el Estado actividades estratégicas o servicios públicos; el artículo 376, en cuanto a la ley que convoca a una Asamblea Nacional Constituyente y el artículo 378, para la ley que convoca al referendo constitucional.

apropiados de manera ilícita”. Por su parte, el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017 dispuso lo relativo a la jurisdicción competente para el juzgamiento de los comportamientos realizados por combatientes respecto de los bienes no incluidos en el inventario de bienes a disposición de las FARC (inciso 4) o por parte de no combatientes, financiadores o agentes del Estado, respecto de dichos bienes (inciso 5). Ahora bien, el artículo segundo del decreto ley bajo control excluye la acción penal la Jurisdicción Ordinaria por conductas cuyos actos de ejecución hayan ocurrido antes de la entrega de referido inventario. La interpretación de dicha norma permite concluir que su expedición no requería de mayorías calificadas que exigieran su discusión y voto en el Congreso de la República ya que: (i) la norma no excluye ningún tipo de responsabilidad o extingue acción alguna, como es propio de las amnistías; (ii) no modificó de manera alguna lo dispuesto por la Ley 1820 de 2016, ya que se refieren a asuntos diferentes, teniendo en cuenta que la acción de extinción del dominio no es una acción penal⁹⁶; (iii) se trata simplemente de una norma procesal que determina la jurisdicción competente para el ejercicio de la acción penal por conductas realizadas antes y después de la entrega del inventario en cuestión. Así, la hermenéutica de la norma permite identificar que la misma incluye dos reglas: por una parte, dispone que de los actos con relevancia penal ocurridos respecto de dichos bienes antes de la entrega del inventario, por parte de los combatientes, conocerá la Jurisdicción Especial para la Paz JEP; mientras que, por otra parte, respecto de los actos cometidos con posterioridad a la entrega del inventario, conocerá la Jurisdicción Ordinaria. En este sentido, **al distribuir las competencias jurisdiccionales, sin excluir la responsabilidad ni extinguir la acción penal**, cumple una función equivalente a la de la de los incisos 4 y 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, referido. Por consiguiente, en el examen de fondo deberá analizarse su compatibilidad con dicho acto legislativo, parámetro de validez del presente decreto ley.

57. Conforme a todo lo dicho, se constata que el Presidente de la República no desconoció los límites materiales a su competencia legislativa.

E. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTENIDO DEL DECRETO LEY 903 DE 2017

58. A partir del carácter integral, oficioso y único del control de la constitucionalidad de los decretos leyes expedidos en desarrollo de las facultades legislativas para la paz, le corresponde finalmente a la Corte Constitucional contrastar el contenido del decreto ley bajo examen, con la totalidad de la Constitución Política, incluido el bloque de constitucionalidad. Para esto, se realizará un examen de constitucionalidad artículo por artículo en donde (i) se transcribirá la norma, (ii) se referirán las intervenciones al respecto, (iii) se formularán los problemas jurídicos que suscita cada norma y, respecto de cada artículo (iv) se procederá a decidir sobre su constitucionalidad.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencias C-740/03 y SU-394/16.

Artículo primero:

“Inventario de bienes. Para los efectos de lo dispuesto en los subpuntos 5.1.3.7 y 3.1.1.3 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera suscrito entre el gobierno y las FARC-EP a los 12 días del mes de noviembre de 2016, y lo dispuesto en el artículo transitorio 5° del Acto Legislativo No 1 de 2017, las FARC-EP elaborarán un inventario definitivo de sus bienes y activos dentro del término o plazo que habrá de coincidir con la fecha de terminación de la existencia jurídica de las Zonas Veredales Transitorias de Normalización, ZVTN, y Puntos Transitorios de Normalización, PTN”.

Intervenciones:

La UARIV sostiene que los artículos 1 y 2 del decreto ley facilitan en el corto plazo la ejecución de un asunto acordado y necesario para la satisfacción de los derechos de las víctimas, ya que resulta de mayor interés para ellas que los bienes de sus victimarios sean oportunamente inventariados y entregados para su reparación, como componentes de la terminación del conflicto armado. Recuerda que la terminación del conflicto armado es uno de los principales componentes de la protección de los derechos de las víctimas, como garantía de no repetición y componente del carácter integral de la reparación.

El representante del ICDT, durante la Audiencia Pública, precisó que desde el enfoque tributario los inventarios tienen contenidos que no siempre son fáciles de comprender o de cualificar, razón por la cual, lo primero que debería establecer el decreto es qué se entiende por “*el inventario*”. Explicó que desde el punto de vista del derecho tributario, los inventarios son un conjunto de bienes que se materializan en una cifra, en un momento determinado y que tienen una naturaleza jurídica, destinada al giro ordinario de un determinado negocio. Sostuvo que el decreto debió prever, para los efectos pertinentes, qué se debía entender por inventario.

Consideró adicionalmente que en el decreto no se precisan los protocolos ni las metodologías que debe tener la elaboración del inventario, lo cual generaría conflictos adicionales. A manera de ejemplo, al no referirse el acuerdo a la fecha de corte del inventario -siendo un tema de vital importancia-, los intérpretes pueden entrar en conflicto acerca de dicha fecha, teniendo en cuenta que esos inventarios seguramente no están quietos, razón por la cual es necesario establecer en qué momento quedan congelados. Tampoco se ha señalado nada sobre la ubicación de esos bienes, lo cuales podrían estar en el país o en el exterior.

A continuación, el representante del Instituto llamó la atención sobre el hecho de que se utilicen dos expresiones sin razón aparente: activos y bienes, dando a entender que esas nociones transitan por esferas diferentes, pues desde el punto de vista jurídico la institución no es accidental. De esta manera, explicó que en el derecho tributario hablar de activos y bienes no significa lo mismo, por lo que, en su concepto, se debe aclarar en qué consiste cada institución.

Desde la perspectiva de los impuestos, sostuvo que es necesario que se precisen aspectos fiscales porque se trata de un patrimonio que tiene algunas implicaciones de orden tributario. Por ejemplo, los impuestos prediales, constitucionalmente, son de propiedad exclusiva de los municipios y de los distritos. Además, el decreto no precisa lo relativo a las contribuciones de valorización, las rentas y su destinación; tampoco se dice algo sobre saneamientos fiscales de esos bienes, en fin, resaltó que no se previó ningún efecto patrimonial relativo a dichos bienes.

Una segunda objeción tiene relación con contenidos patrimoniales y fiscales con efectos tributarios, puesto que puso de presente que su regulación es competencia del Congreso de la República. Por esta razón, puso de presente que el Acto Legislativo 01 de 2016 de manera expresa prohíbe que estos decretos leyes aborden temas impositivos.

Finalmente, en su concepto, el Procurador General de la Nación señala que el artículo 1 del decreto ley responde directamente a lo previsto en el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, así como al principio de buena fe.

Examen de constitucionalidad:

59. De manera preliminar debe ponerse de presente que el artículo primero del decreto ley examinado incurre en una imprecisión, al señalar que el Acuerdo Final fue firmado a los doce días del mes de noviembre de 2016, a pesar de que en realidad fue suscrito el 24 de noviembre de 2016, pero esta equivocación carece de relevancia constitucional.

60. El artículo 1 del Decreto Ley 903 de 2017 es una disposición que por la vía normativa implementa los puntos 5.1.3.7 y 3.1.1.3 del Acuerdo Final, en cuanto a la realización de un inventario de los bienes a disposición de las FARC y el suministro de información al que se comprometió el grupo guerrillero. Dicho compromiso, así como la norma que lo introduce en el ordenamiento jurídico, pretenden garantizar el componente de reparación que le asiste a las víctimas⁹⁷, en el marco del desarrollo el valor, principio, fin y derecho constitucional a la paz.

⁹⁷ “(...) tal y como se exige a las víctimas y a la sociedad que acepten el tránsito a la legalidad de quienes han cometido delitos de extrema gravedad y crueldad, también cabe esperar que los beneficiarios de la ley actúen de buena fe para restituir la propiedad a quienes fueron despojados de ella y compensar económicamente los daños causados por su actuación ilegal. Así, la persona que busca el beneficio de la ley, debe declarar la totalidad de los bienes que puede aportar para reparar a quienes han sufrido por su causa.

61. Inventariar los bienes que durante el conflicto armado sirvieron para financiarlo, con los cuales se afectaron derechos fundamentales o que resultaron de dichas vulneraciones, es un acto relevante para el fin del conflicto en razón de su (i) valor simbólico, que pone de presente el tránsito hacia la legalidad, a través no sólo de la deposición y entrega de las armas, sino de los recursos de la guerra, para evidenciar así, con acciones verificables, la voluntad definitiva de cesar las hostilidades y violaciones sistemáticas de derechos humanos y reincorporarse a la sociedad civil; (ii) valor práctico, ya que excluye la posibilidad de que dichos bienes puedan ser de nuevo utilizados para costear la reincidencia en el conflicto armado, lo que permite dimensionar su rol como garantía de no repetición; y (iii) valor jurídico, en cuanto se trata del cumplimiento de uno de los elementos condicionantes de los beneficios propios de la justicia transicional: la contribución a la reparación de las víctimas⁹⁸.

62. Así, reitera la Corte Constitucional que el cumplimiento con lo establecido en el Decreto bajo examen, relativo a la presentación del inventario completo de los bienes a disposición de las FARC hace parte de los requisitos para la conservación de los tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías de la justicia transicional, en los términos de la sentencia C-647 de 2017, que juzgó la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición⁹⁹ y de la sentencia C-007 de 2018, relativa a la constitucionalidad de la Ley 1820 de 2018, relativa a la amnistía, indulto y tratamientos especiales¹⁰⁰.

Frente a este deber, la ley no puede avalar con expresiones ambiguas que se oculten bienes con el fin de evadir el deber de reparar a las víctimas”: Corte Constitucional, sentencia C-370/06.

⁹⁸ “(...) tal y como se exige a las víctimas y a la sociedad que acepten el tránsito a la legalidad de quienes han cometido delitos de extrema gravedad y crueldad, también cabe esperar que los beneficiarios de la ley actúen de buena fe para restituir la propiedad a quienes fueron despojados de ella y compensar económicamente los daños causados por su actuación ilegal. Así, la persona que busca el beneficio de la ley, debe declarar la totalidad de los bienes que puede aportar para reparar a quienes han sufrido por su causa. Frente a este deber, la ley no puede avalar con expresiones ambiguas que se oculten bienes con el fin de evadir el deber de reparar a las víctimas””: Corte Constitucional, sentencia C-370/06.

⁹⁹ En dicha sentencia se precisó que los componentes del régimen de condicionalidades son: (i) Dejación de armas; (ii) Obligación de contribuir activamente a garantizar el éxito del proceso de reincorporación a la vida civil de forma integral; (iii) Obligación de aportar verdad plena en los términos del inciso octavo del artículo transitorio 5° del artículo 1° del A.L. 01 de 2017. (iv) Garantizar la no repetición y abstenerse de cometer nuevos delitos, o delitos de ejecución permanente, después del primero (1°) de diciembre de 2016, en particular, conductas asociadas con cualquier eslabón de la cadena de producción de los cultivos de uso ilícito y sus derivados; (v) **Contribuir a la reparación de las víctimas, y en particular a decir la verdad en relación con los procedimientos y protocolos para inventariar todo tipo de bienes y activos**; y (vi) Entregar los menores de edad, en particular las obligaciones específicas establecidas en el numeral 3.2.2.5 del Acuerdo Final. En otras palabras, el incumplimiento por parte de los excombatientes a cualquiera de las condiciones del mencionado Sistema o a cualquiera de las sanciones impuestas por la Jurisdicción Especial de Paz, tendrá como efecto, de conformidad con el A.L. 01 de 2017, la pérdida de tratamientos especiales, beneficios, renunciaciones, derechos y garantías, según el caso.

¹⁰⁰ En dicha sentencia se concluyó que “*el otorgamiento de amnistías, indultos y otros tratamientos penales especiales -incluidos los diferenciales para Agentes del Estado- se somete a condiciones de acceso, y no releva a sus beneficiarios del deber de cumplir con las obligaciones contraídas dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Esta conclusión también se soporta en las condiciones que las partes que suscribieron el Acuerdo Final dejaron expresamente pactadas en el documento final*”: Corte Constitucional, sentencia C-007/18.

63. En este sentido, debe hacerse énfasis en el carácter perentorio de la fecha para la presentación del inventario completo de bienes, sin que exista la posibilidad de que éste sea modificado o adicionado con posterioridad a ella. Así, los bienes ilícitos que no hayan sido incluidos en el inventario, y que sean descubiertos por las autoridades estarán sujetos a las medidas constitucionales y legales pertinentes, tales como la extinción de dominio. A su vez, las conductas individuales tendientes a ocultar bienes, para excluirlos del patrimonio autónomo destinado a la reparación de las víctimas, son hechos que deberán ser examinados por la JEP, en el marco del régimen de condicionalidades con el fin de determinar, de manera proporcionada, las consecuencias de dichas conductas en lo relativo a la conservación o pérdida de los beneficios otorgados, según lo determinó esta Corte en las sentencias C-674 de 2017 y C-007 de 2018¹⁰¹.

64. Por lo anterior, al no contrariar norma constitucional alguna, el artículo 1 será declarado exequible.

Artículo segundo:

“Entrega de inventario. Elaborado el inventario de bienes y activos referido en el artículo anterior, este será entregado formalmente por los representantes de las FARC EP a la Misión de las Naciones Unidas y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación, quienes deberán hacerlo llegar al Gobierno nacional para que éste lo incorpore al patrimonio autónomo al que se refiere el artículo 3 de este decreto. Con dicho acto se entenderá plenamente concluida la dejación de armas y la terminación de todas las actividades y conductas propias del conflicto interno. En consonancia con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, respecto de la tenencia, uso y usufructo colectivo o individual de los bienes, enseres y valores comprendidos en el inventario objeto de este decreto que sean transferidos al patrimonio autónomo, que se considera han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC-EP no cabe acción penal alguna de la jurisdicción ordinaria

¹⁰¹ El resuelve **Sexto** de la sentencia C-007 de 2018 decidió- Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 14, 33, 34, 35 (parágrafo, inciso 6°), 50 y 55 de la Ley 1820 de 2016, “bajo el entendido de que la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se enmarca dentro del régimen de condicionalidades del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, con fundamento en los siguientes parámetros: ¶ (i) El compromiso de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas es una condición de acceso y no exime a los beneficiarios de esta Ley del deber de cumplir con las obligaciones contraídas con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. ¶ (ii) El cumplimiento de los deberes de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se exigirá a los beneficiarios de esta Ley, por el término de vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de la condición especial de acceso a las sanciones propias del sistema prevista en el inciso segundo de los artículos 14 y 33 de la Ley 1820 de 2016. ¶ (iii) Los incumplimientos al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición deberán ser objeto de estudio y decisión por la Jurisdicción Especial para la Paz, conforme a las reglas de procedimiento de que trata el inciso 1° del artículo transitorio 12 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017; lo que supone analizar, en cada caso, si existe justificación y la gravedad del incumplimiento. Este análisis deberá regirse por el principio de proporcionalidad y podrá dar lugar a la pérdida de beneficios previstos en esta Ley”.

por conductas cuyos actos de ejecución hayan ocurrido antes de la entrega de referido inventario”.

Intervenciones:

Respecto del artículo segundo del decreto ley en revisión, el Magistrado Ponente formuló al Gobierno Nacional las siguientes preguntas, durante la instrucción del asunto:

Respecto de la exactitud y completitud de los inventarios:

- a. Teniendo en cuenta que el inciso 4 del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 exige que el inventario de bienes sea “*acordado*” ¿Cómo se cumple dicho mandato constitucional mediante el Decreto Ley 903 de 2017?
- b. ¿Cuál es el trámite a seguir si las FARC no declaran la totalidad de sus bienes?

Respuesta de la Presidencia de la República: La palabra “*acordado*” utilizada por el Acto Legislativo 01 de 2017 no se refiere a que el inventario deba ser elaborado de mutuo acuerdo, sino significa que la elaboración de dicho inventario fue acordado o pactado en el Acuerdo Final. Ahora bien, pone de presente que el punto 5.3.1.7 del Acuerdo prevé que se acordarán los procedimientos y protocolos para inventariar y entregar los bienes.

En cuanto a la consecuencia de no declarar todos los bienes, de acuerdo con el artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017, explica que dichos bienes serán objeto de investigación y juzgamiento por la Jurisdicción Ordinaria, lo que ya se prevé en el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final.

Agrega que de acuerdo con el punto 5.1.b del Acuerdo Final, que prevé el carácter sistemático e interdependiente de los distintos mecanismos, así como del punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final, que prevé que las FARC procederán a la reparación material de las víctimas, con los bienes y activos, de acuerdo con los criterios establecidos por la Corte Constitucional, en particular la sentencia C-370 de 2006, señala que debe concluirse que la obligación de contribuir con sus bienes a la reparación de las víctimas, condiciona la obtención de beneficios.

Respecto de la exclusión de la acción penal ante la Jurisdicción Ordinaria:

- a. ¿La exclusión de la acción judicial ante la Jurisdicción Ordinaria respecto de dichos bienes, concierne también la extinción de dominio?

Respuesta de la Presidencia de la República: Precisa que la exclusión de la acción penal del artículo 2 del decreto bajo estudio no es más que una reiteración del artículo 5 del Acto Legislativo 01 de 2017. Por esta razón,

considera que se trata de asuntos que deben examinarse a la luz de la Ley Estatutaria que regulará la JEP.

Respecto de la calificación que realiza el artículo de los bienes como “colectivos”:

El Movimiento Voces de Paz y Reconciliación considera que la consideración como colectivos de los bienes inventariados, de acuerdo con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, busca otorgar seguridad jurídica a la entrega de los bienes, pero también existen razones de ética política que justifican dicha calificación. Preciso también durante la Audiencia Pública que *“De la organización no puede predicarse personería jurídica alguna bajo las modalidades definidas por el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que no es viable determinar que puede ser titular del derecho de dominio o de propiedad”*.

El representante del ICDT por su parte, se pregunta si esto implica que se convierte las FARC en una comunidad organizada para efectos tributarios, fundamentalmente en lo relativo al impuesto a la renta.

La Fiscalía General de la Nación precisó, durante la audiencia pública, que de manera previa al plebiscito las FARC hicieron una manifestación unilateral, el 1 de octubre de 2016, en la que reafirmaban su compromiso de declarar sus bienes y sostenían que *“Conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, procederemos a la reparación material de las víctimas en el marco de las medidas de reparación integral, observando los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a los recursos de guerra. Las FARC-EP manifiestan que los recursos por inventariar integran su economía de guerra y que por razones de ética política nunca hicieron ni hacen parte de patrimonios individuales. Las FARC-EP declaran desde ahora mismo que no cuentan con recursos monetarios ni no monetarios adicionales a los que van a ser declarados durante el proceso de dejación de armas”*.

Durante la audiencia, el Magistrado Carlos Bernal Pulido formuló al Fiscal General la siguiente pregunta: ¿De qué manera piensa que el artículo 2 del decreto ley garantiza los derechos de las víctimas que pueden estar ligados a posibles acciones penales, que este artículo precluye?

Respuesta del Fiscal General de la Nación: El Decreto Ley 903 de 2017 parte del supuesto de que fue elaborado a dos manos entre el Estado y la insurgencia, bajo el acuerdo de que las FARC elaborarán un inventario de sus bienes y activos y hemos quedado notificados a la luz de la teoría de los derechos reales y de bienes, que las FARC, con su carencia de personalidad jurídica, no tienen ni bienes ni derechos, en consecuencia es poco lo que podemos esperar del inventario.

Señala que una interpretación de buena fe de este decreto ley es aquella que parte de la circunstancia de aceptar que esa titularidad sobre unos activos que se han poseído en lo que se denomina hoy como economía de guerra, que fueron producto de actividades claramente ilícitas quedaron radicadas, no necesariamente de los miembros desmovilizados de las FARC, sino, como lo tiene evidenciado el ente acusador del Estado, en cabeza de cientos de testaferros que son los titulares de estos activos ilegales. Esto implicaría que ese inventario no se contraiga a decir que como no existían bienes y activos de una persona jurídica que no existe, entonces tampoco existe el deber de declarar los activos que poseen los testaferros de esa economía de guerra.

Precisó además que si la Corte Constitucional quiere ejercer una inspección judicial a más de 7 millones y medio de aplicativos de sistemas, de cuya autoría son las propias FARC, que dan cuenta de ese patrimonio ilícito acumulado a lo largo de los años, puede hacerlo a través de la Fiscalía General de la Nación, para que a través de ese procedimiento, la propia Corte Constitucional pueda acceder a la información de autoría de las FARC, en programas Excel elaborados por ellos mismos, decomisados e incautados en los procesos de intervención del Estado contra lo que fuera un movimiento insurgente, para que puedan percibir de manera directa cómo sí existen activos sobre los cuales tenían disposición, custodia y administración, más allá de su existencia como persona moral, de la cual pueda radicarse la titularidad del patrimonio y eso permitiría darle un alcance interpretativo a la norma en cuestión.

El Procurador General de la Nación explicó que con la entrega del inventario, se entiende plenamente concluida la dejación de las armas y la terminación del conflicto interno, *“teniendo en cuenta que a tales bienes se les da el tratamiento de propiedad colectiva perteneciente a este grupo”*.

Respecto de la exclusión de la acción penal ante la Jurisdicción Ordinaria por los hechos cometidos antes de la entrega del inventario:

Durante la audiencia pública, el representante del Movimiento Voces de Paz y Reconciliación comentó que el inventario es determinante para definir si las conductas relacionadas con los bienes, activos y enseres son o no competencia de la Jurisdicción Ordinaria, y si se podrá adelantar o no respecto de ellos la acción penal y proceder a la investigación y juzgamiento de los delitos del Libro II, Capítulo V, Título X del Código Penal, en el caso en que los determinados bienes, activos o enseres no se hayan incluido en el inventario definitivo acordado y elaborado durante el tiempo en que las FARC permanecieron en las Zonas y Puntos, en el proceso de dejación de armas; y en el evento en el que se hayan realizado actos de ejecución después de la entrega definitiva de ese inventario.

El ICDT considera que debe condicionarse la expresión *“no cabe acción penal alguna de la jurisdicción ordinaria por conductas cuyos actos de*

ejecución hayan ocurrido antes de la entrega del referido inventario”, a la luz del artículo 66 transitorio de la Constitución, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2012, así como del artículo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, ya que estas normas condicionan el acceso y el mantenimiento de cualquier tratamiento especial de justicia, entre otras cosas, a la contribución personal a la reparación de las víctimas. Así, a su juicio, la expresión referida debe entenderse que opera, siempre y cuando el victimario contribuya individualmente a la reparación de sus víctimas.

El Fiscal General de la Nación precisa que resulta inconstitucional permitir, en una interpretación posible, la impunidad de los testaferros de las FARC que cometan delitos relacionados con la tenencia, uso y usufructo de esos bienes antes de la entrega del inventario. Así, considera que la extinción de la acción penal del artículo 2 del decreto sería inconstitucional si se excluye toda forma de responsabilidad ante cualquier jurisdicción; todo lo contrario a lo establecido en el Acto Legislativo 1 de 2017 que dispone que la JEP es la competente para conocer de esas conductas ilícitas, es decir que el acto legislativo no acepta la impunidad de las actividades realizadas sobre dichos bienes ilícitos, de tal manera que, en su concepto, resulta abiertamente inconstitucional el artículo 2 del Decreto 903 que establece la impunidad total de dichas conductas y mucho más en relación con los testaferros, a quienes no alude el mencionado decreto, ni tampoco el Acto Legislativo 01 de 2017. Agrega que la impunidad que permitiría este artículo desconocería los derechos de las víctimas. En consecuencia, solicita que este artículo sea declarado constitucional de manera condicionada *“en el entendido de que la Jurisdicción Especial para la Paz es competente para investigar y sancionar los crímenes de los miembros de las FARC-EP en relación con los bienes inventariados, ante la prohibición de la persecución penal de la jurisdicción ordinaria para tales conductas”*. Ahora bien, sostiene que respecto de los terceros que le sirven de testaferros a las FARC para la administración, adquisición u ocultamiento de dichos bienes la norma admite dos interpretaciones: una primera que los cobijaría con impunidad al excluir toda responsabilidad ante la Jurisdicción Ordinaria, interpretación que considera inconstitucional, y otra que limita la exclusión de la Jurisdicción Ordinaria sólo respecto de los miembros de las FARC, razón por la cual considera que los terceros podrán ser juzgados por la Jurisdicción Ordinaria. Así, solicita que la norma sea declarada exequible bajo esta segunda interpretación.

El Ministro de justicia y del Derecho explica que el artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto Ley 903 de 2017 establecen tres pilares básicos: (i) No procede acción penal en la Jurisdicción Ordinaria únicamente cuando los bienes, enseres y valores fueron efectivamente incluidos en el inventario de los bienes realizado por las FARC antes de la fecha de terminación de las Z.V.T.N. y P.T.N. -art. 2 del Decreto Ley 903 de 2017-; (ii) Los bienes y activos que no hubieren sido declarados dentro del inventario, una vez esté concluido el proceso de dejación de armas, recibirán el tratamiento que establece la legislación ordinaria -numeral 5.1.3.7 del

Acuerdo Final-; (iii) Corresponderá a la Jurisdicción Ordinaria la investigación y el juzgamiento de los delitos contemplados en el libro segundo, Capítulo V, título X del Código Penal, cuando se cometan sobre bienes o activos que no hayan sido incluidos en el inventario definitivo - acordado y elaborado en el término previsto para el efecto- y siempre que se hayan realizado actos de ejecución después de la entrega definitiva de ese inventario -artículo transitorio 5° del Acto Legislativo 01 de 2017-.

Sin embargo, señala el Ministro que si los miembros de las FARC pretenden ocultar bienes, el Acuerdo Final, el Acto Legislativo 01 de 2017 y el decreto ley bajo examen establecen que la ley ordinaria en materia de persecución y extinción de dominio, esto es la Ley 1708 de 2014, recientemente actualizada, se activará con todo su rigor, contra dichos bienes y valores ocultados.

Entonces, se espera que la delegación de las FARC cumpla, de buena fe, con la realización de todo su inventario tal y como se comprometieron a hacerlo en el numeral 5.1.3.7 del Acuerdo Final, sin perjuicio de que el Estado se reserve las acciones de extinción de dominio sobre aquellos bienes o activos no inventariados y que hubieren sido descubiertos por la Fiscalía General de la Nación. Concluye que la norma determina la responsabilidad penal con posterioridad a la entrega del inventario.

El Procurador General de la Nación considera que el artículo 2 del decreto en control debe ser declarado exequible por las mismas razones por las que es constitucional el artículo primero, al tratarse de normas conexas. Ahora bien, indica que cuando el artículo 2 dispone que respecto de dichos bienes no cabe acción penal ante la Jurisdicción Ordinaria, podría dar lugar a entender que sí procederían otras acciones, como las civiles, de extinción de dominio, administrativas o policivas, lo que contrariaría el artículo 83 de la Constitución al significar incumplimiento de lo acordado en el sentido de que esos bienes tienen una destinación específica, según el mismo numeral 5.1.3.7 del Acuerdo Final. En este sentido, solicita que se declare la constitucionalidad condicionada de la norma, en el entendido de que respecto de los bienes inventariados no procede ningún tipo de acción judicial, ni administrativa. A su juicio, lo previsto en este decreto ley es una extinción de dominio, pero pactada políticamente y refrendada constitucionalmente, con un fin específico. Durante la Audiencia Pública agregó que la norma excluyó la acción penal ante la Jurisdicción Ordinaria respecto de los bienes entregados al Gobierno Nacional para ser incorporados al patrimonio autónomo, porque se trata de una extinción del dominio *sui generis*, acordada y es por ello también que el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 señala que le corresponde a la justicia ordinaria la investigación y el fundamento de los delitos de lavados de activos, que se cometan de los bienes que no hayan sido incluidos en el inventario, de conformidad con lo pactado en el Acuerdo. Explicó que las preguntas que surgen respecto de los derechos de los terceros se responden a través del concepto de indebida conformación del inventario de bienes entregado por las FARC, cuando en éste se incluyan bienes respecto de

los cuales el grupo armado no hubiere tenido realmente el dominio o la propiedad colectiva, como producto de lo que ellos consideraban el producto de sus acciones legales. Puso de presente que la exclusión de acciones penales ante la Jurisdicción Ordinaria respecto de esos bienes persigue mantenerlos dentro de la justicia transicional, con el fin de reparar a las víctimas, por lo que sostuvo que declarar inexecutable esta exclusión significaría desarticular el elemento central de la justicia transicional, cual es la reparación de las víctimas.

Con relación a la figura del patrimonio autónomo y la extinción del dominio:

- a. ¿Cuál es el mecanismo jurídico mediante el cual los bienes incluidos en los inventarios serán aportados al fondo de víctimas?
- b. A la luz del mandato constitucional de extinción del dominio de bienes fruto de enriquecimiento ilícito ¿Resulta compatible el Decreto Ley 903 de 2017 respecto del artículo 34, inciso 2, en particular en cuanto a su naturaleza judicial y al deber de realizar la extinción del dominio?
- c. ¿El hecho de que el artículo 3 del decreto ley bajo examen disponga que *“El Fondo referido será gobernado por un Consejo Fiduciario cuya administración será decidida y constituida por el Gobierno nacional, por recomendación de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI)”* y que en la CSIVI haya representantes de las FARC determinará que ese grupo tendrá incidencia en el manejo de los bienes que han sido fruto de actividades ilícitas?

Respuesta de la Presidencia de la República: considera que el Decreto Ley 903 de 2017 no tiene ninguna disposición que pueda ser interpretada como contraria al artículo 34 de la Constitución, ya que no se ocupa de los procedimientos específicos relativos a la transferencia de los bienes y su normalización que deben ser compatibles con el orden constitucional.

Durante el término previsto para las intervenciones, la Presidencia de la República precisó que el decreto examinado no limita las competencias de la Fiscalía en materia de extinción del dominio, ya que respecto de bienes que no hayan sido inventariados o de actos posteriores, este órgano deberá ejercer la acción de extinción del dominio. Indica que esto permite que el inventario sea realizado de la manera más completa posible, sin perjuicio de la acción de extinción del dominio, tal como lo prevé el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017. Sin embargo, respecto de la acción de extinción del dominio, al considerar que se trata de una acción penal, sostiene que el asunto deberá ser desarrollado por la Ley Estatutaria de la JEP.

Durante las intervenciones y la Audiencia Pública, el Fiscal General de la Nación¹⁰² señaló que consultó al jefe negociador del Gobierno con las FARC

¹⁰² También en entrevista, hecho de público conocimiento, el Fiscal General de la Nación precisó lo siguiente: *“JUAN ROBERTO VARGAS (...) NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ (...)”*

respecto de la posibilidad de que dichos bienes fueran utilizados para la reincorporación de los miembros de las FARC y su respuesta del 12 de diciembre de 2016 fue clara en el sentido de que la elaboración del inventario deja incólume las competencias de la Fiscalía en materia de extinción del dominio respecto de los bienes de las FARC fruto del ilícito¹⁰³.

Explica que la extinción del dominio es una figura que busca moralizar la sociedad y se funda no sólo en el artículo 34 CP, sino también en el artículo 58 de la misma. Precisa que no se trata de un acción penal, de acuerdo con la sentencia C-740 de 2003, ni configura una pena, conforme con la sentencia C-750 de 2015, ya que el artículo 34 de la Constitución no limita sus causas a la comisión de delitos. Pero a pesar de su naturaleza patrimonial y real, no es una acción civil (sentencia SU-394 de 2016). Señala que se trata de un mecanismo intemporal que implica, en su concepto, que los bienes adquiridos por vías ilegales, no pueden ser saneados ni siquiera por prescripción.

En su concepto, la creación de un patrimonio autónomo no tiene ningún efecto respecto del origen ilícito de los bienes, es decir, no limpia su origen espurio, ya que este contrato tendría que tener un objeto lícito y esta figura no purga los vicios que afecten el origen de los bienes. Por esta razón, pone de presente que el artículo 41 de la Ley 1820 de 2016, relativa a la amnistía, expresamente dejó intacta la extinción del dominio sobre bienes apropiados de manera ilícita. También precisa que habría que entender que el Gobierno nacional es el único autorizado para constituir la fiducia y que, a pesar de las normas previstas en los artículos 1242 y 1236 del Código de Comercio, los bienes nunca podrán retornar a las FARC, las que no pueden obrar como fiduciantes.

(...) **JRV.** *¿Esos empresarios, esos civiles – de todo tipo y de toda actividad – que van a terminar salpicados por sus relaciones económicas con las FARC, pueden irse a la Justicia Especial de Paz y decir: “Mire, eso fue producto del conflicto, me obligaron, me extorsionaron?”*

NHM. *Eso es muy importante Juan Roberto. Eso es muy importante. El Acuerdo de Paz no limpió el patrimonio de las FARC y es algo que yo reivindico y digo para legitimar el acuerdo. El patrimonio que era ilícito, sigue siendo ilícito y por eso tiene que ser objeto de extinción de dominio. Y quienes sean testaferros y servidores, y se hayan enriquecido ilícitamente, tendrán que ser objeto ¿De quién? No de la JEP; de la Jurisdicción Ordinaria.*

(...) **JRV.** *¿Y esa interpretación coincide con lo que está en los decretos de la JEP sobre esos temas específicos de bienes obtenidos de manera ilícita en el conflicto?*

NHM. *Bueno, se acaba de expedir un decreto que hemos estado revisando con mucha atención aquí en la Fiscalía, que es el decreto 903 del pasado fin de semana, en donde se establece que con ese inventario de viene se va a constituir un fondo fiduciario, que será administrado por el Gobierno, pero conjuntamente con la comisión, la CSIVI. Eso implicaría que las FARC tendrían, por la lectura que uno hace del decreto, capacidad para administrar sus propios bienes.*

Si la Constitución dice que se tiene que extinguir el dominio de los bienes ilegales, pues necesariamente las FARC no pueden mantener ningún tipo de participación en la propiedad de esos activos, porque la lectura que puede hacer cualquier ciudadano es entonces están lavando los activos por vía de un fondo fiduciario que van a terminar administrando de alguna manera las FARC. Esa no puede ser la lectura y el entendimiento que tiene la Fiscalía, exactamente no puede ser ese. (...)

¹⁰³ “Entendemos, como ya tuve ocasión de comentárselo, que permanece incólume la competencia de la Fiscalía General de la Nación y, por ende, **la mera elaboración de listados de activos ilícitos – que deberá producirse durante el período de desarme-, no inhibe el ejercicio de la acción de extinción de dominio a cargo de la Fiscalía, ni mucho menos otorga un régimen de inmunidad al patrimonio de las FARC proveniente del narcotráfico, el secuestro y la extorsión, en los términos de la Constitución Política y del Acuerdo Final suscrito (el artículo 40, inciso 2, del proyecto de ley de amnistías, indultos y tratamientos penales especiales)**” (negritas originales). Folio 283 del expediente.

Propone el Fiscal que la extinción del dominio sea el mecanismo para pasar a propiedad estatal los bienes de origen ilícito obtenidos antes, durante y después del inventario de las FARC, aunque señala que de manera contradictoria el Acuerdo Final excluye en el punto 5.1.37 la extinción del dominio, pero el anexo del proyecto de ley de amnistía previó que la amnistía no tendrá efectos sobre la acción de extinción de dominio sobre bienes apropiados de manera ilícita (art. 40 del proyecto).

En su opinión, este decreto ley recoge y desarrolla las pretensiones de las FARC enunciadas públicamente ya que según el decreto los bienes ilícitos de las FARC entran a un patrimonio autónomo y así se encargan de que no entren al patrimonio de la Nación.

En este sentido, manifestó que algunos apartes del decreto ley examinado resultan inconstitucionales, por las siguientes razones:

El artículo tercero al incorporar un procedimiento inconstitucional para incorporar bienes de origen ilícito al patrimonio del Estado; ello implica, a su juicio, que dicho artículo debe ser modulado en el sentido que el inventario sea entregado a la Fiscalía General de la Nación para los fines de extinción del derecho de dominio previsto en el artículo 34 de la Constitución. Explica que en este artículo no se hace explícito que los bienes deben, antes de ser aportados al patrimonio autónomo, pasar a la propiedad del Estado, razón por la cual debe entenderse que se requiere previamente la extinción del dominio. Señala entonces que esa disposición debe ser interpretada bajo el entendido de que el único facultado para la constitución de la fiducia, con la que se cree el fondo de víctimas, es el Gobierno Nacional, pues si el constituyente de ese fondo fiduciario es la propia insurgencia armada tendrían derechos fiduciarios a título de fidecomitente, lo que implicaría una compensación en el patrimonio de los activos y pasivos de los desmovilizados.

Considera que en un Estado Social de Derecho no se puede permitir la adquisición de derechos mediante títulos ilegítimos. Esto a la luz de la sentencia C-740 de 2003 implica que hay que hacer una ruptura en la titularidad del patrimonio ilícito y esto lo prevé el artículo 34 de la Constitución, cuando establece que el Estado debe, sin indemnizar al titular de los derechos, extinguirle el patrimonio ilícito para que entre al Estado y éste, soberanamente, pueda hacerse a la propiedad y disponer de los mismos en el marco de la democracia presupuestaria que contempla la Constitución, lo que implica, en su concepto, que el destino de esos activos debe ser definido democráticamente por el Congreso en concurso con el Gobierno Nacional.

Agregó que la mera transferencia de esos bienes a un fondo fiduciario, aun cuando quede en cabeza de la Presidencia de la República, en modo alguno implica un saneamiento de ese patrimonio por lo que el Estado, por lo que la Fiscalía General de la Nación tendría legitimidad para perseguir esos bienes por tratarse de una acción real, no importa en cabeza de quien se encuentre.

Sostuvo que el único mecanismo constitucional para que esos bienes ilícitos puedan ingresar a un patrimonio para que sean de libre disposición y posteriormente se pueda indemnizar a las víctimas es a través del ejercicio de la acción de extinción del dominio, como paso previo a la incorporación de esos bienes ilícitos a la soberanía presupuestal del Estado. Sostiene que el Congreso de la República podrá determinar que con esos activos se constituya un fondo fiduciario y resulta plausible, que se procuren recursos para poder sufragar los costos de la desmovilización y de la reincorporación a la vida civil y se proceda, de manera prioritaria, a la indemnización de las víctimas.

Durante la Audiencia Pública, el representante del Movimiento Voces de Paz y Reconciliación replicó que de ser cierta la afirmación del Fiscal, las FARC estarían incumpliendo los acuerdos. En la interpretación que él propone, este grupo sí está cumpliendo lo acordado y resalta que la Fiscalía tiene competencia para investigar comportamientos posteriores a la entrega del inventario respecto de miembros de las FARC que con hechos posteriores, quieren verse por fuera de los acuerdos y particularmente de la JEP.

La presidenta de la SAE, tanto en su intervención escrita, como durante la audiencia pública, precisó que el mecanismo para aportar los bienes al fondo de víctimas será la fiducia, mecanismo que considera plenamente compatible con el artículo 34 de la Constitución, al buscar fines constitucionales como la paz y la reparación integral de las víctimas. Resalta que en el proceso de extinción del dominio si hay entrega voluntaria de los bienes, quien coopera, puede recibir hasta un 6% del valor de los mismos. Una vez extinto el dominio, el bien pasa al Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –FRISCO, administrado por la SAE.

Señaló que el patrimonio autónomo aquí creado es similar al que administra la SAE, ya que el FRISCO es una cuenta especial sin personería jurídica, administrada por la sociedad que ella preside, bajo las políticas del Consejo Nacional de Estupeficientes y conformada por los bienes sobre los cuales se hayan decretado medidas cautelares en procesos de extinción del dominio o ésta se haya declarado (artículo 88 de la Ley 1708 de 2014).

Manifestó que el mandato del artículo 34 de la Constitución en materia de extinción del derecho de dominio se ha cumplido a partir de diversas normas: (i) la Ley 333 de 1996 que creó el FRISCO administrado por la extinta Dirección Nacional de Estupeficientes; (ii) La Ley 793 de 2002 cambió los fines de los bienes del fondo; (iii) el artículo 91 de la Ley 1708 de 2014, modificada hoy por el artículo 22 de la Ley 1849 de 2017, incluyó dentro de las finalidades la de reparar a las víctimas de actividades ilícitas. Pero el artículo 91 de la Ley 1708 de 2014 señala un orden de prelación en la destinación de los recursos respecto de las distintas finalidades legalmente previstas y determina que varias entidades públicas serán destinatarias específicas de dichos recursos.

Resaltó que el decreto examinado pone de presente que independientemente del origen del bien, es aportado voluntariamente al fondo para reparar a las víctimas. Por estas razones, sostiene que es compatible con el ordenamiento jurídico vigente, ya que el origen espurio del bien no vicia la operación considerando que la sanción más drástica que recibirían los infractores sería la extinción del dominio y el mecanismo aquí previsto es equivalente en cuanto permite la entrega del bien sin ningún tipo de reconocimiento patrimonial, con la finalidad exclusiva de reparar a las víctimas.

Explicó que cuando el decreto dispone que se excluye la acción penal, esto también concierne la acción de extinción del dominio, ya que el mecanismo previsto por este decreto *“se traduce en la propia extinción de dominio con cambios en la administración y disposición de recursos que se deriven de esta”*. Pero señala que los bienes no declarados serán objeto de la extinción judicial de dominio.

En su concepto, exigir que el mecanismo de transferencia del dominio sea, en este caso, la extinción del mismo *“supone un obstáculo evidente a la puesta en marcha del Acuerdo Final”* ya que *“el procedimiento predicho tiene diferentes finalidades y la administración de los recursos que este deja supone objetivos sensiblemente diferentes de la neta reparación material de las víctimas”*. Es decir, considera que acudir a la figura de la extinción del dominio significaría reconocer *“que no es prioritario reparar”*. Afirma, en este sentido, que el mecanismo ideado por el Decreto Ley 903 de 2017 satisface, de mejor manera, los derechos de las víctimas y se justifica que se trate de un patrimonio autónomo con destinación específica. Puso de presente que actualmente los procesos de extinción del dominio tienen una duración promedio de entre ocho a diez años y que, incluso algunos se salen del promedio y llegan hasta treinta años. Así se evidencia que las finalidades previstas en el fondo creado por el Decreto Ley 903 de 2017 examinado serían de difícil consecución si ingresaran al FRISCO a partir del trámite de la extinción de dominio, ya que el FRISCO *“tiene una destinación absolutamente distinta, pues además de tener un orden de administración en sus recursos, está destinado a generar capital para el Estado de manera que se pueda reinvertir en atención a combatir las conductas que causan la extinción de dominio, entre otros propósitos”*. Con este panorama sostuvo que se hacía necesaria la expedición de normas para permitir eficazmente la reparación material de las víctimas del conflicto para garantizar el bien superior de la paz.

Aclaró, finalmente, que el decreto ley examinado no determina que el patrimonio autónomo será una fiducia pública, lo que resultaría inconveniente para los objetivos del decreto, teniendo en cuenta que ella no implica la transferencia del derecho de dominio, con limitaciones para contratar y en materia presupuestal. Por consiguiente, considera que el patrimonio autónomo que aquí se crea, constituye una excepción al artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

La UARIV sostuvo que el procedimiento específico relativo a la extinción del dominio, la entrega de los bienes, su manejo y dirección del fondo, deben ser objeto de desarrollos normativos posteriores.

La Superintendencia Financiera señaló que será una reglamentación posterior de la materia la que determine los lineamientos respecto del ente que obrará como fiduciario y las demás reglas atinentes a ese patrimonio. Asegura que si se trata de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, cuentan con las herramientas para supervisar sus operaciones y garantizar que no sea utilizado este instrumento para el lavado de activos y/o la canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas o para el ocultamiento de activos provenientes de las mismas, de acuerdo con los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Externa 055 de 2016, en materia de riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo.

La ASOFIDUCIARIAS consideró acertado el recurso al instrumento fiduciario para la recepción y administración de los bienes en cuestión y resaltó que el negocio fiduciario es una herramienta que construye eficiencia, minimiza riesgos, genera transparencia y permite tener una completa trazabilidad de los recursos administrados.

El ciudadano Eduardo Montealegre Lynett consideró que el primer problema se relaciona con las restricciones a la propiedad, distintas a la extinción del dominio. Sostuvo que a pesar de que el mecanismo previsto en el decreto ley bajo revisión no corresponde a una extinción del dominio, este instrumento es exequible porque la Constitución autoriza restricciones intensas al derecho de propiedad, diferentes a la extinción de dominio. Pone de relieve que el derecho a la propiedad no es uno fundamental, sólo lo será por conexidad. Así, recalca que la Constitución, en materia de propiedad, y especialmente en relación con el tratamiento de bienes ilícitos, no contiene un orden cerrado, sino que, por el contrario, permite la incorporación de nuevas normas que introduzcan diversos modelos para alcanzar las finalidades constitucionales. En el caso concreto, señala que la Constitución permite utilizar distintos medios para privar al infractor de los bienes adquiridos ilícitamente. En este sentido, a su juicio, lo consagrado en el artículo 34 de la Constitución no puede interpretarse como si la extinción del dominio fuera la única posibilidad constitucional para privar del dominio ilícito de los bienes. Como ejemplo de esto, pone de presente el comiso, el que considera un buen ejemplo de cómo existen distintas formas de configuración para el tratamiento de bienes ilícitos. Señala que en palabras de la Corte en las sentencias C-459 de 2011 y C-591 de 2014, el comiso es una medida que priva del dominio a un bien por la vinculación de éste con un delito o una falta administrativa. Resalta que la figura del comiso no está contemplada en la Constitución, ni existe una norma expresa que la autorice, lo que no hace que se torne inconstitucional (sentencia C-782 de 2012 y C-459 de 2011). Precisó que aunque el comiso no es un mecanismo de extinción del dominio, siempre ha sido permitido en el ordenamiento colombiano y, esa circunstancia, de no contar con una fuente

directa en la Constitución, no la convierte en una norma inconstitucional, lo que pone de presente el margen de configuración que en materia del manejo de bienes ilícitos se reconoce al legislador.

El segundo problema que señaló el interviniente es el tema de la sentencia judicial. Considera que la herramienta prevista en el decreto ley es constitucional porque en el ordenamiento jurídico colombiano no siempre es necesaria una sentencia judicial para trasladar bienes a la titularidad del Estado. Argumenta que el debido proceso es un derecho fundamental que puede ser restringido a través de una ponderación. Considera que existe una finalidad constitucional para que el artículo 34 hubiere exigido que la extinción del dominio se hiciera a través de sentencia judicial y ésta tiene que ver con la protección del debido proceso en la disposición de los bienes. Así, sostiene que lo que debe evaluarse en el presente caso es qué ocurre si a través de una negociación, dentro de un proceso de paz, el grupo que se reinserta a la sociedad decide denunciar directamente los bienes que posee y opta por renunciar a las garantías del proceso judicial. La respuesta es, en su concepto, que es constitucionalmente posible hacerlo, sobre todo si con esta opción se satisfacen valiosos bienes jurídicos, como la reparación a las víctimas. Así, indica que en una ponderación del derecho a la reparación de las víctimas este mecanismo debe ser declarado constitucional, porque justamente conduce a una mayor reparación. Agregó que la Constitución permite mecanismos que determinan la pérdida del dominio a través de herramientas administrativas como la expropiación y el decomiso administrativo, que no requieren, sentencia judicial. Indicó que podría decirse como un contra argumento que el anterior no es un ejemplo acertado porque no se trata de bienes o de conductas ilícitas y porque allí existe, precisamente, autorización constitucional para hacerlo. No obstante, puede señalarse que el ordenamiento colombiano también contempla la figura del decomiso administrativo, a través del cual se sanciona a una persona con la privación de su bien, sin indemnización, cuando está vinculado con una infracción de carácter administrativo, aduanero o policivo. Por lo tanto, señaló el interviniente que la Corte siempre ha considerado que estas dos figuras son formas legítimas de restringir y de limitar la propiedad.

Durante la audiencia pública, el Magistrado Carlos Bernal Pulido preguntó al interviniente Montealegre acerca de si, en su concepto, el Decreto Ley 903 de 2017 introduce por vía legal una limitación a la propiedad, dentro del marco de acción del legislador y, si en este caso, el Fiscal decidiera ejercer la acción de extinción de dominio sobre estos bienes, ¿Dicho ejercicio sería constitucional?

En respuesta a la pregunta, el interviniente explicó que una vez se entrega el inventario con los respectivos bienes descritos, hay un mecanismo de traslado de la titularidad de algunos activos de una organización insurgente que pasan a manos del Estado, a través de un mecanismo que está reemplazando la extinción del dominio. Luego, en el momento en que se formaliza la entrega,

se daría un vaciamiento de las competencias de la Fiscalía General de la Nación frente al ejercicio de dicha acción, en tanto que se pierde su objeto, pues se está creando un mecanismo sustitutivo y alternativo a la extinción del dominio y, por lo tanto, hay una pérdida de competencia. En otras palabras, dejarán de configurarse las causales para perseguir dichos bienes ya que su procedencia ilícita se transforma en lícita, para reparar a las víctimas. Además, porque el Decreto 903 es norma especial que prima sobre las generales, como las relativas a la extinción del dominio. Finalmente funda su respuesta en el principio de buena fe, que exige el cumplimiento del Acuerdo de Paz.

Agregó que dicha pérdida de competencia se da, no solamente por la estructura del manejo de los bienes y del traslado de los mismos de la organización insurgente al Estado, sino también, por la regla general de competencia que se estableció fundamentalmente en el Acto Legislativo 01 de 2017 según la cual respecto de todos los delitos, actos o hechos que tengan relación con el conflicto, su juzgamiento le corresponde a la Jurisdicción Especial para la Paz. En ese sentido, la Constitución sólo dejó casos excepcionales para que la Fiscalía General de la Nación conozca. Un ejemplo de ello en opinión del interviniente sería la investigación y juzgamiento de los terceros.

El profesor Vicente Emilio Gaviria Londoño explicó que hay una realidad que se desconoce cuando se hace alusión a la necesidad de que se establezca la extinción del dominio sobre los bienes a disposición de las FARC. Pues si bien es cierto que existe este procedimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, se está desconociendo que en los procesos de extinción del dominio las víctimas no hacen parte del mismo, ya que en dicho proceso, son partes la Fiscalía, el Ministerio de Justicia, la Procuraduría y los afectados, pero no las víctimas. Por eso, muchas personas que trabajan en el sistema de extinción de dominio han denunciado que *“la peor pesadilla que pueden padecer las víctimas es que dentro del proceso penal que se esté adelantando en contra de su victimario, los bienes que están allí afectados con medidas cautelares sean remitidos al trámite de extinción de dominio”*, pues en el evento en que este prospere pasan por expresa disposición de la Ley 1708 de 2014 y de la Ley 1849 de 2017, en un 25% a la Fiscalía General de la Nación, en un 10% a la Policía Nacional, en un 40% al Gobierno Nacional y sólo un 5% va a un fondo para la reparación de las víctimas. Es decir, que la destinación de dichos bienes es para las entidades estatales y no para las víctimas, lo que implica que esta propuesta no consulta sus derechos. A su juicio, *“someter los bienes y activos a disposición de las FARC-EP al proceso de extinción de dominio impide el acceso real, pronto y directo de las víctimas a la reparación de daños, lo cual puede comportar una segunda victimización a manos del Estado”*. Adicionalmente, señaló que el beneficiario de la extinción del dominio es el Estado, no las víctimas, razón por la cual resulta razonable escoger un mecanismo diferente a la extinción del dominio. Ahora bien, precisó que estos bienes sólo tendrán este destino, si son regularmente incluidos en el inventario.

Destacó que resulta importante conocer cuáles son los bienes de las FARC que conformarán el inventario, pues éste puede comprender los uniformes, las armas, en fin, pueden existir una cantidad de bienes que tengan comercio ilícito o que no, pero que son bienes que tienen una procedencia muy diferente. Por ejemplo, pueden estar las reses, propias del delito de abigeato, dineros fruto del ejercicio de actividades al margen de la ley (secuestro, extorsión, hurto de bienes, narcotráfico) y si la respuesta que ofrece la legislación colombiana es la de la extinción del dominio, no se estaría haciendo ninguna clase de diferencia en relación con los mismos.

Respecto de la pregunta de si se puede convertir en lícito un patrimonio ilícito, por el hecho de que se conviertan en bienes del Estado, consideró que es necesario tener en cuenta que en el presente caso, se está hablando de la constitución de un patrimonio autónomo fiduciario donde van a entrar los bienes inventariados por las FARC. Sostuvo que esta figura encuentra sustento constitucional en el artículo 250 de la Constitución el que, si bien alude a una facultad del Fiscal General de la Nación, también se ha entendido que corresponde a cualquier administrador de justicia adoptar las medidas que considere necesarias para que tenga lugar la indemnización de las víctimas y el restablecimiento del derecho quebrantado. Es decir que constitucionalmente se establece un sistema de *numeros apertuos* en materia de los mecanismos para lograr la reparación de las víctimas.

Finalmente, el Procurador General de la Nación, en su concepto y durante la audiencia pública, expone que la creación del fondo responde a la función del legislador de determinar la estructura de la Administración Nacional (numeral 7 del artículo 150 de la Constitución), con el amplio margen de configuración en la materia.

Explicó que la entrega de todos sus bienes que las FARC hacen al Gobierno Nacional, en los términos del artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017 materializa una extinción del dominio atípica, *sui generis*, concertada políticamente, bajo el principio de buena fe entre las partes, con un fin específico, para que el Estado pueda, legítimamente, en un esquema de justicia transicional, recibir los bienes provenientes del delito y utilizarlos para una finalidad constitucionalmente imperiosa como es la reparación de las víctimas; de lo contrario la conformación del patrimonio autónomo estaría viciada por la ilegitimidad de la procedencia de los bienes, pues sería tanto como considerar que existió una donación o una asociación entre el grupo guerrillero y el Estado. Explica que la razón de esa extinción del dominio acordada radica en que todos los bienes y activos de las FARC que entregue al gobierno nacional, son producto de los delitos que se cometieron en razón o con ocasión del conflicto armado.

Frente a preguntas formuladas por el Magistrado Carlos Bernal Pulido durante la audiencia pública¹⁰⁴, el Procurador General de la Nación sostuvo que es necesario concluir que no es posible realizar interpretaciones que debiliten la extinción del derecho de dominio, como instrumento para luchar contra la criminalidad. Explica que en la filosofía de la extinción del dominio se encuentra que bienes que tienen un origen indebido e ilegal deben ser devueltos al Estado. Por eso sostiene que esta extinción del dominio *sui generis* debe contemplar las garantías propias del procedimiento de extinción del dominio tradicional, particularmente en lo relativo a la participación de la Fiscalía, justamente en un proceso que requiere generar confianza y para permitir el saneamiento de dichos bienes y determinar la afectación de los terceros. En otras palabras sostiene que la entrega o devolución de estos bienes debe darse en el marco del artículo 34 de la Constitución. Agregó que para garantizar los derechos de las víctimas, este patrimonio autónomo supone la vigencia de todos los principios constitucionales, pero se espera la expedición de los decretos reglamentarios, pero no resultaría admisible la privatización plena de ese fondo, negando su naturaleza pública y la naturaleza pública de dichos recursos.

El Magistrado Alejandro Linares Cantillo preguntó durante la audiencia pública a al Fiscal General de la Nación, al Procurador y al Ministro de Justicia, respecto de la posibilidad constitucional de que exista una extinción voluntaria del dominio, tal como lo sugiere la Procuraduría en su intervención.

El Fiscal General de la Nación explicó que justamente la Ley de Extinción de Dominio que acaba de ser promulgada crea la posibilidad de que el titular de bienes ilícitos pueda, de manera espontánea, entregar los mentados bienes a la Fiscalía, en un proceso desarrollado con el Ministerio de Justicia y Derecho, para que se dé paso previo a la extinción del dominio.

El Ministro de Justicia y del Derecho resaltó la delación de bienes que se encuentra presente en la nueva ley de extinción del dominio y en este contexto podría ubicarse la extinción voluntaria del dominio, dentro del principio de buena fe.

El Procurador General de la Nación señaló que la extinción concertada está en la ley. Por eso insiste en que la intervención de la Fiscalía es necesaria no sólo para garantizar legalidad, sino legitimidad y confianza a este proceso.

En cuanto a los derechos de los terceros y la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo:

¹⁰⁴ “1. En relación con la intervención del señor Procurador General de la Nación ¿De qué manera piensa que el artículo 2 del decreto ley garantiza los derechos de las víctimas que pueden estar ligados a posibles acciones penales, que este artículo precluye?

2. Como usted ha manifestado enfáticamente que una interpretación del artículo 4 implica que todos los recursos de este fondo se destinarán a las víctimas, ¿Qué justificación tiene esa interpretación en el texto del artículo 4?”

El Ministro de Justicia y del Derecho señala que el Gobierno Nacional cuenta con un sistema de información muy robusto en entidades como la Unidad de Restitución de Tierras, la Agencia Nacional de Tierras, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, las oficinas de catastro y registro y las unidades de información y análisis financiero, entre otras, el cual permite cotejar la veracidad y autenticidad del inventario de los bienes presentados por las FARC.

La SAE sostiene que en lo relativo a la verificación de la titularidad y procedencia de los bienes inventariados, así como lo atinente a los derechos de las víctimas de despojo por parte de las FARC, no es posible emitir un concepto preciso, ya que lo relativo al alistamiento y saneamiento de los bienes serán aspectos posteriormente previstos en otras normas. Empero, sostuvo que no hay incompatibilidad entre este decreto y la Ley 1448 de 2011, ya que el primero no modifica ni sustituye la normatividad existente en materia de reparación integral de las víctimas del conflicto armado y, por esto, expresamente lo previó su artículo 5.

La UARIV señala que en la reglamentación de este decreto, se deberá precisar que se dará prelación a la acción de restitución frente a la inclusión en el fondo, de acuerdo con la sentencia C-694 de 2015.

La Universidad Libre resalta que el decreto no prevé mecanismos para proteger a las víctimas de despojo de bienes que terminen siendo incluidos en el inventario. Sin embargo, indica que podría acudir a la analogía al artículo 72 de la Ley 1448 de 2011, el que dispone que cuando no sea posible la restitución jurídica o material del bien despojado, se ofrecerán alternativas de restitución por equivalente o la compensación en dinero, teniendo en cuenta que los bienes inventariados constituirán una universalidad, razón por la cual será difícil entregar el bien despojado a cada víctima. Esto demuestra la importancia de verificar la titularidad y procedencia de los bienes, por lo que solicita que la Corte Constitucional estudie el tema que no fue regulado por el decreto.

El movimiento Voces de Paz y Reconciliación comenta que las actividades de las FARC exigían utilizar o usufructuar tierras e inmuebles dentro de los que se encuentran: i) las tierras baldías; ii) las tierras baldías ocupadas por terceras personas; iii) la utilización de tierras de propiedad privada, en donde los propietarios abandonaron sus predios y como consecuencia de ello la organización rebelde los usufructuó y adicionó mejoras, o en el caso en que los propietarios aceptaron transacciones económicas de diversa índole debido a la ocupación derivada de las acciones de guerra y militares; y iv) otros bienes y valores. En relación a lo anterior, el vocero aclaró que: i) Debido a que los integrantes del grupo se encuentran en las Zonas y Puntos de Normalización, se puede afirmar que dichas tierras baldías no se encuentran hoy ocupadas, pero debido a la posesión continua por parte de dicho grupo, existen mejoras que deben ser tasadas en desarrollo de las medidas previstas

en el Decreto Ley objeto de estudio; ii) Se terminaron las transacciones económicas de diversa índole realizadas con propietarios de predios privados; iii) Respecto de las tierras baldías ocupadas por terceros, si aún hay ocupantes, ellos son los titulares del derecho material de posesión y de las mejoras que se hayan realizado; iv) Al no estar siendo utilizadas por las FARC las tierras baldías ocupadas por terceros, podrían operar los mecanismos judiciales vigentes para el restablecimiento de la posesión material, perdida transitoriamente; v) Respecto de las tierras abandonadas, los propietarios legítimos seguramente ya han regresado o están en capacidad de regresar, debido a que la utilización de los mismos, por parte de las FARC ha concluido, pudiendo operar de igual manera los mecanismos judiciales vigentes para el restablecimiento de la posesión que se había perdido transitoriamente; y vi) Existen otro tipo de bienes y activos que no pueden ser identificados ni individualizados en el inventario, debido a las condiciones irregulares, transitorias e itinerantes de las acciones militares guerrilleras, adelantadas dentro de un tiempo prolongado y de múltiples áreas complejas de la geografía nacional.

Resalta que la transferencia de los bienes dependerá de si se debe o no esclarecer la titularidad de los bienes, lo que será función exclusiva del Departamento Administrativo de la Presidencia, sin dejar a un lado que para determinar dicha titularidad habrá ciertas dificultades. Señala que en el caso de los bienes muebles que se incluyan en el inventario se podrán incorporar al fondo y en ciertos eventos se procederá a su monetización, teniendo en cuenta las normas contables sobre depreciación. Tratándose de tierras e inmuebles habrá que distinguir entre si son tierras baldías y pertenecen a la Nación, pudiendo llegar a ser parte del fondo, o si son tierras de propiedad privada; caso en el cual su ingreso al fondo dependerá de la titularidad y la forma de reconocimiento económico por parte del Estado. En consecuencia, considera que se deben utilizar los mecanismos reconocidos en el ordenamiento jurídico para el esclarecimiento de la propiedad, y los establecidos para la restitución de tierras o la recuperación material del dominio. En el caso de las mejoras que se hayan realizado sobre los territorios baldíos, podrán entrar al fondo. De lo contrario, si éstas pertenecen a personas jurídicas o naturales, su ingreso al fondo estará determinado por la previa determinación de la titularidad y la forma de reconocimiento por parte del Estado.

La Unidad de Restitución de Tierras resalta que la Ley 975 de 2005 estableció que los desmovilizados debían devolver los bienes, incluidas las tierras¹⁰⁵. No obstante, estos bienes solamente se obtenían a partir de la credibilidad que se tenía sobre la declaración del victimario. Sin embargo, en aplicación de dicha norma los victimarios no hablaron respecto de las tierras despojadas, de manera que la Unidad contaba con muy pocos bienes para su restitución.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 370/05.

En el año 2011, con la expedición de la Ley 1448, se invirtió la carga de la prueba en la materia, de modo que ahora se le daba credibilidad a la víctima y, por ello, a quien se le endilga una responsabilidad tiene la obligación de acreditar los medios a través de los cuales adquirió el respectivo bien. En esa medida, la diferencia respecto de la aplicabilidad de la norma fue inmensa, por cuanto hasta el día de hoy, han sido restituidos 4274 predios a las víctimas del conflicto armado.

Ahora, cuando se fue a discutir el tema de la reparación a las víctimas en la mesa de la Habana, el Gobierno Nacional fue muy claro en señalar que la restitución de tierras no sería negociada, de modo que los bienes que fueron despojados a las víctimas debían ser devueltos y, en razón de ello, se hizo un esfuerzo por garantizar la misma con los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial y la reparación colectiva.

Manifestó que en el año 2007, la Corte Constitucional señaló que la reparación es un derecho fundamental y que la restitución es el componente preferente de la misma, por ende, se trata de una garantía fundamental de carácter irrenunciable. Así lo entendió el legislador cuando en el artículo 73 de la Ley 1448 de 2011 estableció que la restitución de tierras es una medida preferente. De manera posterior, el interviniente indicó que la restitución de tierras se puede entender como el hecho de retornar a la persona al momento anterior a su victimización. En ese sentido, planteó y respondió las siguientes preguntas con la finalidad de ilustrar a la Corte:

- (i) *¿Quiénes podían ser restituidos?* Como respuesta a la pregunta, el interviniente manifestó que tanto a la víctima a quien le fue usurpado su bien, como el poseedor y el ocupante del bien baldío podían ser objeto de la restitución de tierras.
- (ii) *¿Qué bienes son susceptibles de restitución?* Aquellos bienes que constituyen propiedad privada, así como los baldíos adjudicables y aquellas tierras que tienen el carácter de inembargables e imprescriptibles cuando quien las posea sea una comunidad indígena bajo los términos de la ley.

Frente a la propiedad privada, explicó que a la víctima solamente se le restituye hasta una unidad agrícola familiar –UAF- y el otro porcentaje de tierra, es entregado a la Agencia Nacional de Tierras – ANT-, para ser entregada a otros campesinos sin tierra.

- (iii) *¿Qué bienes no son susceptibles de restitución?* Los bienes baldíos que tienen limitaciones ambientales y que no permiten ser entregados en adjudicación, así como los territorios étnicos dado que no pueden entrar a un fondo o una fiducia.

En ese sentido consideró que el artículo 5 del Decreto Ley 903 de 2017 salvaguarda los derechos de los despojados, pero además de todas las víctimas del conflicto, en la medida en que la norma señala expresamente que éstos últimos no se limitan, anula o restringen de alguna forma.

Adicionalmente, el interviniente refirió que ya que el artículo 73 de la Ley 1448 de 2011 define a la restitución como un derecho preferente, le incumbe a la justicia restitutiva decidir si procede o no la entrega de un bien, que entra a un fondo y es solicitado en restitución. Lo anterior, es reforzado con el artículo 95 de la misma normatividad, que establece un fuero de atracción, en el sentido de suspender cualquier proceso administrativo o notarial sobre un predio que es solicitado en restitución, para que sea la misma justicia restitutiva la que defina su entrega.

Explicó que esa norma que se aplica en el caso de los desmovilizados de los grupos paramilitares, cuando entregan bienes que están siendo sometidos a un proceso de justicia y paz, con la finalidad de que sea la justicia quien defina si procede o no la restitución del predio y en caso de no ser restituido, el bien es devuelto al Estado con la finalidad de que repare a las víctimas. El mismo tratamiento recibirán entonces los bienes adquiridos a través de procedimientos de extinción del dominio, en tanto que se restituyen a personas que han sido despojadas. En ese sentido, apunta que el fuero de atracción de la justicia restitutiva -que encuentra su fuerza normativa en la Ley 1448 de 2011- y el Decreto Ley 903 de 2017 pueden cohabitar de manera armónica dentro del ordenamiento jurídico.

Finalmente indicó que el fondo que pretende crearse a través del Decreto Ley 903 de 2017 es compatible con el de restitución de tierras, ya que actualmente, este último cohabita con el fondo de justicia y paz, sin presentar inconveniente alguno.

El Procurador General de la Nación señaló durante la audiencia pública que una exigencia del debido proceso consiste en que se creen medios para facilitar el derecho de oposición de los terceros que se vean afectados por la indebida conformación del inventario, cuando se incluyan bienes que las FARC consideraba de su patrimonio y que se entregaron al Estado. Preciso que respecto de aquellas personas que resultaron afectadas por la indebida conformación del inventario y respecto de esos bienes, no sería posible hacer valer la exclusión de las acciones penales que prevé el decreto y recordó que el artículo 34 de la Constitución prevé un mecanismo que garantiza los derechos de los terceros. En este caso, una exigencia del debido proceso consiste en que se creen medios para facilitar el derecho de oposición de los terceros que se vean afectados por la indebida conformación del inventario, cuando se incluyan bienes que las FARC consideraba de su patrimonio y que se entregaron al Estado.

De otro lado, en relación con acciones de restitución de tierras, la recuperación de baldíos y clarificación de la propiedad, la Procuraduría encontró que quizás estas acciones pueden ser utilizadas, siempre y cuando tengan por finalidad reclamar por causa de una indebida conformación del inventario de bienes y no como mecanismo de reparación de las víctimas, ya que esto deberá proceder de conformidad con los procedimientos dispuestos en la justicia transicional, como se explicó anteriormente.

Finalmente, frente a las acciones de clarificación de la propiedad y de restitución de tierras que ya han sido incoadas como mecanismo de reparación, recalcó que su procedencia estaba limitada en la medida en que dichas reclamaciones sólo podían ser anteriores a la celebración del Acuerdo Final y, por consiguiente, estos bienes no quedan cobijados por la exclusión de acciones que realiza el decreto examinado.

Examen de constitucionalidad:

65. El artículo 2 del Decreto Ley 903 de 2017 dispone que el inventario elaborado deberá ser entregado a la Misión de las Naciones Unidas y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación, quienes deberán hacerlo llegar al Gobierno nacional, para que éste lo incorpore al patrimonio autónomo previsto en el artículo siguiente. Prevé que con la entrega del inventario se entenderá plenamente concluida la dejación de armas y la terminación de todas las actividades y conductas propias del conflicto armado interno. También dispone que de acuerdo con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, respecto de la tenencia, uso y usufructo colectivo o individual de los bienes, enseres y valores comprendidos en el inventario objeto de este decreto que sean transferidos al patrimonio autónomo, que se considera han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC, no cabe acción penal alguna de la Jurisdicción Ordinaria por conductas cuyos actos de ejecución hayan ocurrido antes de la entrega de referido inventario. Esta norma suscita varios problemas jurídicos a la luz del presente control de constitucionalidad así:

- ¿La expresión “*Con dicho acto se entenderá plenamente concluida la dejación de armas y la terminación de todas las actividades y conductas propias del conflicto interno*” vulnera el contenido del inciso 1 del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, que dispone que el proceso de dejación de las armas termina con la finalización del proceso de extracción de las mismas por parte de las Naciones Unidas?
- ¿Desconoce la Constitución Política, en particular los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, la consideración introducida en el artículo 2 del Decreto Ley 903 de 2017, según la cual, los bienes transferidos al patrimonio autónomo se considera que han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC?
- ¿Vulnera el artículo 2 del Decreto Ley 903 de 2017 lo dispuesto por el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, al excluir las

acciones penales ante la Jurisdicción Ordinaria, por conductas cuyos actos de ejecución hayan ocurrido antes de la entrega del inventario?

- ¿La creación de un patrimonio autónomo – Fondo de Víctimas - que servirá de receptor de los bienes inventariados, prevista en el artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017 y referido en el artículo 2 del mismo desconoce el artículo 34 de la Constitución en lo relativo a la extinción del dominio y vulnera los derechos de los terceros de buena fe que puedan tener interés en dichos bienes?

En el mismo orden expuesto, se procederá a la resolución de cada uno de los problemas jurídicos planteados:

La determinación del momento de terminación del proceso de dejación de las armas

66. La expresión “*Con dicho acto se entenderá plenamente concluida la dejación de armas y la terminación de todas las actividades y conductas propias del conflicto interno*”, presenta, *prima facie*, una contradicción respecto del inciso 1 del artículo 5 transitorio del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2017, el que dispone, respecto de los exguerrilleros, que “*el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas desarrollado desde el primero de diciembre de 2016 hasta el momento en el que finalice el proceso de extracción de las armas por parte de Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo Final*”. Mientras para el acto legislativo el proceso de dejación de las armas se entendería concluido con la finalización de la extracción de las armas por parte de la Organización de las Naciones Unidas, para el decreto ley bajo revisión, la entrega del inventario de bienes a disposición de las FARC determinaría la plena conclusión del proceso de dejación de las armas. Así, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2017 hace parte del parámetro del control de la constitucionalidad del decreto ley, de verificarse la contradicción, la norma revisada resulta inconstitucional.

67. En realidad, la contradicción es meramente aparente, teniendo en cuenta que la entrega definitiva del inventario y la finalización de la extracción de las armas por parte de las Naciones Unidas son momentos coincidentes desde el punto de vista temporal, ya que ambas ocurrieron el 15 de agosto de 2017. El artículo 2 del Decreto Ley 903 de 2017 no tiene entonces por objeto, ni por efecto, ampliar el término para la dejación de las armas, por lo que no existe contradicción respecto del Acto Legislativo 01 de 2017 y en este sentido no existe vicio de constitucionalidad al respecto.

68. Por demás, encuentra la Sala Plena que no es irrazonable que el decreto ley revisado disponga que la entrega del inventario de los bienes también hace parte del proceso de dejación de las armas y determina la terminación del conflicto armado, teniendo en cuenta que la entrega de los bienes a disposición de las FARC pretende hacer cesar el efecto de las conductas

ilícitas y dar paso a la reparación material de las víctimas y, tiene por efecto fundamental, neutralizar los recursos necesarios para la financiación del conflicto, lo que contribuye a la garantía de no repetición.

69. En vista de lo anterior, la expresión “*Con dicho acto se entenderá plenamente concluida la dejación de armas y la terminación de todas las actividades y conductas propias del conflicto interno*”, prevista en el artículo 2 del decreto ley bajo control, será declarada exequible.

La determinación del carácter colectivo de los bienes a disposición de las FARC y los derechos de las víctimas

70. El artículo segundo bajo revisión introduce una ficción jurídica según la cual se considera que los bienes incluidos en el inventario e incorporados al patrimonio autónomo para la reparación de las víctimas, han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC. Se trata de una ficción jurídica¹⁰⁶ teniendo en cuenta que efectivamente el grupo ilegal FARC no constituía una persona jurídica y, por lo tanto, no era un centro de imputación jurídica capaz de ser titular de derechos reales respecto de dichos bienes. A partir de esta consideración, resulta necesario determinar si la misma resulta constitucional en razón del fin perseguido por la misma o de los efectos que produce, elementos interdependientes.

71. Varias podrían ser las funciones (efectos) atribuibles a esta ficción, razón por la cual resulta necesario examinar la constitucionalidad de cada una de ellas. En primer lugar dicha ficción podría conducir a diluir las diferentes responsabilidades individuales, jurisdiccionales y administrativas, por los hechos de los que sean fruto dichos bienes o que hayan sido cometidos gracias a los mismos o sobre los mismos, al resultar incompatible con el carácter personal de las responsabilidades de tipo sancionatorio, tanto en lo penal, como en lo administrativo. En segundo lugar la ficción jurídica de tratarse de bienes colectivos de las FARC podría tener por efecto obstaculizar el derecho de las víctimas a la verdad, ya que excluiría la posibilidad de determinar individualmente de dónde provienen dichos bienes, qué se hizo con ellos, a quiénes afectaron y quiénes son los responsables de dichos actos.

72. Estas dos interpretaciones de la expresión “*que se considera han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC-EP*” resultarían inconstitucionales, por incluir una amnistía velada, que sería contraria al derecho fundamental de las víctimas a la verdad, como elemento reparador, al

¹⁰⁶ Con el fin de determinar la constitucionalidad de la presunción de dolo y culpa introducida en el artículo 220 de la Ley 1801 de 2016, *Código Nacional de Policía y Convivencia*, la Corte recogió la jurisprudencia en la materia y concluyó que para que este tipo de presunciones sean constitucionales deben reunir una serie de requisitos, entre los cuales “*Deben ser verdaderas presunciones, no ficciones. Por consiguiente, las presunciones de dolo y culpa deben ser construidas a partir de la experiencia y de un razonamiento lógico*”: Corte Constitucional, sentencia C-227/17. Las presunciones son entonces hechos exentos de prueba que resultan de la realidad, la experiencia y la lógica, mientras que las presunciones son un artificio jurídico, concebido con un fin determinado dentro del ordenamiento jurídico, que supone un hecho contrario a la realidad.

tiempo que afectarían el derecho de la sociedad colombiana a la construcción de la memoria histórica del conflicto armado¹⁰⁷ y desconocerían que la contribución a la verdad es una condición para el acceso y conservación de los beneficios de la justicia transicional. Esto implica entonces que la ficción en cuestión no puede tener por efecto ni excluir responsabilidades, ni impedir el derecho a la verdad, lo que vulneraría los derechos de las víctimas, entre los que se encuentran la obligación del Estado de luchar contra la impunidad, al tiempo que las amnistías e indultos no generen impunidad ni vulneren el derecho de la sociedad y de las víctimas a esclarecer la verdad de lo ocurrido en el desarrollo del conflicto¹⁰⁸.

73. Una tercera interpretación consistiría en que dicha ficción tiene efectos respecto del deber de contribuir a la reparación material de las víctimas. Esta función parecería ser consecuente con una interpretación sistemática y teleológica del decreto ley bajo revisión. Se trata de entender que la ficción se funda en el hecho de que, a pesar de que las FARC no constituían una persona jurídica, la negociación no se realizó individualmente, sino como un grupo bajo una unidad de mando, y que como tal asumía en conjunto los compromisos derivados del Acuerdo Final. En este contexto, la ficción del carácter colectivo de dichos bienes buscaría, por una parte, que la reparación de las víctimas de las FARC se realice con todos los bienes, así no hayan jurídicamente pertenecido a su victimario concreto, individualmente considerado y, por otra parte, que en el cumplimiento de condicionalidades para acceder y conservar los beneficios propios de la justicia transicional, todos los ex miembros de las FARC, incluidos en los listados propios del Acuerdo Final, puedan contribuir a reparación y no únicamente aquellos miembros que dentro de sus funciones en el grupo eran encargados de labores relativas a los bienes.

74. Esto resulta concordante con el hecho de que si bien es cierto que en el marco del Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y no Repetición se pueden establecer obligaciones individuales o colectivas en materia de reparación de las víctimas, de acuerdo con los artículos 14, 33 y 50 de la Ley 1820 de 2016¹⁰⁹, las medidas de reparación material que sean impuestas en el marco de dicho sistema de justicia transicional, deberán ser satisfechas *prima facie* con la masa de bienes que conforman el inventario de bienes de las FARC, en vista de garantizar el derecho a la igualdad de las víctimas.

¹⁰⁷ “Respecto del derecho a la verdad, la CIDH ha afirmado que este implica (i) el derecho de las víctimas y de sus familiares a conocer la verdad real sobre lo sucedido, (ii) a saber quiénes fueron los responsables de los atentados y violaciones de los derechos humanos, y (iii) a que se investigue y divulgue públicamente la verdad sobre los hechos. Así mismo, (iv) en el caso de violación del derecho a la vida, el derecho a la verdad implica que los familiares de las víctimas deben poder conocer el paradero de los restos de sus familiares. De otra parte, (v) la CIDH ha resaltado el doble carácter del derecho a la verdad, que no solo se predica respecto de las víctimas y sus familiares, sino respecto de la sociedad como un todo con el fin de lograr la perpetración de la memoria histórica. Finalmente, (vi) la CIDH ha evidenciado la conexidad intrínseca entre el derecho a la verdad, y el derecho a la justicia y a la reparación”: Corte Constitucional, sentencia C-715/12. El derecho fundamental de las víctimas a la reparación, se interrelaciona con los derechos a la verdad y a la justicia: Corte Constitucional, sentencia C-753/13.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-715/12.

¹⁰⁹ Cuya exequibilidad fue condicionada mediante la sentencia C-007/18

75. Esta interpretación resulta constitucional ya que, al tiempo que no excluye responsabilidades ni el deber de contribuir a la verdad de lo ocurrido, materializa el derecho fundamental de las víctimas a la reparación, en condiciones de igualdad¹¹⁰. En este sentido, la sentencia C-370 de 2006 declaró la constitucionalidad de las medidas penales benévolas propias de la justicia transicional, pero condicionadas al cumplimiento integral de las obligaciones de la justicia restaurativa que ésta incorpora. Lo anterior, por lo demás, quedó establecido en el inciso final del Acto Legislativo 01 de 2007, en los siguientes términos: “*Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectados a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz*”¹¹¹.

76. Así las cosas, es necesario concluir que la expresión “*que se considera han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC-EP*”, incluida en el artículo 2 del Decreto Ley 903 de 2017, incluye una ficción que sólo tiene efectos respecto del deber reparar materialmente a las víctimas. Así, tal ficción en modo alguno impide la determinación de las responsabilidades individuales con respecto de las actividades, en el marco del conflicto, asociadas con dichos bienes, ni excluye el deber de contribuir a la verdad, en lo relativo al origen y utilización de los mismos.

La exclusión de la acción penal ante la Jurisdicción Ordinaria por actos anteriores a la entrega del inventario

77. En el acápite relativo a las materias excluidas de la competencia legislativa atribuida al Presidente de la República mediante el Acto Legislativo 01 de 2016 se concluyó que el artículo segundo del decreto ley bajo revisión no constituye una exclusión de responsabilidad o extinción de acciones propia de una amnistía, la que requeriría necesariamente la expedición de la una ley del Congreso de la República, con las mayorías exigidas en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución Política, sino que se trata de una norma que determina la competencia jurisdiccional para establecer la responsabilidad penal individual por la comisión de delitos anteriores y posteriores a la entrega del inventario de bienes a disposición de las FARC. Esto ya había sido establecido por el Acto Legislativo 01 de 2017, razón por la cual deberá examinarse la constitucionalidad del presente decreto ley, frente a dicho parámetro de validez. Para esto, se cotejarán las dos

¹¹⁰ El sistema de reparación a las víctimas se funda en los principios de dignidad humana, buena fe, igualdad, debido proceso, progresividad, gradualidad y sostenibilidad.

¹¹¹ Declarado constitucional mediante la sentencia C-674/17, donde se establecieron los elementos del régimen de condicionalidades de los beneficios de la justicia transicional, reiterada en la sentencia C-007/18.

normas, se realizará su interpretación y se decidirá respecto de la constitucionalidad de la norma bajo examen.

<p>Incisos 4 y 5 del artículo 5 transitorio de la CP, introducido por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2017</p>	<p>Artículo 2 del Decreto Ley 903 de 2017</p>
<p>(...) <i>Cuando se trate de delitos de ejecución permanente atribuibles a cualquiera de las personas sobre las que la JEP tiene competencia, cuya comisión haya comenzado antes del primero de diciembre de 2016, la JEP mantendrá su competencia respecto de ellos si con posterioridad a esa fecha no han cesado sus efectos, e inaplicará las sanciones propias y alternativas si concluye que se incumplieron las condiciones del Sistema. En todo caso, corresponderá a la Jurisdicción Ordinaria la investigación y juzgamiento de los delitos de que trata el libro segundo, capítulo quinto, título décimo del Código Penal, cuando ellos se cometan sobre bienes o activos que no hayan sido incluidos en el inventario definitivo acordado y elaborado durante el tiempo que las FARC-EP permanezcan en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización en el proceso de Dejación de Armas, y siempre que se hayan realizado actos de ejecución después de la entrega definitiva de ese inventario.</i></p> <p><i>Corresponderá a la Jurisdicción Ordinaria la investigación y juzgamiento de los delitos de que trata el libro segundo, capítulo quinto, título décimo del Código Penal, cuando ellos se cometan por no combatientes, financiadores o agentes del Estado respecto de bienes inmuebles que hayan sido adquiridos mediante despojo o abandono</i></p>	<p>(...) <i>En consonancia con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, respecto de la tenencia, uso y usufructo colectivo o individual de los bienes, enseres y valores comprendidos en el inventario objeto de este decreto que sean transferidos al patrimonio autónomo, que se considera han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC-EP no cabe acción penal alguna de la jurisdicción ordinaria por conductas cuyos actos de ejecución hayan ocurrido antes de la entrega de referido inventario”.</i></p>

<i>forzado, siempre que por parte de aquellos se hayan realizado actos de ejecución después de la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo”</i>	
--	--

78. A pesar de las diferencias entre ambas normas, el artículo segundo bajo revisión prevé la regla para su interpretación, al disponer que lo dispuesto debe entenderse “*En consonancia con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017*”. Esto implica, en primer lugar, que es necesario entender que el decreto ley bajo control, al tener por objeto lo relativo a los inventarios de los bienes a disposición de las FARC, no guarda relación alguna con las reglas de determinación de la jurisdicción competente para los no combatientes, financiadores y agentes del Estado¹¹², sólo determina la jurisdicción competente respecto de los miembros de las FARC, y está circunscrita a determinadas conductas penales que involucran los bienes que componen el inventario, o que han debido integrarlo.

79. En segundo lugar, a pesar de tener una redacción diferente, positiva para el Acto Legislativo al atribuir competencia para la Jurisdicción Ordinaria y negativa, para el decreto ley, al excluir la competencia de la misma, tienen el mismo efecto normativo: tanto el acto legislativo, como el decreto ley atribuyen competencia a la Jurisdicción Ordinaria para conocer de la acción penal por hechos punibles cometidos respecto de bienes no incluidos en el inventario, con actos de ejecución posteriores a la entrega definitiva del inventario (acto legislativo) o, lo que es lo mismo, excluyen la competencia de la Jurisdicción Ordinaria para conocer de la acción penal exclusivamente por los mismos hechos, con actos de ejecución anteriores a la entrega del inventario (decreto ley)¹¹³.

80. En tercer lugar, ya que el acto legislativo limita la regla a los delitos de lavado de activos, mientras que el decreto ley se refiere genéricamente a la acción penal, habrá de concluirse que, conforme con el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, la regla establecida en el artículo controlado del Decreto Ley 903 de 2017 se refiere únicamente a los delitos de que trata el libro segundo, capítulo quinto, título décimo del Código Penal¹¹⁴.

¹¹² La sentencia C-674/17 declaró la inexecutable de los incisos 2 y 3 del artículo transitorio 16 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017, al encontrar que el acceso forzoso de los no combatientes en el conflicto armado, terceros civiles y agentes del Estado no combatientes, a la Jurisdicción Especial para la Paz y al tratamiento especial correspondiente, anula la garantía del juez natural y el principio de legalidad. Por consiguiente, aunque dichas personas pueden someterse voluntariamente a la JEP, si no lo deciden, su asunto continuará en la justicia ordinaria donde, en nombre de los derechos de las víctimas, deberán ser objeto de priorización.

¹¹³ Esto guarda consonancia con lo establecido en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1820 de 2016, que en lo relativo a los efectos de la amnistía dispuso que “*En todo caso, lo dispuesto en este artículo no tendrá efectos sobre la acción de extinción de dominio, ejercida por el Estado de conformidad con las normas vigentes, sobre bienes muebles o inmuebles apropiados de manera ilícita*”.

¹¹⁴ Se trata de los delitos del lavado de activos, contenidos en el capítulo V, del título X, relativo a los delitos contra el orden económico y social, del libro segundo, parte especial del Código Penal, acerca de los delitos en particular. En concreto, se encuentran allí incluidos los delitos de lavado de activos (artículo 323); omisión

81. En cuarto lugar, la interpretación constitucional del decreto ley, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2017 implica concluir que esta regla de determinación de competencia se refiere a conductas cometidas “*por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*”.

82. En quinto lugar, se resalta que el acto legislativo establece como elemento determinante para efectos de la identificación de la jurisdicción competente, la realización de actos de ejecución anteriores o posteriores a la entrega “*definitiva*” del inventario, mientras que el decreto ley no cualifica dicho acto, lo que podría determinar que una preliminar o no definitiva sería determinante para efectos de la distribución de la competencia jurisdiccional entre el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición y la Jurisdicción Ordinaria, lo que sería contrario al acto legislativo. Así, también deberá concluirse que el Decreto Ley 903 de 2017 se refiere a la entrega *definitiva* del inventario, por lo que las preliminares o no definitivas son indiferentes para estos efectos, siempre y cuando no se sobrepase la fecha perentoria para su entrega fijada en el decreto.

83. También el mismo artículo segundo prevé el procedimiento para la entrega del inventario al disponer que “*será entregado formalmente por los representantes de las FARC EP a la Misión de las Naciones Unidas y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación, quienes deberán hacerlo llegar al Gobierno nacional para que éste lo incorpore al patrimonio autónomo*”. Así, considerando que la norma prevé dos entregas del inventario, una a la Misión de la ONU y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación y otra al Gobierno Nacional, por parte de los anteriores y al tratarse de un elemento necesario para otorgar seguridad jurídica a un asunto de orden público tal como lo es la competencia jurisdiccional, debe concluirse que la entrega del inventario que resulta determinante para efectos de la distribución de competencias es la dirigida al Gobierno Nacional, interpretación constitucional de la norma, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2017, ya que es en el momento en el que el Gobierno recibe formalmente los inventarios cuando existe certeza respecto los mismos, considerando que es posible que se realicen entregan diferidas a la Misión de la ONU y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación, pero sólo otorga certeza jurídica la recepción por parte del Gobierno Nacional, por parte de la Misión o del Mecanismo, lo que ocurra primero.

La constitucionalidad del mecanismo de fiducia (artículos 2 y 3 del Decreto Ley 903 de 2017) frente a la extinción del dominio: artículo 34 de la Constitución

84. Con el objeto de determinar si la transferencia de bienes que podrían tener un origen ilícito, a un fondo cuenta del Departamento Administrativo de

de control (artículo 325); omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo (artículo 325-A); omisión de control en el sector de la salud (artículo 325-B); testaferrato (artículo 326); y enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327).

la Presidencia de la República, que constituye un patrimonio autónomo destinado a la reparación de las víctimas, constituye una violación al artículo 34 de la Constitución, es necesario determinar, en primer lugar, el alcance de dicha norma constitucional, para poder, a continuación, cotejarla con el contenido de los artículos segundo y tercero del decreto en cuestión.

85. El artículo 34 de la Constitución de 1991 reiteró la prohibición de confiscación presente el artículo 34 de la Constitución de 1886, definida como una medida de privación de la propiedad privada por parte del Estado, sin compensación alguna, interdicción que se encontraba dentro de las normas que reconocían la propiedad privada, protegían los derechos adquiridos y disponían, entre otras normas, lo relativo a la expropiación. Luego de la reforma constitucional de 1936, el régimen de la propiedad, fundado en el principio de solidaridad, incluyó constitucionalmente la función social como un límite adicional a la propiedad, independientemente del derivado del título de adquisición. No obstante, la Constitución no previó directamente las consecuencias de la ilegitimidad del título o del incumplimiento de la función social de la propiedad¹¹⁵. Si bien la Constitución de 1991 alejó numéricamente la prohibición de confiscación del régimen relativo a la propiedad privada y pública y a la protección y límites a los derechos adquiridos (artículos 58 a 64 de la CP), el artículo 34 mantiene un vínculo importante con el régimen de la propiedad. En efecto, aunque el proyecto inicial de Constitución no incluía matiz alguno a la exclusión de la confiscación que ha existido a lo largo de nuestra historia constitucional¹¹⁶, durante los debates constituyentes se incluyó la posibilidad de “*confiscación*” de bienes de origen ilícito¹¹⁷, aunque rápidamente, durante los debates, se aclaró que técnicamente la extinción del dominio no se trataba de una confiscación¹¹⁸, sino de una medida que resulta coherente con el hecho de el artículo 58 de la CP el que sólo protege los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles o con justo título. En este sentido, con el fin de desestimular la comisión de delitos¹¹⁹, el artículo 34 de la CP incluye tres hipótesis en las que **la Constitución califica el título injusto,**

¹¹⁵ “Las consecuencias de la ilegitimidad del título siguieron relegadas a la ley. Igual cosa ocurrió con las consecuencias del incumplimiento de la función social de la propiedad pues, como luego se verá, a partir de entonces, mediante una copiosa legislación, se abrió camino la extinción del dominio como una consecuencia del incumplimiento de la función social de la propiedad privada”: Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

¹¹⁶ La prohibición de confiscación fue incluida por primera vez en el artículo 148 la Constitución de 1830. Fue reproducida en el artículo 192 de la Constitución de 1832; en el artículo 161 de la Constitución de 1843; en el artículo 58 de la Constitución de 1858; en el artículo 15 de la Constitución de 1863; en el artículo 34 de la Constitución de 1886; en el artículo 31 de la reforma de 1936 y en el artículo 34 de la reforma de 1945.

¹¹⁷ “La pena de confiscación se podrá imponer en caso de enriquecimiento ilícito”: artículo propuesto el lunes 15 de abril de 1991, Comisión quinta, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, lunes 15 de abril de 1991, página 27.

¹¹⁸ “Lo propuesto, no es técnicamente una confiscación, por lo menos no es esa figura que define y anatematiza el eximio Cabanellas: “Adjudicación que se hace el Estado de la propiedad privada (...). Este robo decretado por el Poder Público, con impunidad establecida por él mismo, es una de las penas o medidas que han suscitado mayor odiosidad siempre (...) Por consiguiente debe mantenerse el artículo vigente, inclusive con una fórmula más tajante, como la propuesta por el expresidente Alfonso López Michelsen en el artículo 34 de sus borradores para una reforma constitucional: “No se podrá imponer la pena de confiscación bajo ningún pretexto o denominación”: Informe-Ponencia (prescripción, confiscación y notariado). Constituyentes: Armando Holguín Sarria y Fernando Carrillo Flórez, 3 de mayo de 1991 *Gaceta Constitucional*, p. 14.

¹¹⁹ “El artículo propuesto es claro en que sus fines están en línea de desestimular el delito”: *idem*.

es decir, que no merece protección constitucional: el enriquecimiento ilícito, el perjuicio del tesoro público o el grave deterioro de la moral social. En estos tres casos, ordenó que se realizara la extinción del dominio que, al ser la consecuencia lógica de la injusticia del título¹²⁰ y no merecer protección constitucional¹²¹, no constituye una pena de confiscación¹²², razón por la cual la prohibición de la misma se mantuvo incólume y la extinción del dominio finalmente no constituyó una excepción a la exclusión de confiscación.

86. La extinción del derecho de dominio no es entonces una pena, sino la declaratoria de la **falta de reconocimiento estatal a (i) la propiedad aparente**¹²³, por un hecho reprochable en el acceso a la propiedad (enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro público o grave deterioro de la moral social), que establece una relación de hecho entre la cosa y el sujeto, que no merece amparo constitucional; o **(ii) de la propiedad real**, es decir, no reprochable en cuanto a su título, pero que no satisface, en su ejercicio, las cargas derivadas de la función social o ecológica, atribuidas constitucionalmente al ejercicio constitucional de la propiedad. Esto quiere decir que la extinción del dominio no necesariamente resulta de la ilegitimidad del título, tal como lo muestra un breve recorrido por algunas de las normas que han regulado esta otra forma de extinción del dominio por el incumplimiento de la función social o ecológica de la propiedad: los artículos 6 y 8 de la Ley 200 de 1936 previeron la extinción de la propiedad rural, por dejar de ejercer posesión durante 10 años continuos, declarada mediante resolución administrativa¹²⁴; el artículo 52 de la Ley 160 de 1994 previó nuevas causales de extinción administrativa del dominio rural por falta de posesión durante tres años continuos, por violar las disposiciones sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las de preservación y restauración del ambiente, por violar las normas sobre zonas de reserva agrícola o forestal o por la destinación del predio para la explotación con cultivos ilícitos; a partir del artículo 79, la Ley 9 de 1989 hizo lo correspondiente para la extinción del dominio urbano,

¹²⁰ La Constitución de 1991 “*Consagró una institución directamente relacionada con el derecho de propiedad y, a través de ella, señaló el efecto producido en el caso de **derechos adquiridos sin justo título o sin arreglo a las leyes civiles**: La declaración de extinción del dominio*” (negritas no originales): Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

¹²¹ “*Quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico*”: Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

¹²² Contraria a esta conclusión, el constituyente Armando Holguín Sarria dejó constancia que, a su juicio, la extinción del dominio sería inaplicable, porque la Constitución iba a prohibir las penas de confiscación: “*Creo que las dos negativas en la Constitución enervan y hacen inaplicable la curiosa figura de la extinción del derecho de dominio*”: constancia del 29 de junio de 1991, en *Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente*, n. 142, p. 15.

¹²³ “*De allí que el dominio que llegue a ejercer es sólo un derecho aparente, portador de un vicio originario que lo torna incapaz de consolidarse, no susceptible de saneamiento y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento*”: Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

¹²⁴ El artículo 10 de la Ley 100 de 1944 extendió a 15 años el término para configurar la causal de extinción del dominio. El artículo 3 de la Ley 135 de 1961 *Sobre reforma social agraria*, atribuyó la función de declarar la extinción del dominio al INCODER y a partir del artículo 22 precisó lo relativo a la explotación exigida para evitar la extinción del dominio, la prueba de la misma y aspectos procesales de la extinción administrativa del dominio. El artículo 3 de la Ley 4 de 1973 modificó el término de falta de explotación con fines de extinción del dominio y lo estableció en tres años contados a partir de su entrada en vigencia y sus artículos 12 y 13 modificaron los aspectos procesales y probatorios.

declarada por resolución administrativa del alcalde o intendente, por no urbanización del predio en un término de dos años¹²⁵; el artículo 3 de la Ley 20 de 1969 previó la extinción del dominio por imperio de la ley y verificación administrativa, sobre los derechos de dominio otorgados a particulares respecto de minas inexploradas luego de tres años de adquisición del título o cuya explotación ha sido suspendida durante un año¹²⁶; Finalmente, el artículo 82 del Decreto Ley 2811 de 1974, *Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*, ordenó la extinción administrativa del dominio privado de las aguas por no utilización durante tres años continuos.

87. Por su parte, la **extinción del dominio por ilegitimidad del título** ha sido objeto de varias regulaciones. Antes de 1991 se trata particularmente de normas que derivan la medida de la comisión de delitos, a través de instituciones variadas denominadas confiscación (artículo 59 del Código Penal de 1936¹²⁷; artículos 308, 350 y 727 del Código de Procedimiento Penal de 1971¹²⁸); comiso o decomiso para la indemnización de perjuicios (artículo 37 de la Ley 2 de 1984¹²⁹); o cancelación de los títulos espurios (artículo 53 del Código de Procedimiento Penal de 1987¹³⁰) y la exclusión cautelar y definitiva del comercio de los bienes (artículo 53 común de los decretos legislativo 2790 de 1990 y 99 de 1991). Por su parte, el artículo 34 de la Constitución ha sido desarrollado por diferentes códigos de extinción del dominio y otras normas: Ley 333 de 1996; Ley 365 de 1997; Decreto Ley 1975 de 2002; Ley 793 de 2002 (modificada por la Ley 1453 de 2011); artículos 24 y 54 de la Ley 975

¹²⁵ Dicha facultad fue derogada por la Ley 388 de 1997.

¹²⁶ Esta extinción del dominio fue confirmada por el artículo 5 del Decreto Ley 2655 de 1988, *Código de Minas*, derogado.

¹²⁷ “Las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido un delito, o que provengan de su ejecución, se confiscarán y entregarán al Estado, a menos que la ley disponga que se destruyan, o que se devuelvan a quien se hubieren sustraído o a un tercero sin cuya culpa se hubiere usado de ellos”.

¹²⁸ Art. 308: “Las armas o instrumentos con que se haya cometido un delito y los objetos que provengan de su ejecución, serán decomisados por la policía Judicial y puestos a disposición del funcionario de instrucción, junto con el informe y diligencias previstos anteriormente, salvo la excepción a que se refiere el artículo 350”. Art. 350: “Las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, se reconocerán y describirán detalladamente, se secuestrarán y harán parte del sumario para los efectos de la investigación. Esta disposición y la del artículo 59 del Código Penal no se aplicarán en los casos de delitos culposos cometidos con vehículos automotores o de transporte”. Art. 727: “Las cosas secuestradas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 350, se mantendrán depositadas en cuanto sea necesario para los fines del proceso. Terminado el proceso, se entregarán a las autoridades correspondientes si se hubiere ordenado su confiscación; en caso contrario, se destinarán para el pago de las sumas que deba cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios, multas, costas, etc.”.

¹²⁹ Art. 37: “**Comiso.** Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario.

La entrega será definitiva cuando se paguen o garanticen en cualquier momento procesal los daños materiales y morales, fijados mediante avalúo parcial, o cuando se dicte sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o cesación de procedimiento.

Si no se ha pagado, o garantizado el pago de los perjuicios, el Juez en la sentencia condenatoria ordenará el decomiso de los mencionados elementos, para los efectos de la indemnización”.

¹³⁰ Artículo 53 “Demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles sujetos a registro, el juez que esté conociendo del proceso ordenará inmediatamente la cancelación de los títulos espurios y del registro correspondiente”.

de 2005; Ley 1453 de 2011; Decreto 079 de 2012 (reglamentaria de la Ley 1453 de 2011); Ley 1708 de 2014 (*Código de Extinción de Dominio*); Ley 1849 de 2017. Si bien es cierto que gran parte de estas normas relacionan la extinción del dominio con la comisión de delitos, la causa jurídica de extinción es la ilegitimidad del título, por lo que esta Corte ha reconocido que el legislador tiene competencia para desarrollar la figura a partir de las tres hipótesis previstas en el artículo 34 de la CP: el enriquecimiento ilícito, la afectación del patrimonio público o la grave afectación de la moral social¹³¹.

88. La extinción del dominio por ilegitimidad del título es entonces un mecanismo de carácter patrimonial, no penal¹³², que por lo tanto no genera un reproche al detentor del bien y que reviste una naturaleza real, es decir que persigue la cosa en cabeza de quien se encuentre, para declarar el no reconocimiento estatal de la propiedad por su origen espurio. Ya que el paso del tiempo no sana el título, la extinción del dominio no está sujeta a términos de caducidad o prescripción.

89. Ahora bien, en el asunto bajo estudio, los artículos 2 y 3 del Decreto Ley 903 de 2017 disponen que los bienes a disposición de las FARC incluidos en el inventario entregado serán incluidos por el Gobierno Nacional a un patrimonio autónomo, que conformará un Fondo de Víctimas. De esta manera, la norma opera como título de la operación patrimonial, pero no dispone lo relativo al modo o la manera como dichos bienes serán transferidos al patrimonio autónomo y faculta al Gobierno Nacional para reglamentar el mecanismo y los términos para permitir la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo. En particular, dichas normas no prevén que previamente a la transferencia de los bienes al fondo, debe realizarse un proceso judicial de extinción del dominio, lo que para algunos intervinientes significa el desconocimiento del artículo 34 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que algunos de dichos bienes son fruto del enriquecimiento ilícito.

La extinción del dominio *sui generis*

90. El artículo 34 de la Constitución Política dispone que por sentencia judicial se declare extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Dicha norma constitucional se compone de tres elementos:

¹³¹ “La pretensión del constituyente no fue la de circunscribir la extinción de dominio a la comisión de delitos, ni mucho menos restringir la aplicación del régimen consagrado en la legislación penal. Lo que hizo fue consagrar un mecanismo constitucional que conduce a desvirtuar legitimidad de los bienes, indistintamente de que la ilegitimidad del título sea o no penalmente relevante. Desde luego, es el legislador el habilitado para desarrollar las causales de extinción de dominio de manera compatible con las necesidades de cada época”: Corte Constitucional. Sentencia C- 740 de 2003.

¹³² “No es considerada ni una pena, ni una consecuencia accesoria al trámite penal. Por el contrario, es concebida como una figura, en principio, ajena a la naturaleza propiamente civil o penal de otras acciones”: Corte Constitucional. Sentencia SU-394 de 2016.

uno formal (que se realice mediante sentencia judicial¹³³), uno material (la extinción del dominio sobre los bienes) y uno causal (el enriquecimiento ilícito, el perjuicio al tesoro público o el grave deterioro de la moral social). Constitucionalmente no existe obligación de que la acción de extinción del dominio deba ser ejercida necesariamente por la Fiscalía General de la Nación (artículo 250 de la CP), ni por el Fiscal General (artículo 251 de la CP).

91. La Corte Constitucional coincide con el concepto del Procurador, así como el concepto de algunos intervinientes, según los cuales el artículo bajo revisión materializa una extinción del derecho de dominio *sui generis* de los bienes a disposición de la organización ilícita FARC, ya que a través de la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para la reparación de las víctimas, y sin ningún tipo de compensación o pago por dichos bienes, se reúnen los elementos materiales y causales propios del mandato constitucional de extinción del dominio: la propiedad sobre bienes incurso en una de dichas causales, particularmente del enriquecimiento ilícito, debe ser declarada ilegítima, para que dichos bienes ingresen al patrimonio público y, a pesar de no tratarse de una sanción por ausencia de fin punitivo, la pérdida de la propiedad a favor del Estado no debe generar “*contraprestación ni compensación de naturaleza alguna*”¹³⁴. Esto significa que la extinción del dominio *sui generis*, atípica, acordada, prevista en el decreto ley bajo control propende por el establecimiento de un orden justo (artículo 2 de la CP), fin constitucional que funda el mandato de extinción del dominio¹³⁵ (artículo 34 de la CP), al generar la recuperación de la propiedad de los bienes con título ilegítimo¹³⁶ (artículo 58 de la CP), en favor de un fondo público que responde a fines constitucionales relativos a la paz, en particular, la reparación material de las víctimas.

92. Ahora bien, la norma en cuestión no responde *prima facie* al elemento formal del mandato constitucional de extinción del dominio, al no prever que la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo público deberá ser precedida de un proceso judicial y declarada mediante sentencia. Sin embargo, no prever que esta forma de extinción del dominio acordada no será declarada judicialmente, no provoca la inconstitucionalidad de la norma, ya que el ingrediente formal exigido por el artículo 34 de la CP no debe ser interpretado, frente a este tipo de extinción del dominio, como una exigencia orgánica de

¹³³ “(...) lo único que la Carta impone en relación con la acción de extinción de dominio es una reserva judicial para su declaración y este mandato no se irrespeta con la radicación de la competencia en jueces que hacen parte de la jurisdicción penal”: Corte Constitucional. sentencia C-740/03.

¹³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-958/14.

¹³⁵ “No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales”: Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

¹³⁶ “El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como frente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos. La protección estatal, en consecuencia, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; el delincuente debe saber que el delito no produce utilidades”: Corte Constitucional, sentencia C-389/94.

presencia judicial, sino como una exigencia del respeto de las garantías del debido proceso.

93. En efecto, a pesar de que no se trata de un asunto expresamente debatido durante la discusión de la Constitución Política de 1991, es posible sostener que el constituyente previó la participación judicial en la extinción del dominio, como una garantía importante fundada en la gravedad de la decisión que se imponía constitucionalmente frente a la propiedad privada, aún mayor que la que resulta de la expropiación y que busca excluir cualquier forma de confiscación administrativa. Resulta lógico entonces que frente a la oposición del sujeto pasivo de la extinción del dominio por ilegitimidad del título, para resguardar sus derechos y excluir la arbitrariedad pública frente a una medida tan drástica, se previera el carácter judicial de la declaración de extinción del dominio. De esta manera, el Constituyente incluyó la extinción del dominio dentro de las medidas que, consideradas constitucionalmente como más graves, requieren la intervención judicial¹³⁷. Se trata entonces de una garantía constitucional para los sujetos pasivos de la extinción del dominio que no resulta imprescindible cuando, como en el caso bajo revisión, la extinción del dominio hace parte de un sistema de justicia transicional en el que voluntariamente los potenciales afectados por la extinción del dominio acordaron la entrega de los bienes para la reparación de las víctimas y los enlistaron en un inventario formalmente entregado con este fin. Si bien es cierto que en la legislación actual la posibilidad de la denuncia voluntaria de bienes con fines de extinción del dominio con beneficios procesales y sustanciales requiere la intervención judicial para la extinción del dominio¹³⁸,

¹³⁷ “El vínculo que existe entre la protección del domicilio y la libertad, explica que la misma garantía de reserva judicial para su limitación se encuentre tanto respecto de la privación de la libertad, como en el acceso al domicilio (artículo 28 de la Constitución) y en el acceso a las comunicaciones privadas (artículo 15 de la Constitución)”: Corte Constitucional, sentencia C-212/17.

¹³⁸ La Ley 1849 de 2017 prevé tres figuras en las que voluntariamente el sujeto pasivo de la extinción del dominio denuncia sus propios bienes: la sentencia anticipada de extinción de dominio, la negociación patrimonial por colaboración efectiva y la confesión pre procesal que genera proceso abreviado de extinción del dominio. La primera figura está consagrada en el art. 39 de la Ley 1849 de 2017 (que modificó el art. 133 de la Ley 1708 de 2014), según el cual: “En cualquier etapa del proceso hasta la finalización del traslado previsto en el artículo 141 de la presente ley, el afectado podrá reconocer de manera expresa que concurren sobre el bien los presupuestos de una o varias de las causales de extinción de dominio y renunciar a presentar oposición, evento en el cual se tendrá que lo actuado es suficiente para sustentar ante el juez de extinción de dominio la pretensión extintiva y se remitirán las carpetas al juez para que emita la correspondiente sentencia por vía anticipada”. La negociación patrimonial por colaboración efectiva está consagrada en el art. 44 de la Ley 1849 de 2017 (que adicionó el art. 142^a), que dispone lo siguiente: “La negociación patrimonial por colaboración efectiva en extinción de dominio deberá ser propuesta por el afectado una vez finalizado el término de traslado a los sujetos procesales e intervinientes previsto en el artículo 141 de esta ley y hasta antes de dictar sentencia”. Esta negociación patrimonial puede proceder cuando el afectado informe sobre la existencia de otros bienes de su propiedad, diferentes a los denunciados en el proceso, que estén inmersos en alguna de las causales de extinción de dominio o cuando el afectado informe sobre la existencia de bienes ajenos que estén inmersos en alguna de las causales de extinción del dominio, siempre y cuando el monto de los bienes sea representativo a juicio del Fiscal. Finalmente, el artículo 49 de la Ley 1849 de 2017 establece una confesión en la etapa pre procesal en el artículo 49 que dispone: “cuando el Fiscal General de la Nación o su delegado reciban declaración a un afectado durante la fase inicial, y este confiese explícitamente que uno o alguno de sus bienes se encuentra en una de las causales de extinción de dominio, el funcionario ordenará la ruptura de la unidad procesal, presentará la demanda de extinción de dominio respecto de aquellos bienes a que se refiere la confesión y la remitirá inmediatamente al juez junto con la copia de la confesión, para que este siga el procedimiento abreviado de extinción de dominio”.

las válidas razones constitucionales del recurso a mecanismos alternativos de resolución de conflictos¹³⁹, que han estimulado la desjudicialización de asuntos tanto contenciosos, como aquellos donde no hay oposición, como en el presente caso, reforzadas con el carácter instrumental de la medida prevista en el decreto ley bajo revisión para la implementación de un acuerdo de paz y la puesta en marcha de un proceso de justicia transicional¹⁴⁰ en favor de las víctimas, justifican plenamente que la extinción del dominio aquí prevista a través de la entrega de los bienes y su incorporación en un Fondo de Víctimas, de carácter público, no requiera la intervención judicial.

94. Ahora bien, este mecanismo no judicial de extinción del dominio se basa en la inclusión de los bienes dentro del inventario al que hace referencia los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 903 de 2017, bajo revisión. Por consiguiente, respecto de los bienes no incluidos en dicho inventario, deberá ejercerse la acción judicial de extinción del dominio¹⁴¹ y es por esta razón que el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1820 de 2016, en lo relativo a los efectos de la amnistía dispuso que *“En todo caso, lo dispuesto en este artículo no tendrá efectos sobre la acción de extinción de dominio, ejercida por el Estado de conformidad con las normas vigentes, sobre bienes muebles o inmuebles apropiados de manera ilícita”*. La acción judicial de extinción del dominio carece así de objeto y causa respecto de los bienes que ya fueron objeto del mecanismo acordado que cumple el mismo objetivo.

95. Así, el legislador extraordinario, actuando dentro de la competencia legislativa para regular lo relativo a la extinción del dominio¹⁴² y a la

¹³⁹ *“La importancia de los mecanismos alternos de resolución de conflictos entre ellos la conciliación, se puede resumir en los términos de la jurisprudencia constitucional, así: 1) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como es el de la convivencia pacífica; 2) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos, como una manifestación del principio de participación democrática que es axial a nuestra organización estatal, 3) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia; y 4) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial, pero no se debe tener como su fin único o esencial”*: Corte Constitucional, sentencia C-222/13.

¹⁴⁰ La justicia transicional *“Reconoce la búsqueda de la paz, de la reconciliación, de la confianza pública, el fortalecimiento de la democracia dentro del contexto del Estado Social de Derecho como finalidades y objetivos esenciales de orden constitucional y del Derecho Internacional que constituyen la base justificatoria de los regímenes de justicia transicional de conformidad con la Constitución de 1991 y el Derecho Internacional”*: Corte Constitucional, sentencia C-286/14.

¹⁴¹ El artículo 40 del Decreto Ley 898 de 2017 modificó la estructura de la Delegada para las Finanzas Criminales de la Fiscalía General de la Nación, al considerar *“Que conforme al punto 5.1.3.7 del Acuerdo para facilitar la persecución de los bienes de las FARC-EP que permitan una reparación material de las víctimas, le compete a la Fiscalía continuar con el procedimiento de extinción de dominio y otros procesos de la legislación ordinaria con relación a los bienes y activos que las FARC-EP no reporten en los inventarios mencionados por el Acuerdo Final”*. *“Igualmente, conforme al punto 5.1.3.7. del Acuerdo Final, le compete al ente acusador continuar con el procedimiento de extinción de dominio y otros que procedan en virtud de la legislación ordinaria, con relación a los bienes y activos que las FARC-EP no reporten en los inventarios mencionados por el Acuerdo Final y que sean necesarios para atender y reparar materialmente a las víctimas”*. Dicho artículo fue declarado exequible en la sentencia C-013/18.

¹⁴² *“Es el legislador el llamado a concretar en qué consisten las aludidas causales constitucionales de la extinción de dominio, y evidentemente puede él considerar que tengan carácter de delictivas, pero sin que por definirlo así en una determinada ley -la presente-, se agote su facultad de prever en el futuro otros comportamientos, no necesariamente calificados como delitos, que por causar daño al Tesoro Público o por afectar la moral colectiva, ocasionen el proceso judicial de carácter patrimonial del que se trata”*: Corte Constitucional, sentencia C-374/97.

propiedad¹⁴³, al prever que el inventario de bienes será entregado al Gobierno Nacional para que éste lo incorpore al patrimonio autónomo (artículo 2 del Decreto Ley 903 de 2017) y al crear el Fondo de Víctimas, patrimonio autónomo, (artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017), no desconoció el artículo 34 de la CP.

96. Ahora bien, varios de los intervinientes ponen de presente que la transferencia de los bienes inventariados al patrimonio autónomo deberá prever mecanismos adecuados para garantizar los derechos de los terceros respecto de la operación acordada entre el Gobierno Nacional y las FARC, que puedan tener interés legítimo en determinado bien incluido en el inventario o que puedan resultar afectados con dicha operación. En particular, por ejemplo, se trata de las víctimas de despojo de bienes y las autoridades administrativas encargadas de la administración, protección, recuperación y adjudicación de los bienes baldíos de la Nación.

97. La Corte Constitucional comparte dicha preocupación respecto del necesario respeto del derecho al debido proceso de los terceros frente a la operación de inventario y transferencia, incluidas autoridades administrativas tales como la Agencia Nacional de Tierras, en lo relativo a los bienes baldíos y clarificación de la propiedad y la Unidad de Restitución de Tierras, así como la prelación de la acción de restitución frente a la inclusión en el fondo para la reparación. A este respecto, debe recalarse que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, recogida en la sentencia SU-036 de 2018, aunque la posibilidad de cancelar los títulos y registros obtenidos mediante actividades delictivas es una medida legítima, la misma no puede desconocer los derechos de los terceros de buena fe, que puedan resultar afectados con dichas medidas respecto de los bienes¹⁴⁴. A pesar de que la cancelación de títulos y registros de propiedad obtenidos mediante el delito no se trata en estricto sentido de la misma hipótesis que la que ahora analiza la Corte, relativa a la entrega voluntaria de los bienes de las FARC, para contribuir a la reparación material de las víctimas, el sustrato jurídico determinado por la jurisprudencia constitucional resulta aplicable *mutatis mutandi* a la extinción voluntaria del dominio, teniendo en cuenta que se trata, en ambos casos, de decisiones trascendentales respecto de la propiedad de los bienes que, aunque legítimas a la luz de los fines que persiguen, su realización debe ser suficientemente respetuosa del derecho al debido proceso de los terceros que, en desarrollo de sus funciones legales o siendo particulares de buena fe, puedan tener un interés legítimo en el asunto¹⁴⁵. Tomando en consideración lo

¹⁴³ “(...) en lo referente al margen de configuración legislativa que la Constitución Política le otorga al legislador en torno al derecho de propiedad privada, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que se trata de una facultad amplia”: Corte Constitucional, sentencia C-287/12.

¹⁴⁴ “(...) en dicho trámite, el funcionario judicial debe procurar tanto proteger a la víctima del delito como a los terceros de buena fe y que el derecho que tienen los terceros a intervenir en el curso del proceso penal puede ser protegido por vía de la acción de tutela (...)”: Corte Constitucional, sentencia SU-036/18.

¹⁴⁵ “(...) si bien es legalmente admisible la cancelación de los registros obtenidos mediante actuaciones delictivas, es cierto también que dicha actuación -tanto sustancial como procesal- no se escapa de la observancia de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de los terceros de buena fe”: Corte Constitucional, sentencia SU-036/18.

anterior, es necesario aclarar que el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la CP), así como el deber constitucional de actuar de buena fe (artículo 83 de la CP) y el respeto por la propiedad y los derechos adquiridos con justo título (artículo 58 de la CP); así como la protección de los bienes de uso público (artículo 63 de la CP), exigen que la extinción del derecho dominio, incluida la presente forma atípica de la misma, se realice con el respeto del debido proceso, en el que someta el trámite a suficiente publicidad frente a las autoridades públicas interesadas y frente a los terceros de buena fe y permita su intervención y eventual oposición.

98. En estos términos, precisa la Corte que la transferencia de los bienes requiere del desarrollo de un procedimiento que garantice la publicidad del inventario frente a terceros públicos y privados, suficientemente respetuoso del debido proceso, que permita la participación efectiva y eventual oposición (audiencia, defensa, contradicción y derecho de a la prueba) de todas aquellas personas públicas y privadas que puedan tener interés en los bienes incluidos en el inventario y objeto de inclusión en el patrimonio autónomo, al tiempo que sea compatible con otros instrumentos, tales como la extinción judicial del dominio, la restitución de inmuebles, la clarificación de la propiedad y la restitución de bienes de uso público y de bienes baldíos. En razón de lo anterior, salvo que el Congreso de la República expida una ley que responda a todos estos aspectos del debido proceso de los terceros interesados en los bienes inventariados, dichos asuntos deberán regirse por los mecanismos previstos en las leyes existentes, tales como, por ejemplo, el procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011, el de la Ley de Restitución de Tierras 1448 de 2011 y de recuperación de bienes de uso público (Ley 1801 de 2016) y de bienes baldíos (Ley 160 de 1994, Decreto 1465 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1071 de 2015 y Decreto Ley 902 de 2017). Lo anterior, sin perjuicio de que los terceros de buena fe puedan ejercer las acciones que prevé el ordenamiento jurídico para la defensa y recuperación de los bienes en los que tengan algún interés y que sean incluidos en el inventario entregado por las FARC.

99. Por las anteriores consideraciones, el artículo segundo del Decreto Ley 903 de 2017 y lo relativo a la compatibilidad del patrimonio autónomo previsto en el artículo 3 del mismo decreto, respecto del artículo 34 de la Constitución Política, serán declarados exequibles.

Artículo tercero:

“Fondo de Víctimas. Créese un patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia que servirá de receptor de todos los bienes y recursos patrimoniales monetizados y no monetizados inventariados. En contrato fiduciario se indicará los términos de administración del mismo, el destino que habrá de dársele al patrimonio a su cargo, y los criterios que deberá tener en cuenta para monetizar los bienes y acciones que reciba. El

Fondo referido será gobernado por un Consejo Fiduciario cuya administración será decidida y constituida por el Gobierno nacional, por recomendación de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI).

La administración del fondo fiduciario la hará la entidad que defina el Gobierno nacional conforme a la normativa aplicable. Facúltase al Gobierno nacional para reglamentar el mecanismo y los términos para permitir la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo”.

Intervenciones:

Respecto del artículo tercero del decreto ley en revisión, el Magistrado Ponente formuló al Gobierno Nacional las siguientes preguntas, durante la instrucción del asunto:

En cuanto a los bienes que se incluirán en los inventarios:

- a. ¿Cómo se verificará la titularidad y procedencia de los bienes que se incluirán en dichos inventarios?
- b. ¿Existen mecanismos para garantizar los derechos de las víctimas de despojo de bienes por parte de las FARC cuyos bienes sean incluidos en los inventarios?
- c. ¿Cómo resulta compatible el mecanismo previsto en el Decreto Ley 903 de 2017, respecto de la Ley 1448 de 2011 relativa a la restitución de tierras?

Respuesta de la Presidencia de la República: Explica que el objetivo del decreto ley es garantizar la entrega del inventario de bienes y activos dentro de los plazos establecidos en el punto 5.1.3.7 y, por esta razón el decreto sólo incorpora disposiciones básicas en cuanto a (i) la entrega de los inventarios, (ii) la creación del fondo y (iii) la finalidad de dicho fondo. Pero no se desarrolla la actividad jurisdiccional o de otras entidades públicas frente a la transferencia de bienes y activos o la verificación de la titularidad de ellos. Asegura que todo esto será desarrollado posteriormente, particularmente en la Ley Estatutaria de la JEP.

Por esta razón, explica que existen dos momentos diferentes, de acuerdo con el Acuerdo Final: (i) la entrega de los inventarios a la Misión de la ONU y al Mecanismo de Monitoreo y Verificación y (ii) la incorporación de dichos bienes y activos al fondo. Explica que este decreto sólo prevé las disposiciones legales para lo primero, por lo que no es posible responder las preguntas relativas a los mecanismos de incorporación de los bienes y de su compatibilidad respecto de procedimientos de restitución de bienes y todo esto será objeto de otros desarrollos normativos. No obstante, señala que la verificación de la titularidad de dichos bienes son asuntos relacionados con la actividad jurisdiccional

ordinaria y transicional. Asegura que la coordinación entre los mecanismos de la Ley 1448 y 2011, con el fondo aquí creado, se desarrollará en otro decreto y en la Ley Estatutaria de la JEP. Sin embargo resalta que este decreto no modifica la normatividad existente en cuanto a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado, como lo prevé el artículo 5 del decreto examinado. Así, sostiene que las personas despojadas tienen el derecho a la restitución y este decreto no las priva del mismo.

En lo relativo a la compatibilidad de la figura con los principios presupuestales:

- a. Teniendo en cuenta que los bienes de las FARC entrarán a conformar un patrimonio autónomo ¿La medida resulta compatible con el principio constitucional de unidad de caja – artículo 359 de la Constitución -?

La Presidencia de la República precisa que la constitución de un patrimonio autónomo requiere autorización expresa de la ley, lo que se cumple en este caso. Esto se encuentra en concordancia con el principio de legalidad del ingreso y del gasto, de acuerdo con el artículo 345 de la Constitución. Señala que el artículo 16 del Decreto 111 de 1996, compilatorio del Estatuto Orgánico del Presupuesto, define el principio de unidad de caja el que se opone a tres normas constitucionales: el artículo 336 que permite las rentas de destinación específica en las utilidades obtenidas por los monopolios de suerte y azar, destinadas a la salud y contra el artículo 356 relativo al situado fiscal y, finalmente, al 361 del fondo nacional de regalías, fondo de destinación específica. Por esta razón, el mismo artículo 359 de la Constitución consagra el principio de unidad de caja, con las excepciones de ese mismo artículo y de la Constitución, de acuerdo con la sentencia C-478 de 1992. Ahora bien, considera que los recursos del patrimonio autónomo tienen una destinación especial, no específica, por lo que no contraviene el artículo 359 de la Constitución que contiene una prohibición para rentas tributarias, lo que no es el caso de los recursos de las FARC. Esta conclusión se fundaría en la sentencia C-590 de 1992. Concluye así, que el patrimonio autónomo que crea el Decreto 903 de 2017 no contraviene el principio de unidad de caja, ya que estos recursos no tienen destinación específica.

La SAE considera que no se vulnera el principio constitucional de unidad de caja porque deberá recurrirse a las excepciones constitucionales al mismo, en particular la relativa a la inversión social, como objetivo o meta del Estado.

La Universidad Libre sostiene que la expresión “*patrimonio autónomo*” resulta inconstitucional y debe ser sustituida por la expresión “*fondo*”. Explica que si lo que prevé el decreto es una fiducia pública, los bienes del inventario ingresarían a las arcas públicas sin respetar las reglas relativas al presupuesto y a la planeación. Argumenta que de acuerdo con la Ley 80 de 1993, la fiducia pública no puede constituir patrimonios autónomos, razón por la cual esta sería una excepción a dicha regla de la Ley 80, para la cual

carecería de competencia el Presidente.

El ICDT considera que frente a la posible inconstitucionalidad que se generaría por la destinación específica de estos bienes, sería necesario que, a la luz del artículo 359 de la Constitución, se entienda que tales recursos tienen un contenido de inversión social, en razón de su contenido reparador en favor de las víctimas. Ahora bien, explica que también podría considerarse que esos bienes pertenecieron *ab initio* a las víctimas, por lo que se trataría solamente de recuperarlos para sus propietarios originales; se trataría de una forma de cumplimiento de una obligación en favor de las víctimas, adquirida en el Acuerdo Final. Propone interpretar que el acuerdo final, acompañado por el Acto Legislativo 01 de 2017, permite entender que todos esos bienes en poder de las FARC están destinados exclusivamente a las víctimas; razón por la cual la constitución del patrimonio que crea el Decreto Ley 903 de 2017 pasa a ser simplemente un patrimonio de administración. Argumentó que la figura del patrimonio de administración no es extraña al Estado colombiano y son varios los ejemplos de este tipo de patrimonio, en los cuales se entregan unos bienes que son de la Nación, bienes públicos, para que sean administrados a través de un patrimonio autónomo. Explica que lo expuesto no significa que el Estado se desprenda de esos bienes. Pero sostuvo que habrá que entenderse que, en virtud del acuerdo -con fuerza vinculante legal y constitucional-, dichos bienes son de propiedad de las víctimas y exclusivamente para su reparación. De ser entendido de otra manera, a su juicio, el decreto sería inconstitucional.

El movimiento Voces de Paz y Reconciliación durante la audiencia pública consideró que la figura prevista en el decreto ley hace parte de las excepciones al artículo 359 de la Constitución, al tratarse de rentas destinadas a inversión social, al destinarse dichos bienes a la reparación integral de las víctimas y para la financiación de los “*planes o programas sociales*” resultantes del censo socio-económico de la Universidad Nacional, es decir, lo previsto en el punto 3.2.2.7, en beneficio de los integrantes de las FARC y sus familias.

La Universidad Libre conceptuó que cada vez que una norma jurídica se refiera a un patrimonio autónomo, como lo hace el decreto examinado, necesariamente hay que concluir que se trata de una fiducia privada (civil o mercantil) o pública. De acuerdo con esto, explica que si lo que prevé el decreto es una fiducia pública, los bienes del inventario ingresarían a las arcas públicas sin respetar las reglas relativas al presupuesto y a la planeación. Así, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, la fiducia pública no puede constituir patrimonios autónomos, razón por la cual esta sería una excepción a dicha regla de la Ley 80, para la cual carecería de competencia el Presidente. Por el contrario, si se trata de una fiducia mercantil, se interrogan respecto de si las FARC participarían del contrato como fiduciante y titular de los derechos fiduciarios que resultarían de la celebración del contrato de fiducia. Esto indica, en su sentir, que la referencia a un patrimonio autónomo genera muchas dudas que no podría responder el legislador extraordinario y, por lo tanto, invita a la Corte Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de la

expresión “*patrimonio autónomo*” para reemplazarla por la de fondo. Solicitó, a la vez, que la Corte Constitucional precise si dichos bienes ingresan como propiedad del Estado o no, quién administra dicho patrimonio, sus competencias, cómo será la destinación a las víctimas, qué se hace con los bienes y si se pueden enajenar o invertir.

El representante del movimiento Voces de Paz y Reconciliación, durante la audiencia pública, precisó que la figura del patrimonio autónomo no es extraña al ordenamiento jurídico, pues ha sido utilizada por el legislador en otras materias.

Finalmente, el Procurador General de la Nación advierte que dichos recursos no tienen carácter presupuestal, ya que no son rentas generadas por el Estado, sino se trata de bienes que proceden de una negociación política constitucionalizada. Por esto, explica que dichos bienes pueden tener destinación específica y no se requiere de una decisión judicial de extinción del dominio sobre dichos bienes. Durante la audiencia pública desarrolló su argumento al explicar que no existe incompatibilidad alguna respecto de la constitución de un fondo de víctimas o patrimonio autónomo con destinación específica y administración independiente, frente a los principios de soberanía presupuestal y unidad de caja. Por tal razón, sostiene que dichos bienes pueden tener una destinación específica establecida por las partes y plasmada en el artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017, que queda bajo la administración del Gobierno Nacional, regida por las normas relativas a los patrimonios autónomos y cuyo ingreso al patrimonio autónomo no requiere una decisión judicial, así como tampoco de una aprobación presupuestal por parte del Congreso de la República, lo anterior sin perjuicio de que el manejo de dichos recursos esté sometido a los principios de la función administrativa, los fines estatales y los respectivos controles establecidos en el ordenamiento jurídico.

En lo relativo al rol de la CSIVI en la administración del fondo de víctimas:

La Presidencia de la República indica que en lo relativo al gobierno del fondo fiduciario, el artículo 3 del decreto es claro en indicar que será gobernado por un Consejo Fiduciario cuya administración será decidida y constituida por el Gobierno Nacional. Por esto, es el Gobierno quien tiene la potestad de decidir quiénes conforman este consejo y la CSIVI no emite más que una recomendación no vinculante en la materia. Así, señala que las FARC no tendrán ninguna incidencia en el manejo de los bienes del fondo.

La SAE señala que de la lectura del tenor literal del decreto se puede concluir que la CSIVI emite simples conceptos no obligatorios, pero que el Gobierno Nacional cuenta con la potestad respecto del manejo del fondo creado.

El IFIT explica que la administración del fondo de acuerdo con las

recomendaciones de la CSIVI pondría en evidencia la brecha entre este patrimonio autónomo y la política pública de víctimas. Por estas razones, sostiene que el mandato de igualdad entre las víctimas exige que los bienes de las FARC sean canalizados a través de la UARIV para tomar en consideración el universo total de víctimas y priorizar a los sujetos de especial protección constitucional, sin la posibilidad de que la CSIVI ordene la discriminación de ciertas víctimas. Solicita así la inexecutable del artículo 3 del decreto examinado o, subsidiariamente, que se interprete que la recomendación de la CSIVI en la administración del fondo no puede significar la posibilidad del derecho al veto respecto de las decisiones relativas a la gestión del mismo.

El movimiento Voces de Paz y Reconciliación, en su intervención escrita resalta la labor de la CSIVI, prevista en el punto 6.1.6 del Acuerdo Final y precisada en el Decreto 1995 de 2016 en cuyo numeral sexto del artículo 3 prevé la función de constatar que el contenido de los proyectos normativos de la implementación, correspondan con lo acordado. En este sentido resalta que la participación de esta comisión contribuye a cumplir el Acto Legislativo 02 de 2017 que dispone el cumplimiento de buena fe de lo acordado, para guardar la coherencia e integralidad del Acuerdo Final. Así, este decreto señala que fue discutido el 29 de mayo de 2017 entre los representantes del Gobierno y las FARC en la CSIVI. En dicha jornada se aprobó el texto que se convirtió en el decreto ahora bajo control. Apunta que esta norma vela por el derecho de las víctimas a la reparación y la reincorporación de quienes agotaron el proceso de dejación de armas. Durante la audiencia pública el representante del movimiento señala que en cuanto al patrimonio autónomo “*su administración es competencia exclusiva del Gobierno Nacional y no de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación (CSIVI). La función de este último es recomendar, sin incidencia alguna de las FARC-EP en la administración de dicho fondo*”.

El ICDT sostiene que resulta inconstitucional que este artículo permita que miembros de las FARC incidan en el manejo de estos bienes, por contrariar el artículo 2 de la Constitución, al crear un orden injusto, ya que si los bienes fueron ilícitamente adquiridos, no es justo que puedan participar en su administración. También señala que vulnera el principio de moralidad administrativa prevista en el artículo 209 de la Constitución.

El Fiscal General de la Nación explica que el decreto ley materializa las pretensiones de las FARC al permitir que éstas conserven facultades para definir la suerte de ese patrimonio, al prever que en la administración del fondo será consultada la CSIVI, en la cual hay participación paritaria del Estado y de la insurgencia desmovilizada, con lo cual se establece una suerte de veto y o de consenso para la administración de esos bienes, lo cual escapa al principio constitucional del artículo 34 de la Constitución. Por esta vía, los victimarios tendrían participación en las decisiones que beneficiarían a las víctimas y, además, al permitir que se beneficien de estos bienes, les permitiría aprovecharse de su propio dolo y se contraría el mandato de buena

fe. Así, la inconstitucionalidad derivaría de su contradicción con los artículos 34 y 83 de la Constitución, que prohíbe el beneficiarse de su propio dolo. Sostiene entonces que las FARC no pueden conservar ningún grado de disposición ni iniciativa relativa a la administración sobre esos activos. Como lo dice la sentencia SU-394 de 2016, si bien esos bienes pasan al Estado para su libre disposición, no debe haber compensación alguna a quien haya sido objeto del despojo por vía de una acción, que además es imprescriptible, real, se refiere al activo mientras siga siendo ilícito el bien y se desarrolla por la vía judicial.

El Procurador General de la Nación conceptúa que al tratarse de una cuenta adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la función de la CSIVI es meramente consultiva.

En lo relativo a los derechos de víctimas:

CODHES considera que el decreto materializa una regresión en los derechos de las víctimas. Por una parte, la regresividad se evidenciaría en que los bienes entregados no tienen por único destinatario las víctimas y, por otra parte, al crear un fondo diferente al ya existente para la reparación de las víctimas, los gastos adicionales de administración que esto genera disminuyen los recursos que efectivamente se destinarán a la reparación. Esto contrariaría directamente el compromiso de fortalecer los recursos del fondo de reparaciones. En este sentido, considera que no es cierto que no se limitan o restringen los derechos de las víctimas, como lo prevé el artículo 5 del decreto examinado.

Señala que existe una omisión legislativa relativa en desmedro de los derechos de las víctimas, puesto que el decreto ley no contempla la articulación entre el inventario de los bienes de las FARC y el sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, particularmente con la Jurisdicción Especial para la Paz, teniendo en cuenta que el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 estableció el deber de contribuir a la reparación integral de las víctimas con base en los “*hechos identificados por la JEP*”. Menciona que para que los miembros de la organización armada reciban los tratamientos penales especiales contemplados en dicha jurisdicción, tienen como requisito la contribución a la reparación material de las víctimas.

Sostiene que este decreto hace parte de una política sistemática del Gobierno para desfinanciar los programas de reparación a las víctimas al excluir que las víctimas ejerzan acciones judiciales en contra de los beneficiarios de amnistías e indultos; la exclusión de la acción de repetición y del llamamiento en garantía para los miembros de la Fuerza Pública; al reducir la reparación integral a la prevista en la Ley 1448 de 2011 y excluir la complementariedad con la reparación judicial del SIVJRGNR; al destinar los bienes de las FARC a programas para la reintegración social y económica de los victimarios; al condicionar la reparación económica a la sostenibilidad fiscal; al otorgar competencias en la materia a entes territoriales, sin la correspondiente

transferencia de recursos y al proyectar que quienes asumas esta responsabilidad sean las entidades territoriales.

Durante la audiencia pública la CODHES también resaltó que el inventario es una fuente legítima y uno de los elementos más concretos de voluntad de dicha organización para lograr la reparación integral de las víctimas del conflicto. Sin embargo, recalca que no es la única fuente de financiación disponible para la reparación individual y colectiva al orden masivo y sistemático de violaciones de los derechos humanos. Dentro de las fuentes de financiación, actualmente existe un fondo que ha venido sufriendo una situación crítica desde la perspectiva financiera, lo que ha dificultado el acceso real a medidas de reparación en un plazo razonable. En su sentir, es un error crear un fondo paralelo al ya existente en el andamiaje institucional -artículo 54 de la Ley 975 de 2005-, modificado y ampliado por el artículo 177 de la Ley 1448 de 2011-, toda vez que se debería incluir en dicho fondo los recursos y bienes de las FARC para robustecerlo y mantenerlo como un sistema único y exclusivo con el objetivo de la reparación a cualquier tipo de víctimas.

Adicionalmente, considera que resulta necesario propiciar una economía política de reparación a las víctimas y un pacto fiscal para garantizar la construcción de ciudadanía de las mismas y mayores medios de financiación. Asimismo precisa que existe incertidumbre sobre la manera en la que va a ser administrado el fondo, debido a que dependerá del Departamento Administrativo de la Presidencia el cual, por contrato fiduciario, dispondrá de la administración de tales bienes y recursos, determinando su destinación y los criterios a tener en cuenta para monetizar los mismos.

El IFIT explica que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición SIVJRNR creado en el Acto Legislativo 01 de 2017 pondera de manera adecuada la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas y la paz y responde a los criterios de enfoque global y coherencia externa e interna desarrollados por el Relator de los derechos de las víctimas ante las Naciones Unidas, así como a la importancia prioritaria de los derechos de las víctimas de acuerdo con los estándares internacionales y los de la Corte Constitucional. En este contexto, puntualiza que el decreto examinado es fundamental para garantizar los derechos de las víctimas. No obstante, considera que la creación de un nuevo fondo para la reparación de las víctimas podría significar el desconocimiento de los principios de igualdad y equidad en la reparación de las víctimas, previsto en el artículo transitorio 18 del Acto Legislativo 01 de 2017, porque podría ser desarticulada respecto de la política pública de víctimas, desconocer la priorización realizada por la UARIV, otorgar un trato diferente entre las víctimas dependiendo del grupo perpetrador del hecho victimizante y otorgar montos diferentes a los establecidos en la Ley 1448 de 2011.

En cuanto a la facultad reglamentaria reconocida al Presidente de la República:

La SAE precisó que el decreto no contempló mecanismos de administración como los establecidos en el artículo 93 de la Ley 1708 de 2004 y dejó este asunto a la potestad reglamentaria.

El Fiscal General de la Nación considera que el artículo tercero del decreto ley resulta inconstitucional al conferir al Presidente la facultad de reglamentar el mecanismo y la forma como se van a transferir esos bienes al patrimonio autónomo, a pesar de tratarse de un asunto de reserva de ley, en lo relativo al mecanismo de la extinción del dominio, la tradición, los impuestos, los gastos notariales, etc., razón por la cual no podría ser objeto del poder reglamentario.

El ICDT sostiene que el decreto deja a lo reglamentario todos los aspectos tributarios relacionados con estos bienes, lo que permitiría, a su juicio, la arbitrariedad en la materia y se desconocería la reserva legal en materia tributaria. Así las cosas, el Acto Legislativo 01 de 2016 de manera expresa prohíbe que estos decretos leyes aborden temas impositivos y la Constitución en su artículo 338 le asigna la competencia exclusiva al Congreso, en tiempos de paz en estas materias. Al respecto, resalta que surgen preguntas como ¿Quiénes son los acreedores en materia tributaria? ¿Serán la Nación, los departamentos o los municipios? A juicio del representante del ICDT dicho elemento esencial de la obligación tributaria, debe ser regulado por el Congreso de la República. Finalmente señala que un patrimonio autónomo implica un contrato fiduciario, es decir que se trata de una figura contractual, lo que implica que el contrato de fiducia deberá regular varios aspectos importantes en la materia. Por ello, consideró que el texto del Decreto Ley 903 de 2017 tiene insertas una mezcla de figuras jurídicas y el presidente deberá, a través de su poder reglamentario, responder a todas estas problemas.

El movimiento Voces de Paz y Reconciliación declaró durante la audiencia pública que las situaciones relacionadas con la implementación del fondo y el patrimonio autónomo son y serán muy complejas, dado que únicamente al conocerse todos los detalles y características de los bienes, se podrán definir los mecanismos y procedimientos de incorporación.

El Procurador General de la Nación, respecto de la facultad del Gobierno Nacional para reglamentar el mecanismo y los términos para la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo, considera que es una previsión que responde a la facultad presidencial para reglamentar la ley para lograr su cumplida ejecución. Así, a su juicio, el artículo 3 del decreto examinado es constitucional.

Examen de constitucionalidad:

100. El artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017 dispone la creación de un fondo de víctimas, patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, constituido por los bienes objeto del inventario

dispuesto en los artículos anteriores del Decreto Ley bajo examen. Prevé que el contrato fiduciario determinará las condiciones de administración del fondo. También dispone que el gobierno del fondo estará a cargo de un Consejo Fiduciario, cuya conformación y funcionamiento será decidida por el Gobierno nacional, por recomendación de la CSIVI. El inciso segundo dispone que el Gobierno nacional definirá la entidad que administrará el fondo y lo faculta para reglamentar el mecanismo y los términos para permitir la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo.

101. El Fondo de Víctimas constituye un patrimonio autónomo y, aunque no constituye una persona jurídica, el fondo en cuestión sí es un centro de imputación jurídica de derechos y de obligaciones¹⁴⁶, que no modifica la estructura de la Administración Pública¹⁴⁷. Tiene una finalidad particular establecida en el artículo cuarto del Decreto Ley 903 de 2017. Es un patrimonio autónomo de creación legal, y la concretización de las reglas de su administración se realizará a través del negocio fiduciario. Como lo pone de presente la interviniente de la SAE, la figura creada por este decreto ley no encuadra en la llamada fiducia pública, definida en el artículo 32, numeral 5 de la Ley 80 de 1993, ya que en la misma no se transfiere, en principio, la propiedad de los bienes y, por lo tanto, no se constituye un patrimonio autónomo. Como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina, la figura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se trata entonces de un encargo fiduciario que no coincide con la figura prevista en el Código de Comercio¹⁴⁸, esta última aplicable al patrimonio autónomo que se crea en virtud del Decreto Ley bajo estudio. De esta forma, como se explicará en detalle a continuación, dicho

¹⁴⁶ “Esos son los llamados en la doctrina los patrimonios autónomos que se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inculcable utilidad socio- económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de agosto de 2005, exp. 1909.

¹⁴⁷ Respecto del Fondo Colombia en Paz, creado por el Decreto Ley 691 de 2017, como un Fondo Cuenta patrimonio autónomo, esta Corte concluyó que los fondos-cuenta “no modifican la estructura de la administración pública, pues el hecho de no tener el atributo de la personalidad jurídica, no les permite crear una entidad diferente a la que se encuentran vinculados. En otros términos, los fondos-cuenta son un sistema de manejo de recursos públicos que no tiene personalidad jurídica y que por tanto se encuentran adscritos a una entidad o Ministerio de la administración pública (v.gr. el Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia que está adscrito al Consejo Superior de la Judicatura o el Fondo Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres). Así pues, los únicos fondos que modifican el esquema de organización la administración pública son los fondos-entidad”: Corte Constitucional, sentencia C-438/17.

¹⁴⁸ “Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”: Corte Constitucional, sentencia C-086/95 que declaró inexecutable la autorización que otorgaba la Ley 80 de 1993 para celebrar contratos de fiducia. En el mismo sentido C-244/11. Por esta razón, el numeral 5 del art. 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que “La fiducia que se autoriza para el sector público en esta Ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta Ley”.

patrimonio autónomo constituye una fiducia mercantil¹⁴⁹ que permite la efectiva transferencia de los bienes que conforman el inventario, cuyo fideicomitente único es el Gobierno Nacional –Departamento Administrativo de la Presidencia, y su beneficiario exclusivo como se mencionó anteriormente las víctimas del conflicto.

102. En este sentido, la exclusión de creación de patrimonios autónomos en el Estatuto de Contratación Estatal no es de rango constitucional; tampoco es absoluta, ya que en su mismo cuerpo el inciso 2, del parágrafo 2, del artículo 41, autoriza la creación de negocios fiduciarios para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones o para el pago de pasivos laborales, así como una cantidad importante de leyes han autorizado que se recurra a negocios fiduciarios, como excepción a la regla de la Ley 80 de 1993¹⁵⁰. Como se señaló anteriormente, la modalidad prevista en el Decreto Ley bajo revisión coincide con la del artículo 1226 del Código de Comercio que define la fiducia mercantil como *"un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, **transfiere** uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario"* (negritas no originales). El artículo 1227 del mismo Código garantiza su destinación específica, al excluirlos de la prenda general de los acreedores del fiduciario, al tiempo que el artículo 1233 expresamente prevé que con los bienes fideicomitados se crea un patrimonio autónomo separado, afecto a la finalidad de la fiducia prevista en su acto de constitución en beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.

103. El recurso público a la figura de la fiducia mercantil ha sido encontrado ajustado a la Constitución en otras ocasiones por esta Corte¹⁵¹, particularmente en la sentencia C-438 de 2017 donde se declaró la constitucionalidad de la sustitución del Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto, que no constituía un patrimonio autónomo, por el **Fondo Colombia en Paz**, creado como patrimonio autónomo de administración fiduciaria. Concluyó la Corte en

¹⁴⁹ Regulada bajo lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio, así como en los artículos 118 y 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

¹⁵⁰ Por ejemplo: artículo 36 de la Ley 388 de 1997 autoriza a las entidades municipales y distritales y las áreas metropolitanas para celebrar contratos de fiducia en materia de proyectos de urbanización y vivienda de interés social y refiere expresamente exceptuar la Ley 80; el artículo 22 de la Ley 1286 de 2009 relativo al Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Fondo Francisco José de Caldas, a cargo de Colciencias, como fiducia que constituye patrimonio autónomo; el artículo 41 de la Ley 1450 de 2011 en materia de contratos para la promoción del turismo autoriza al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para recurrir a fiducias, patrimonios autónomos; el artículo 6 de la Ley 1537 de 2012 lo autoriza para el manejo de los recursos para proyectos de Vivienda de Interés Prioritario; el parágrafo del artículo 7 de la Ley 1702 de 2013 respecto de la administración del Fondo Nacional de Seguridad Vial; el parágrafo 2 del artículo 245 de la Ley 1753 de 2015 para los proyectos de la Agencia Nacional Inmobiliaria Virgilio Barco Vargas.

¹⁵¹ Por ejemplo, la sentencia C-368 de 2012 concluyó que *"resulta acertado que el contrato comercial escogido sea la fiducia mercantil, pues ella es la institución jurídica que permite que se conforme un patrimonio autónomo, afectado exclusivamente para dicho pago de las obligaciones prestacionales que estaban a cargo de las cajas y fondos de previsión de las mencionadas universidades"*.

dicho caso que “(...) *la determinación de la forma de administración de los fondos especiales hace parte del margen de configuración del Legislador e incluye la posibilidad de establecer un fondo organizado como patrimonio autónomo, administrado por una sociedad fiduciaria pública*”¹⁵². En el caso concreto, se trata de un fondo cuenta¹⁵³ que, por lo tanto, no crea una nueva entidad pública que modifique la estructura de la Administración Pública, no cuenta con personería jurídica¹⁵⁴, y resulta de la creación legal otorgada por el Decreto Ley bajo revisión, razón por la cual satisface la exigencia de legalidad del gasto.

104. En el caso bajo estudio, las FARC no actúan como fideicomitentes. Lo anterior, por cuanto, el artículo bajo estudio dispone que le corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia en su calidad de titular de todos los bienes y recursos monetizados y no monetizados que constituyan el inventario de bienes, transferir de forma voluntaria los mismos a la fiducia mercantil, por lo cual, es esta entidad la que adquiere la calidad de fideicomitente. Lo relativo a la finalidad del fondo, prevista en el artículo cuarto, se estudiará posteriormente.

105. Así las cosas, el artículo 3 del decreto ley bajo revisión suscita los siguientes problemas jurídicos:

- ¿La creación de un patrimonio autónomo – Fondo de Víctimas - que servirá de receptor de los bienes inventariados prevista en el artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017 y referido en el artículo 2 del mismo desconoce (i) el artículo 359 de la Constitución relativo al principio de unidad de caja y (ii) El derecho de las víctimas a la reparación integral al tratarse de una medida regresiva?
- ¿La facultad otorgada por el artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017 a la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI) para proferir recomendaciones en materia la administración del Fondo de Víctimas desconoce el artículo 34 de la Constitución relativo a la extinción del dominio?
- ¿Vulnera la reserva de ley contenida en el artículo 150 de la Constitución Política, la facultad otorgada al Presidente de la República por el inciso segundo del artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017 para reglamentar el mecanismo y los términos para permitir la transferencia de los bienes al Fondo de Víctimas que el mismo artículo crea?

106. Para responder a estos problemas jurídicos, se analizará: (i) la

¹⁵² Corte Constitucional, sentencia C-438/17.

¹⁵³ El artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prevé, en nombre del principio de economía que “20. *Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado*”.

¹⁵⁴ “(...) *los fondos-cuenta se refieren al sistema de manejo de recursos que no cuenta con personería jurídica, puede ser un patrimonio autónomo y, en general, se admite que se rijan por las reglas de contratación de derecho privado como una excepción a las disposiciones que rigen la contratación pública, que son temporales en el contexto de situaciones de emergencia*”: Corte Constitucional, sentencia C-438/17.

compatibilidad del patrimonio autónomo creado con el principio constitucional de unidad de caja; (ii) la eventual afectación de los derechos de las víctimas que generaría el fondo de víctimas; y, (iii), finalmente se examinará la constitucionalidad de la facultad reglamentaria otorgada por este artículo al Presidente de la República.

El patrimonio autónomo y el principio de unidad de caja:

107. El artículo 359 de la Constitución prohíbe las rentas nacionales de destinación específica. Dicha interdicción que se predica de los ingresos de naturaleza tributaria¹⁵⁵, pretende impedir que las leyes creadoras de tributos los excluyan *ex ante* y de manera definitiva de la decisión política anual de priorizar los gastos para el cumplimiento de fines, que a la iniciativa del Gobierno Nacional y para la mayoría parlamentaria resulten relevantes, de acuerdo con el instrumento también político de la planeación¹⁵⁶. La prohibición de “rentas atadas”¹⁵⁷ busca así garantizar un margen adecuado de maniobra¹⁵⁸ en la decisión política de programación anual del gasto público¹⁵⁹. No obstante, esta prohibición encuentra excepciones en el mismo texto constitucional, en lo relativo a (i) las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios, en concordancia con los artículos 356 y 361 de la CP; (ii) las destinadas para inversión social; (iii) las que, con base en leyes anteriores, la Nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías; y (iv) el artículo 336 que permite las rentas de destinación específica en las utilidades obtenidas por los monopolios de suerte y azar, destinadas a la salud. En desarrollo de dicho mandato constitucional, el Estatuto Orgánico del Presupuesto materializó el principio constitucional de unidad de caja, en los siguientes términos: “*Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación*”¹⁶⁰.

108. Como se señaló anteriormente, la norma bajo revisión crea un fondo-cuenta bajo la forma de un patrimonio autónomo destinado exclusivamente a la reparación de las víctimas, adicional y complementario al esquema de

¹⁵⁵ “(...) una interpretación sistemática del texto constitucional nos lleva a afirmar que la expresión ‘rentas nacionales de destinación específica’, se refiere exclusivamente a rentas de naturaleza tributaria o impuestos”: Corte Constitucional, sentencia C-040/93, reiterada, entre otras, en la sentencia C-1515/00.

¹⁵⁶ “La prohibición constitucional de las rentas de destinación específica tiene como finalidad consolidar las funciones del presupuesto como instrumento democrático de política fiscal, de promoción del desarrollo económico y de asignación eficiente y justa de los recursos”: Corte Constitucional, sentencia C-009/02.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-590/92.

¹⁵⁸ “Esta atomización del presupuesto rompía la unidad de caja, que constituye principio cardinal de la moderna hacienda pública y debilita al Estado al privarlo de la discrecionalidad necesaria para ubicar el gasto en los grandes rubros”: C-478/92.

¹⁵⁹ “La delicada tarea de gestionar globalmente las metas del plan y hacerlas compatibles con las políticas y posibilidades reales de gasto dentro de cada vigencia fiscal, se torna en extremo difícil cuando una porción sustancial de los ingresos queda inexorablemente atada a los destinos fijados por las leyes creadoras de rentas con destinación específica que limitan por definición el ingreso de los caudales públicos a una caja común para luego, de manera racional, asegurar la ejecución ordenada y justa de las prioridades trazadas en la ley de presupuesto y en el plan de desarrollo”: Corte Constitucional, sentencia C-317/98.

¹⁶⁰ Artículo 16 del Decreto 111 de 1996.

restitución de víctimas previsto en la Ley 1448 de 2011. Varios intervinientes consideran que en razón de la finalidad dispuesta para estos recursos, su destino específico no vulnera el principio constitucional de unidad de caja, al tratarse de una medida de inversión social. Tal razonamiento presupone que los bienes que conforman el patrimonio autónomo en cuestión son rentas tributarias nacionales.

109. En realidad, la figura creada por el artículo 3 del decreto ley bajo revisión no se encuadra en una excepción al principio de unidad de caja, sino que en este caso dicho principio resulta inaplicable¹⁶¹. Los bienes incorporados por el DAPRE al Fondo de Víctimas no constituyen una renta tributaria¹⁶², sino unos recursos especiales que, en el contexto de la justicia transicional, son entregados voluntariamente, vía su incorporación en el inventario, por los victimarios con la finalidad de reparar a las víctimas del conflicto. En este sentido, desde el punto de vista presupuestal, dichos recursos constituyen un fondo especial (artículo 30 del Decreto 111 de 1996, resultante del artículo 27 de la Ley 225 de 1995), alimentado por otros ingresos ni tributarios, ni no tributarios (artículos 11 y 27 del Estatuto Orgánico del Presupuesto). Así, el Decreto 111 de 1996 excluye estos recursos del principio de unidad de caja (artículos 11, 34 y 74).

110. En suma, los bienes fideicomitidos no son recursos tributarios del orden nacional porque no son fruto de la soberanía tributaria, es decir, del poder tributario estatal, sino que ingresan al patrimonio público que se constituye en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 bajo estudio, luego de ser transferidos voluntariamente por el Departamento Administrativo de la Presidencia (en calidad de único fideicomitente), vía la incorporación en el inventario de bienes que se analizó en el artículo 2 del decreto ley. Aunque la jurisprudencia constitucional ha concluido que los fondos cuenta son excepciones constitucionales al principio de unidad de caja¹⁶³, en este caso la no

¹⁶¹ La sentencia C-009/02 llegó a una conclusión en cierta medida equivalente, al concluir que la previsión abstracta de fondos especiales en el Estatuto Orgánico del Presupuesto no vulnera el principio de unidad de caja, ya que no determina el tipo de recursos de los que se nutrirá cada fondo: “*El artículo demandado no crea, menciona ni afecta algún impuesto en particular sino que se limita a señalar genéricamente qué es lo que constituye un fondo especial, sin especificar la naturaleza de tales ingresos. En este orden de ideas, el artículo 30 del Decreto 111 de 1996 no consagra ni afecta renta tributaria alguna, circunstancia que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, excluye la posibilidad de vulneración del artículo 359 de la Carta Política*”. Advirtió la Corte, no obstante, que “*la declaratoria de constitucionalidad del artículo 30 del Decreto 111 de 1996 no faculta al legislador ordinario, cuando defina los ingresos de los fondos especiales, para afectar cualquier tipo de rentas, por cuanto el desarrollo legislativo de esta norma orgánica del presupuesto está naturalmente subordinada a los preceptos constitucionales*”.

¹⁶² La sentencia C-590/92 define el concepto de renta a partir de su origen en el poder tributario del Estado, para efectos de determinar el alcance a la prohibición de rentas de destinación específicas: “*Se les ha denominado rentas atadas, y consisten en la técnica presupuestal de asignar una determinada **renta recibida por una carga impositiva** para la financiación de una actividad gubernamental previamente establecida en la ley de presupuesto*” (negritas no originales). La misma sentencia refiere la siguiente definición de rentas de destinación específica: “*Las Rentas de Destinación Específica (RDE) propiamente dichas, podrían definirse (...) como aquellos impuestos, tasas, multas y rentas contractuales de índole nacional, de las cuales el Estado no puede disponer libremente*”.

¹⁶³ “*si los fondos especiales constituyen una excepción al principio de unidad de caja, su determinación y recaudo se efectuará de acuerdo con las decisiones que para cada caso adopte el legislador*”: Corte Constitucional, sentencia C-009/02.

vulneración de dicho principio se explica de manera diferente, teniendo en cuenta que los recursos de los que se nutrirá el Fondo de Víctimas creado por el Decreto Ley 903 de 2017, no tienen origen tributario, por lo que el presente caso no constituye *stricto sensu* una excepción, sino un asunto en el que no resulta aplicable el principio de unidad de caja. Así las cosas, es dado concluir que no existe vulneración alguna del artículo 359 de la CP.

La cuestión de la regresividad del decreto ley bajo estudio, en cuanto al derecho a la reparación integral de las víctimas

111. Algunos intervinientes consideran que la creación de un patrimonio autónomo podría ser inconstitucional al significar la afectación del derecho de las víctimas a la reparación por varias razones: (i) porque de acuerdo con el artículo 4 del Decreto Ley, dichos bienes no se destinan exclusivamente para la reparación de las víctimas; (ii) porque la creación de un nuevo fondo, diferente del administrado por la UARIV, exige la destinación de recursos adicionales para la administración del patrimonio autónomo que disminuyen así los recursos para la reparación; (iii) porque generaría un trato diferente en cuanto a los montos de reparación entre las víctimas de las FARC y las reparadas por la UARIV; y, finalmente, (iv) porque no prevé la responsabilidad subsidiaria del Estado en cuanto a la reparación de las víctimas.

112. La Corte Constitucional no encuentra que, a partir del texto del artículo 3 del Decreto Ley bajo control automático pueda surgir con certeza alguna medida que materialice una regresión en los derechos de las víctimas. Las objeciones relativas a los gastos que podría implicar la administración del patrimonio autónomo en lugar de fortalecer los recursos del Fondo para la Reparación de las Víctimas (artículo 54 de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 177 de la Ley 1448 de 2011) administrado por la UARIV son cuestiones de conveniencia de la norma, que escapan al control de constitucionalidad. Tampoco la norma revisada determina los montos de la reparación, ni la forma de proceder a la misma, lo que implica que no es posible evidenciar la pretendida regresividad respecto de la Ley de Víctimas, que generaría la inconstitucionalidad de la norma, ni el trato diferente al interior de las víctimas.

113. No obstante, llama la atención la Corte al deber del Estado de respetar y proteger los derechos de las víctimas, en razón de la centralidad que adquieren en la justicia transicional. Tal como lo señaló este tribunal en la sentencia C-674 de 2017, existen dos deberes especiales: (i) el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario; y (ii) **el de asegurar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación**, por lo cual, en el marco de lo dispuesto en la Ley 1448 de 2011, en el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, y en la sentencia C-370 de 2006, se deben observar en cualquier caso las directrices sobre los derechos de las

víctimas frente a los victimarios, especialmente en lo que concierne a la reparación integral, bajo la premisa de que la construcción de escenarios de paz no se puede traducir en una anulación de estas prerrogativas. De esta forma, las entidades encargadas de hacer efectivo este mandato constitucional, en virtud del principio de colaboración armónica al que hace referencia el artículo 113 de la CP, deberán realizar sus mejores esfuerzos para asegurar que la reparación sea garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de recursos disponibles. Finalmente, como se estableció en las sentencias C-674 de 2017 y C-007 de 2018, el acceso y el mantenimiento de todos los componentes del régimen penal especial para el escenario transicional, se encuentran sujetos a la contribución efectiva y proporcional a la verdad, la reparación y al ofrecimiento de garantías de no repetición, de tal modo que la satisfacción de cada uno de los componentes es condición para la realización de los demás, enmarcándose de esta forma dentro del régimen de condicionalidades.

La constitucionalidad del rol de la CSIVI relativa a la administración del Fondo de Víctimas

114. Consideran algunos intervinientes que la función atribuida a la CSIVI respecto de la administración del Fondo de Víctimas creado por el decreto ley bajo revisión contraría el artículo 34 de la Constitución, al permitir que las personas cuyos bienes son objeto de extinción del dominio continúen teniendo el poder de determinar la administración de los bienes, lo que a la vez vulneraría el fin constitucional de propender por un orden justo.

115. La CSIVI es un instrumento del engranaje para la implementación y cumplimiento del Acuerdo Final, cuya existencia y funciones fueron acordadas en punto 6.1.6 del mismo¹⁶⁴, esencialmente para la discusión y

¹⁶⁴ “6.1.6. *Funciones de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI)*

La CSIVI tendrá las siguientes funciones:

- *Resolver cualquier diferencia o situación imprevista que pueda surgir entre las partes firmantes del Acuerdo Final en la interpretación de los acuerdos que no pueda ser resuelta por mecanismos acordados en el punto correspondiente, cuando los haya. Los países garantes podrán contribuir a facilitar la solución de las diferencias cuando así se requiera.*
- *Servir de espacio para el manejo de cualquier situación o diferencia entre las partes que se pueda presentar tras la firma del Acuerdo Final, que no implique al Mecanismo de Monitoreo y Verificación de Naciones Unidas.*
- *Hacer seguimiento a todos los componentes del Acuerdo Final y verificar su cumplimiento, respetando lo establecido respecto al acompañamiento internacional y sin perjuicio de las funciones del MM&V. En particular, la CSIVI deberá:*
 - *Hacer seguimiento y verificar el cumplimiento de los compromisos establecidos en la línea de tiempo del Acuerdo Final, lo cual no afecta las competencias de las ramas del poder público y de los órganos del Estado.*
 - *Constatar que el contenido de todos los proyectos de decreto, ley o acto legislativo que sean necesarios para implementar el Acuerdo Final, correspondan a lo acordado, antes de que sean expedidos por el Presidente de la República o presentados ante el Congreso, según sea el caso. Para estos efectos se tendrá en cuenta el listado no exhaustivo de proyectos incluido en el presente Acuerdo. Lo anterior sin perjuicio de las competencias del Congreso de la República. La CSIVI tendrá*

resolución de las diferencias y dificultades que se susciten, la preparación de proyectos normativos y la verificación del cumplimiento de los compromisos. Su existencia y funciones fueron precisadas y desarrolladas mediante el Decreto 1995 de 2016 cuyo artículo 2 dispuso la composición paritaria de la Comisión: “*estará integrada por tres representantes del Gobierno Nacional y tres representantes de las FARC-EP en proceso de reincorporación a la vida legal, o del partido político que surja de su tránsito a la vida legal*”. Por su parte, el artículo 3 del decreto ley bajo revisión dispuso que “*El Fondo referido será gobernado por un Consejo Fiduciario cuya administración será decidida y constituida por el Gobierno nacional, por recomendación de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI)*”.

116. Advierte a este respecto la Sala Plena que la función consultiva atribuida a la CSIVI por el artículo bajo revisión no vulnera ninguna norma constitucional, ya que de la lectura de la misma se constata que la administración del patrimonio autónomo le corresponde exclusivamente al Gobierno Nacional y el rol de la CSIVI es meramente consultivo. Las recomendaciones formuladas por la Comisión no resultan obligatorias ni le otorgan el poder de veto en materia de las decisiones que adopte el Gobierno Nacional en cuanto a la administración del Fondo. Al no disponer de la calidad de fideicomitente, las FARC no disponen de los derechos propios que se derivan de tal calidad, de acuerdo con los artículos 1236 y 1244 del Código de Comercio, tales como revocar la fiducia, exigir la rendición de cuentas, demandar la responsabilidad del fiduciario y obtener la devolución de los bienes a la terminación del negocio. Esto significa que las FARC no ejercen ningún tipo de poder de administración respecto de los bienes que conforman el Fondo de Víctimas. Por lo tanto, no existe razón alguna para declarar la inconstitucionalidad de la función atribuida a la CSIVI en la norma revisada.

La constitucionalidad de la facultad reglamentaria otorgada al Presidente

117. El inciso final del artículo 3 bajo revisión faculta al Gobierno nacional para reglamentar el mecanismo y los términos para permitir la transferencia de

interlocución con las agencias, estados y organizaciones donantes que contribuyan económicamente a la implementación de los acuerdos y/o que forman parte del acompañamiento internacional de la misma. La CSIVI podrá solicitar informes de seguimiento y ejecución sobre los distintos programas y proyectos que reciban de la cooperación internacional en el marco de la implementación de los acuerdos de paz.

- *Proponer borradores de normas que se consideren necesarias para la implementación del Acuerdo Final, sin perjuicio de las facultades ordinarias del Congreso de la República.*
- *Organizar un sistema de comisiones temáticas y territoriales para el ejercicio de sus funciones, que permita la partición ciudadana.*
- *Producir informes periódicos que evidencien de manera diferencial los avances de la implementación. De manera ocasional, podrá generar reportes temáticos, especializados o territoriales relacionados con los componentes de los acuerdos.*
- *La CSIVI podrá recibir insumos de las distintas instancias encargadas de la implementación de los acuerdos así como de organizaciones, universidades, centros de investigación, observatorios tanto nacionales como territoriales.*
- *Cualquier mandato o función que para su cumplimiento ordinario o prioritario se delegue en la CSIVI en el Acuerdo Final”.*

los bienes al patrimonio autónomo. Algunas de las intervenciones señalan su inconstitucionalidad por desconocimiento de la reserva de ley que existiría en lo relativo a la propiedad, la extinción del dominio y a la determinación de los aspectos tributarios de la transferencia de los bienes.

118. Sin embargo, el otorgamiento legislativo de facultades reglamentarias al Presidente de la República no constituye en sí mismo una norma inconstitucional, teniendo en cuenta que con o sin dicha disposición el Presidente goza dentro de sus competencias propias, la de reglamentar la ley, de acuerdo con numeral 11 del artículo 189 de la CP¹⁶⁵, por lo que la ley no tiene la capacidad de atribuir ni restringir la facultad reglamentaria del Presidente¹⁶⁶. En este sentido no contraviene la Constitución que una norma de rango legal insista o reitere el poder reglamentario del Presidente de la República, como lo hace el artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017.

119. Ahora bien, a pesar de que la norma es constitucional, por reiterar la facultad reglamentaria del Presidente, de acuerdo con lo precisado en esta sentencia en cuanto al respeto de los derechos de los terceros de buena fe, respecto de los bienes inventariados, así como lo relativo a la articulación de la extinción del dominio *sui generis* respecto de otros mecanismos administrativos y judiciales, es necesario precisar que, salvo la utilización de los procedimientos actualmente existentes, la configuración de un procedimiento especial para garantizar la publicidad y contradicción de los terceros de buena fe frente al inventario, exige la intervención del legislador¹⁶⁷, razón por la que no podría ser objeto del desarrollo administrativo previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017, mediante un decreto presidencial. De manera coincidente con esta conclusión, en respuesta a las pruebas decretadas por el Magistrado Ponente, el mismo Gobierno Nacional respondió que lo relativo a transferencia de los bienes y la verificación de la titularidad de ellos serían objeto de desarrollos normativos posteriores, de naturaleza legislativa. En estos términos, concluye la Sala Plena de la Corte Constitucional que la expresión “*Facúltese al Gobierno nacional para reglamentar el mecanismo y los términos para permitir la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo*”, prevista en el inciso segundo del artículo 3 del Decreto Ley 903 de 2017, resulta constitucional, en

¹⁶⁵ “La potestad reglamentaria, en consecuencia, tiene naturaleza ordinaria, derivada, limitada y permanente. Es ordinaria debido a que se trata de una competencia adscrita por la Constitución dentro de las funciones propias de la Rama Ejecutiva, sin que para su ejercicio requiera de habilitación distinta de la norma constitucional que la confiere. Tiene carácter derivado, puesto que requiere de la preexistencia de material legislativo para su ejercicio. (...) Por último, la potestad reglamentaria es permanente, habida cuenta que el Gobierno puede hacer uso de la misma tantas veces como lo considere oportuno para la cumplida ejecución de la ley de que se trate y hasta tanto ésta conserve su vigencia”: Corte Constitucional, Auto 049/08.

¹⁶⁶ Este tribunal ha considerado que ni siquiera resulta inconstitucional que la ley fije un término para el ejercicio presidencial de dicha facultad, en el entendido de que se trata de una norma meramente impulsora: Corte Constitucional, sentencia C-508/02. Así, cuando la ley determina un término para que el Presidente la reglamente, el mismo no significa un límite temporal a la competencia reglamentaria permanente del Presidente: Corte Constitucional, sentencia C-805/01.

¹⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-374/97. En la misma sentencia se precisa que la regulación relativa a la extinción del dominio no requiere el trámite de una ley estatutaria.

articulación con los derechos y garantías de los terceros.

Artículo cuarto:

“Finalidad del Fondo. Con los bienes y activos incluidos en el mencionado inventario se procederá a la reparación material de las víctimas del conflicto, en el marco de las medidas de reparación integral y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final” (el aparte resaltado se declarará inexecutable en la presente sentencia, por falta de conexidad con el Acuerdo Final –ver *supra*-).

Intervenciones:

Respecto del artículo cuarto del decreto ley en revisión, el Magistrado Ponente formuló al Gobierno Nacional las siguientes preguntas, durante la instrucción del asunto:

En lo relativo al manejo de los recursos:

- a. En cuanto al destino de los bienes y recursos del fondo (artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017): ¿Cuál es el criterio jurídico para determinar el reparto y la priorización en el destino de los recursos, teniendo en cuenta que el decreto ley bajo control refiere indistintamente la reparación de las víctimas y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final?
- b. ¿De qué manera podrá invertir los recursos del fondo de víctimas la organización de economía social y solidaria, denominada Economías Sociales del Común – ECOMÚN? ¿Por ejemplo, sus afiliados podrán recibir créditos, subsidios, etc.?
- c. ¿Los recursos otorgados a la organización ECOMÚN tendrán naturaleza pública y, por lo tanto, serán objeto de control y responsabilidad fiscal?
- d. ¿Los recursos del fondo de víctimas también se destinarán a la financiación del Centro de Pensamiento y Formación Política, previsto en el punto 3.2.2.2 del Acuerdo Final, a pesar de que el mismo punto dispone que *“Para el funcionamiento del Centro, el Gobierno Nacional destinará, con cargo al presupuesto general de la nación, un monto anual igual al asignado para la difusión y divulgación de la plataforma ideológica y programática arriba mencionada, hasta el 19 de julio de 2022?”*

Respuesta de la Presidencia de la República: Explica que de acuerdo con el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, estos bienes buscan aportar a la reparación integral del sistema integral de Verdad Justicia, Reparación y no Repetición y al sistema de la Ley 1448 de 2011, por lo que ninguno de esos bienes podrá destinarse a ECOMÚN o al Centro de pensamiento político. Considera que la interpretación sistemática del decreto bajo examen permite entender que la remisión al punto 3.2.2 del Acuerdo Final

se refiere a los menores de edad, en su calidad de víctimas del conflicto armado. Esta interpretación se fundamenta en que los considerandos del decreto ley bajo examen hacen alusión al punto 5.1.3.7 sobre atención y reparación integral de las víctimas.

En el escrito de intervención y durante la audiencia pública, el Fiscal General de la Nación sostuvo que permitir que las FARC retengan una parte de los bienes inventariados contraría el artículo 83 de la CP, porque de ahí se deriva la prohibición de beneficiarse de su propio dolo, de acuerdo con la sentencia C-083 de 1995. Para desarrollar su tesis, el Fiscal explicó la génesis del decreto bajo revisión: Relata que desde 2016 la Fiscalía reclamó que el asunto fuera discutido y se exigiera que las FARC hicieran entrega de sus activos y bienes ilegales. La negociación se comenzó, pero no alcanzó a terminarse para el plebiscito del 2 de octubre de 2016. Sostiene que la propuesta de las FARC consistía en que los bienes fueran depositados en Fondo Fiduciario autónomo, para “*darles uso legal*”; Que el Fondo estaría administrado por un Consejo Fiduciario conformado por cinco representantes, tres de las FARC y dos del Gobierno y presidido por uno de los representantes de las FARC. Los dineros del fondo se destinarían para “*la reparación monetaria de las víctimas del conflicto armado y para el desarrollo de proyectos productivos que contribuyan al desarrollo integral de los desmovilizados de la guerrilla*”; “*treinta por ciento de los recursos (30%)*” sería destinado a la reparación de las víctimas. Explica que el Ministro de Defensa y el Fiscal pusieron de presente la inconveniencia e inconstitucionalidad de la propuesta, al permitir que se cambiaran bienes ilícitos, por derechos fiduciarios lícitos y que se les permitiera continuar controlando esos bienes. Afirmó que de manera previa al plebiscito, las FARC hicieron una manifestación unilateral, el 1 de octubre de 2016, en la que reafirmaban su compromiso de declarar sus bienes y sostenían que “*Conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, procederemos a la reparación material de las víctimas en el marco de las medidas de reparación integral, observando los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a los recursos de guerra. Las FARC-EP manifiestan que los recursos por inventariar integran su economía de guerra y que por razones de ética política nunca hicieron ni hacen parte de patrimonios individuales. Las FARC-EP declaran desde ahora mismo que no cuentan con recursos monetarios ni no monetarios adicionales a los que van a ser declarados durante el proceso de dejación de armas*”. También, durante la audiencia, el Fiscal hizo entrega a la Secretaria General de la Corte Constitucional del documento en el que las FARC manifiestan sus pretensiones sobre la administración de sus bienes y de la carta del jefe del equipo negociador del Gobierno, Humberto de La Calle Lombana, para que haga parte del expediente¹⁶⁸ y sean tenidos en cuenta en el examen de constitucionalidad.

¹⁶⁸ Folio 270 del expediente.

Considera el Fiscal que esta propuesta de las FARC inspiró directamente el texto definitivo del punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final y resulta inconveniente porque nada se dispuso respecto del deber de entregar dichos bienes al Estado, ni tampoco respecto de la extinción del dominio y se aceptó que con esos bienes “*las FARC-EP procederán a la reparación material de las víctimas*”, lo que en su criterio significaba que entendían que conservaban la administración de dichos bienes. Agrega que con la referencia a la jurisprudencia constitucional de los recursos de la guerra, entendían que de acuerdo con la sentencia C-370 de 2006, las FARC podían conservar una parte del patrimonio ilícito, en favor de los guerrilleros desmovilizados y no se destinara exclusivamente a la indemnización de las víctimas, lo cual, a su juicio, resulta inconstitucional. Por consiguiente sostiene que el artículo 4 afecta el derecho a la reparación integral de las víctimas, al permitir que los bienes sean destinados al beneficio de los propios victimarios, lo que en su concepto podría ser constitucional, pero no a partir de patrimonios autónomos.

En relación con esto, explica que la sentencia C-180 de 2014 dispone que el derecho de las víctimas implica el reconocimiento y los legitima para ser los únicos beneficiarios de ese patrimonio ilícito que fue acumulado a lo largo de décadas como fruto del secuestro, chantaje, extorsión, del narcotráfico, entre otros delitos. Como consecuencia, expone que la premisa fundamental tiene que ser la reparación integral a las víctimas primordialmente en cabeza de los victimarios. Frente a la posibilidad de que con dichos recursos se ejerza la política, sostiene que se afectaría el principio democrático y el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos. Explica, además, que los programas de reinserción de los ex guerrilleros deben ser financiados con recursos públicos o resultantes de ayuda internacional.

Precisa también que la posibilidad de que los recursos de la guerra sean destinados a los programas de reinserción, contraría las garantías de no repetición, ya que disminuye los recursos para la misma y permite la participación de los victimarios en la administración de los recursos, lo que podría conducir a discriminaciones en contra de ciertas víctimas, al poder elegir a quién repara y cómo lo hace, algo que resultaría contrario a los derechos de las víctimas.

La UARIV sostiene que la finalidad del fondo responde a la exigencia de la jurisprudencia constitucional de que los victimarios y el Estado contribuyan a la reparación de las víctimas, así como al componente resocializador de los victimarios, reconocido por la sentencia C-695 de 2015.

La agrupación política Voces de Paz y Reconciliación indica que el 1 de octubre de 2016 las FARC se comprometieron públicamente a entregar los activos de la economía de guerra para reparar materialmente a las víctimas, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. También señaló que se pactó que durante la permanencia en las ZVTN se establecería el mecanismo para inventariar dichos bienes, de acuerdo con el punto relativo al

suministro de la información del punto 3.1.13 del Acuerdo Final y el punto 5.1.3 y 5.1.3.7 relativo a la contribución a la reparación de las víctimas. Agrega que el acuerdo también se inspiró en la sentencia C-370 de 2006, que estableció límites para el deber de reparar con el fin de garantizar unos recursos necesarios para salvaguardar la subsistencia digna de los procesados.

Igualmente, considera que la entrega de los bienes a un fondo fiduciario pretende dar transparencia al manejo de los bienes y garantizar su destino a la reparación de las víctimas, así como para el desarrollo de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo. Expresa que este fondo fiduciario se diferencia sustancialmente del Fondo para la Reparación de las Víctimas en cabeza de la UARIV, ya que ese tiene como único fin la reparación de las víctimas, mientras que el fondo que prevé este decreto, responde a las dinámicas socioeconómicas del conflicto armado colombiano. Durante la audiencia pública, el vocero del movimiento sostuvo que los bienes serán destinados para la inversión social, es decir, la reparación integral de las víctimas y para la financiación de los “*planes o programas sociales*” resultantes del censo socio-económico de la Universidad Nacional, es decir, lo previsto en el punto 3.2.2.7, en beneficio de los integrantes de las FARC y sus familias, de acuerdo con la sentencia C-370 de 2006 según la cual el deber de reparar encuentra como límite la “*preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa*”. Explica que con dicho fondo no se financiará ni el Centro de Pensamiento Político ni la renta básica para los ex combatientes, ya que para esto ya existe asignación presupuestal propia. Considera que con dicho fondo se deberán cumplir con las condenas a reparación proferidas por la JEP, bajo el concepto de justicia restaurativa. Afirma que se trata solamente de contribuir, ya que el fondo no tiene la capacidad financiera para suplir obligaciones y compromisos del Estado, los cuales deben ser asumidos con recursos del presupuesto nacional.

Durante la audiencia pública, la Magistrada Gloria Stella Ortiz señaló que se evidenciaba una posición distinta dentro del debate acerca de la interpretación del decreto ley: La de Voces de Paz considera que parte del destino de los recursos para este fondo será la reincorporación económica y social de las FARC; Por su parte el Ministro sostiene que dicha interpretación no es posible, pues solo es procedente para la reparación de las víctimas. En razón de esta divergencia, formuló la siguiente pregunta al vocero de Voces de Paz: ¿En su interpretación de este decreto ley, dentro de la reincorporación económica y social de las FARC es posible entonces, financiar, por ejemplo, el partido político o formas de reincorporación social en participación política de las FARC?

En respuesta a la pregunta, el vocero de Voces de Paz y Reconciliación insistió que es apenas una contribución minúscula la que se puede dar sobre la obligación del Estado de reparar a las víctimas, ya que hay mucha retórica y demagogia respecto de los derechos de las víctimas y no se traduce en asignaciones de recursos del presupuesto y no puede esperarse ahora que con

este fondo se va a resolver lo que el Estado no ha podido hacer en muchos años; es apenas una contribución. Las interpretaciones que esperan que se logren resarcir los derechos de las víctimas están erradas si se consideran el universo de víctimas del conflicto y las estimaciones de lo que la reparación significaría en términos de presupuesto.

El Magistrado Alberto Rojas Ríos formuló la siguiente pregunta al vocero del Movimiento Voces de Paz: Explicaba usted que los bienes que puedan ser destinados específicamente a lo que significaría el tema de inversión social y la restauración conforme a lo que narra la Comisión Especial para la Paz, tendrían el alcance de cubrir el fenómeno restaurativo. Si nos dice que es muy exiguo el fondo y que en últimas no podría generar una expectativa mayor ¿Cómo podría entenderse entonces su destinación en términos de cobertura, es decir, si estamos pasando de una justicia retributiva a una restaurativa, que tiene fundamento especialmente la reparación de un daño? ¿Qué se tiene pensado para este fenómeno?

El vocero del movimiento Voces de Paz y Reconciliación respondió que no se ha afirmado que el fondo sea exiguo; simplemente se ha llamado la atención acerca de la necesidad de estudiar juiciosamente el fondo, sin demagogia; determinar con rigor, qué es lo que al final puede quedar de ese patrimonio autónomo que va a constituir ese fondo. Reiteró que se ha señalado básicamente que parte de ese patrimonio se usó en gastos de inversión y funcionamiento del ejército rebelde; parte de ese patrimonio se gastó en el cese de las operaciones para el traslado a las zonas Veredales. Invitó a hacer un análisis sencillo sobre el monto total de patrimonio. Puntualizó que la extensión del patrimonio frente al deber de reparar habrá que determinarse en su momento, observando su monto con referencia al presupuesto general de la Nación y al producto interno bruto del país. Sostiene que si es cierto lo que afirma el Fiscal y el patrimonio asciende a ocho millones de pesos (sic), se estaría diciendo que dicho patrimonio no se acerca ni siquiera al 1% del PIB de este país; ni siquiera se acerca al 5% del presupuesto general de la Nación. Señaló que la forma como se constituye el patrimonio no se podrá dar de manera inmediata, justamente por los problemas de titularidad y por las características de los bienes que entran a ser parte del mismo. Pero más allá de esas circunstancias, concluye que la finalidad del decreto ley se inspira en un concepto de reparación integral de las víctimas. Pero advierte que los acuerdos de la Habana tienen un concepto integral de la reparación, en el que el componente de verdad juega un papel central dentro de dicho concepto.

El representante de CODHES pone de presente que existe una grave preocupación por parte de las víctimas con respecto a este punto, debido a que de su propia interpretación entendieron que parte de los recursos del fondo estarán destinados a “*satisfacer las obligaciones del punto 3.2.2 del acuerdo*”. A su juicio, lo que consagra realmente dicha disposición es: i) apoyar las medidas de reincorporación económica y social de los integrantes de las FARC al pretender constituir una organización de economía solidaria y social

con los bienes e inventarios, a la cual podrán afiliarse los excombatientes de la organización; y ii) la creación de un centro de pensamiento y formación política que promueva la creación del futuro partido político. Precisa que en ningún momento se puede predicar que dicha disposición sea el reflejo de la especial protección consagrada en la Constitución para los niños, niñas y adolescentes de las FARC, de lo contrario el legislador hubiera contemplado dicha protección especial de manera específica.

La Universidad Externado de Colombia indica que de acuerdo con el principio de justicia restaurativa presente en la legislación ordinaria, particularmente en la Ley 975 de 2005, es indispensable que este tipo de procesos en los que participan conjuntamente la víctima y los victimarios se interpreten como mecanismos restaurativos y, por consiguiente, se declare que el resultado es restaurativo si se logra la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad. Por esta razón, considera que es constitucional que el fondo no sólo se destine a la reparación de las víctimas, sino a la reconstrucción de los vínculos sociales de los afectados por el conflicto, en el entendido de que el destino de los bienes debe ser primordialmente dirigido a las víctimas. Concluye que en los procesos de DDR (Desarme, Desmovilización y Reintegración), resulta fundamental la entrega de los bienes producto de las actividades ilícitas, sin que nada de lo adquirido ilícitamente pueda quedar a nombre de los integrantes de los grupos desmovilizados.

El Ministro de Justicia y del Derecho señaló, durante la audiencia pública, que el Decreto Ley 903 de 2017 garantiza la reparación material de las víctimas. A su vez, precisa que la entrega de los bienes por parte de las FARC con el fin de reparar efectiva y materialmente a las víctimas se ajusta a lo establecido en las directrices y principios internacionales sobre este tema y a lo expuesto por la Corte Constitucional. Así en la sentencia C-370 de 2016 señaló que la obligación de reparar a las víctimas les corresponde, en primer lugar, a quienes han cometido la vulneración de los derechos y esperan recibir algún tipo de beneficio penal. Además, afirma que así se envía un mensaje a la sociedad y a las víctimas, en el sentido de que el Estado está asegurando que la consecución del capital ilegal de las FARC, que era usado para la guerra, debe destinarse a las víctimas y ser transformado en su favor.

Así, sostiene que es claro que el establecimiento de este trámite excepcional de entrega de bienes y administración se crea con el propósito -único y exclusivo- de garantizar los derechos de las víctimas y el otorgamiento de beneficios penales sólo hasta tanto se haya cumplido con este requisito. Finalmente, sostiene que es necesario despejar una ambigüedad que ha causado daño y se ha expandido, la cual se relaciona con una pregunta que muchos se han hecho, esto es si los bienes y activos incluidos en el fondo de víctimas y entregados por las FARC se destinarán para la reincorporación económica y social de las FARC, como por ejemplo el que han llamado Centro de Pensamiento y Formación Política del partido político que surja de la transición de esta organización a la actividad política legal.

La respuesta a este interrogante es, a su juicio, negativa. Señala que pese a que el artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017 dispone que la destinación del fondo será para la reparación a las víctimas y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final, es claro que la referencia a esta numeral se dirige únicamente al punto de reincorporación en favor de los menores de edad que han salido de los campamentos de las FARC, es decir, el numeral 3.2.3.5. Los menores son considerados bajo todos los estándares nacionales e internacionales, como víctimas, por ende, el artículo 4 estudiado, respeta el principio fundamental de la reparación de las víctimas, pues la destinación de los dineros y activos que entren a este fondo sólo busca materializar este principio. Por lo tanto, afirma que la operación prevista no se trata de un lavado de activos, pues se busca con esta normatividad honrar la palabra y el centro de este proceso de paz: las víctimas y su reparación integral.

El ICDT pone de presente que el artículo 2 de la CP, señala como fines del Estado asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, lo que sería vulnerado si se permite que las FARC, de alguna manera, se puedan beneficiar de los bienes tomados de manera ilícita y con ello asegurar un orden justo, al tiempo que contrariaría el principio constitucional de moralidad, previsto en el artículo 209 de la Constitución.

El ciudadano Eduardo Montealegre Lynett, formuló, durante la audiencia pública, la pregunta de si es constitucionalmente permitido que bienes de procedencia ilícita permanezcan, de manera legítima, en cabeza del titular o autor del ilícito penal. Explica que, por regla general, los bienes de los victimarios deben destinarse a la reparación de las víctimas, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, pues esa es su principal vocación. Sin embargo, considera que existen argumentos que muestran que no es incompatible destinar parte de éstos al mismo infractor, especialmente, cuando es éste quien los denuncia. La anterior consideración se sustenta, a su juicio, en que: (i) la ponderación de los principios en conflicto lo justifican, dado que un ejercicio en tal sentido evidencia que es posible la restricción razonable de los derechos de las víctimas a la reparación, cuando el resultado va a ser, precisamente, su propia reparación. Así, sería justificado que una porción se dirija al infractor, (i) si esto ocurre en un proceso de paz, donde los recursos – como ya se dijo- son denunciados por el infractor y la finalidad principal es la reparación de las víctimas, siempre y cuando la destinación del porcentaje destinado a ellos sólo se reoriente a la reincorporación, el desarrollo de mecanismos productivos y la consolidación de una paz estable y duradera. A su vez, (ii) si existen facultades del Estado para negociar y, en consecuencia, para renunciar a la persecución penal del delito, con mayor razón podrá negociar el Estado respecto de aspectos patrimoniales. En este caso, también tiene lugar un argumento *a fortiori*, es decir que, si está permitido lo más, con mayor razón está permitido lo menos. Con todo, (iii) el ordenamiento jurídico actual contempla la posibilidad de que, en diversos casos, se deje un

porcentaje de bienes con origen ilícito al infractor que colabora. Explica en este sentido que el Código de Extinción de Dominio contempla esta posibilidad en el artículo 142 A, en donde se establece que quienes realicen colaboraciones efectivas podrán realizar negociaciones patrimoniales con el Estado y éste deberá restar un porcentaje sobre el valor del bien o les permitirá conservar la propiedad sobre algunos de esos activos, incluso si son de procedencia ilícita. Aunado a lo anterior, explica que (iv) un análisis sensible a las consecuencias, evidencia que es acertado permitir la negociación de un porcentaje de los bienes ilícitos denunciados. Con mayor razón, si en el presente caso el examen de si es posible dejar en manos del infractor distintos bienes debe ser analizado a luz de interpretaciones teleológicas y “consecuencialistas”. Por esta vía sostiene que la destinación de un porcentaje de los bienes del infractor genera un incentivo para que exista una completa entrega de los bienes adquiridos de forma ilícita. En el caso contrario, afirma que se generaría un espacio para que el infractor oculte la verdad y utilice distintas figuras para disfrazar los bienes, no denunciarlos o mantener sus testafierros. No obstante, sostiene que (v) la destinación de tal porcentaje de los bienes en favor del infractor debe ser razonable, pues la mayoría de ellos debe destinarse a la reparación de los derechos de las víctimas. Sólo una porción razonable de éstos deberían estar dirigidos al infractor y sólo es posible permitirlo bajo mínimos razonables que no hagan nugatoria la reparación. Es decir que la entidad administrativa que distribuya los bienes debe realizar un ejercicio de ponderación para que los activos patrimoniales que se destinen al proceso de reincorporación de las FARC a la vida civil, no lleguen a restringir de forma mediana o intensa el derecho que tienen las víctimas. Estos porcentajes orientados hacia el grupo insurgente, por tanto, no pueden violar el principio de proporcionalidad.

El profesor Vicente Emilio Gaviria Londoño explica que la reparación a las víctimas con bienes entregados por las FARC y relacionados en el inventario es constitucionalmente admisible, pero no puede ser permitido que dichos bienes sean destinados a la resocialización o reparación económica de los desmovilizados, por las siguientes razones:

El Decreto 903 de 2017, el Acto Legislativo 01 de 2016 y demás normas que se relacionan, hacen parte de una legislación especial y sin precedentes a nivel mundial. Por ende, esas normas sólo se pueden entender, interpretar y aplicar bajo el entendido de que son funcionales para la terminación del conflicto y para la construcción de una paz estable y duradera. Por eso, la entrega del inventario debe comprenderse como parte del proceso de dejación de las armas. Precisó que la legislación Colombiana ha estado inmersa en un movimiento en favor de los derechos de las víctimas, al punto que se dice que el derecho penal mutó de paradigma para cambiar de la retribución a la reparación. Sin embargo y pese a la cantidad de normas existentes en el ordenamiento jurídico relacionadas con los derechos de las víctimas y la reparación integral, considera que en realidad no pasan de ser algo irreal, pues en la práctica las víctimas no son indemnizadas integralmente y sostiene que

es posible que esto tampoco ocurra en este contexto. También resalta algunos problemas que, a su juicio, presenta la legislación actual en materia de reparación de las víctimas del ilícito¹⁶⁹. Pone de presente que en el decreto ley bajo control se establece que la indemnización de las víctimas debería tener lugar con los bienes inventariados y entregados por las FARC. Sin embargo, no hay norma expresa que indique que esa reparación integral debería realizarse con los bienes propios y personales de los desmovilizados, que puedan considerarse como de procedencia ilícita.

En lo que concierne a la posibilidad de que los victimarios conserven una parte de los bienes, comienza por explicar que el beneficio de competencia está consagrado en el artículo 1684 del Código Civil (sentencia C-192 de 1996) y que consiste en que el deudor pueda conservar unos bienes para su modesta subsistencia. Al respecto, señala que se ha manifestado que esto es posible en relación con los desmovilizados de las FARC por lo establecido en el Decreto 903 y por lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006, en la que se dijo que resultaba conforme a la constitución que el postulado pudiera conservar algunos de los bienes de su propiedad para su subsistencia. Apunta que la sentencia distinguió entre bienes de procedencia lícita e ilícita, pues dicha posibilidad resultaría factible y constitucionalmente admisible si se tratara de bienes de procedencia legal. En este sentido y respecto del beneficio de competencia, consideró que puede resultar equivocado que con bienes que tienen su fuente en actividades delictivas se sufrague y se dé apoyo económico para los desmovilizados. Preciso que con esta clase bienes, sólo se puede reparar a las víctimas y se debe establecer una excepción respecto de los desmovilizados que son menores de edad, toda vez que estos también se consideran víctimas del conflicto. Aclaró, no obstante, que el beneficio de competencia en favor de los guerrilleros desmovilizados sería constitucional si cumple los siguientes requisitos: (i) que se trate de justicia transicional; (ii) que procede sólo respecto de bienes de procedencia lícita; (iii) que no tenga como finalidad el lucro de los desmovilizados, sino satisfacer unos mínimos de subsistencia y reincorporación; (iv) que se mantenga un equilibrio adecuado entre la reincorporación y la reparación de las víctimas y (v) que esta posibilidad sea subsidiaria, es decir, que la reincorporación y subsistencia mínima no esté garantizada por cualquier otro medio de financiación estatal. Explicó adicionalmente que la regulación de la extinción del dominio, prevista en el artículo 133 de la Ley 1708 de 2014

¹⁶⁹ Explica que en la legislación actual y desatendiendo los derechos fundamentales de las víctimas, se establece que si se encuentra un bien respecto del cual un familiar o cónyuge de uno de los desmovilizados ostenta la propiedad del mismo, es perfectamente posible que continúen con la misma cuando lo utiliza para su vivienda. A su juicio, allí se evidencia una norma que no atiende a los derechos de las víctimas, sino que le da prelación al derecho de quien puede ser considerado testafarro. Señala que hay otras normas que están en el mismo sentido dentro de esta legislación, pues respecto de los bienes personales de los desmovilizados sobre los que recae alguna medida cautelar dentro de un proceso en el cual se pretende el pago de una indemnización integral, dichas medidas pueden ser levantadas según lo establecido en la Ley 1820 de 2017. También expone que del articulado de las leyes 975 y 1448 de 2014 y de los decretos que la reglamentan, se desprende que las víctimas no son reparadas integralmente, debido a que se utilizan unas tablas para establecer el monto de la indemnización la cual es tasada en salarios mínimos, dependiendo de la clase de delito del cual fueron víctimas, lo cual considera que no consulta, necesariamente, la reparación integral.

prevé que cuando exista sentencia anticipada, por colaboración, el sujeto pasivo de la acción puede conservar el 6% de los bienes.

Respecto de la afirmación del interviniente Eduardo Montealegre según la cual resulta razonable que el infractor puede conservar en parte de los bienes, aunque sean de procedencia ilícita, en la medida en que resulta estimulante para que hagan una declaración completa de sus bienes, consideró el profesor Gaviria que dicha afirmación desconoce el derecho de las víctimas a la reparación integral trasladándoles a éstas una carga injusta, al tiempo que se privilegia al victimario, quien no tiene legitimidad respecto de los bienes. También señaló que resulta discutible que las FARC tengan derecho de dominio. Recordó que el artículo 673 del Código Civil establece como modos para adquirir el dominio la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción, por lo cual el delito no es forma legítima de adquirir el dominio. Adicional a ello, en la sentencia C-370 de 2006 se indicó que: ciertamente los bienes de procedencia ilícita no le pertenecen a quien delinque, por lo tanto la entrega no supone un traslado de propiedad sino una devolución a su propio dueño. Consideró, entonces, que si se acepta la tesis del Fiscal General de la Nación, según la cual es necesario que estos bienes pasen por un proceso de extinción del dominio, dichos bienes no regresarán a su legítimo dueño.

Respecto de la anterior argumentación, el interviniente Eduardo Montealegre Lynett replicó que el derecho de las víctimas de verdad, justicia y reparación puede ser entendido como un derecho fundamental. En tal sentido, las normas de derecho fundamental tienen estructura de principio y, por lo tanto, sólo se cumplen en la medida de lo fáctico y jurídicamente posible, en tanto que colisionan constantemente con otros derechos fundamentales. Así, consideró que en el presente caso existe una colisión entre el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, con el derecho a la paz, y en particular, con el desarrollo legislativo que precisa la reincorporación de los miembros de las FARC como una medida necesaria, a través de la destinación de patrimonios para esto. Entonces, para resolver ese problema, señala que debe acudir a un test de razonabilidad el que, de por sí implica que se puedan restringir los derechos ya que todo derecho fundamental puede ser restringido, incluido el derecho de las víctimas, en aras de consolidación del derecho a la paz, siempre y cuando la medida no afecte de manera desproporcionada el derecho de las víctimas a la reparación y debe tratarse de restricciones leves.

El Procurador General de la Nación expresa que la única destinación pactada para dichos bienes fue la reparación de las víctimas, pero de la lectura del artículo 4 podría concluirse que los bienes incluidos en dicho fondo son la fuente exclusiva de la reparación, lo que contrariaría el derecho a la reparación integral de las víctimas, así como el Acto Legislativo 01 de 2017 y el artículo 150, numeral 17 de la Constitución, en donde se prevé la responsabilidad subsidiaria del Estado. Por este motivo, solicita a la Corte que se declare la constitucionalidad de dicho artículo, bajo el entendido de que una vez se

agoten dichos recursos, el Estado asumirá las indemnizaciones a que hubiere lugar. Por otra parte, conceptúa el Procurador que la segunda destinación de los recursos del fondo, relativos a los programas del punto 3.2.2 del Acuerdo Final adolece del vicio de falta de unidad de materia ya que dichos bienes tienen una única destinación convencional y constitucional. Sin embargo, considerando que el punto 3.2.2.5 prevé medidas para la reincorporación de los menores de edad de los campamentos de las FARC a quienes se reconocen como víctimas del conflicto, el Procurador solicita que se declare la exequibilidad del artículo 4 del decreto examinado, en el entendido de que hace referencia exclusivamente a que dichos bienes también se destinarán a la indemnización de los menores que integraron las FARC y fueron víctimas del conflicto. Aseguró, no obstante, que esto no excluye que el Estado deba asumir su reincorporación a través de diferentes instituciones y programas con el fin de garantizar el pleno restablecimiento de los derechos de esta población en condición de especial vulnerabilidad, tales como el regreso a su ámbito familiar.

Igualmente considera apropiado que la indemnización que reciben las víctimas se realice con el producto de los bienes sobre los cuales recae la extinción *sui generis* del dominio que crea el presente decreto, puesto que una de las características fundamentales de la conformación de la justicia transicional es la de reparar a las víctimas por parte del victimario y es esa la razón para que en el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 1 de 2017 se ocupara de los inventarios de los bienes de la FARC. No encontró procedente que estos bienes sean utilizados por los desmovilizados de la FARC para su sostenimiento, dado que el Acuerdo Final y el objetivo de la justicia transicional según el Acto Legislativo 1 de 2017 establecen claramente que la destinación de esos recursos para reparar a las víctimas del conflicto armado.

Examen de constitucionalidad:

120. El artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017 prevé lo relativo a la finalidad del Fondo de Víctimas creado por el artículo 3 del mismo decreto. Dispone que con dichos bienes se procederá a la reparación material de las víctimas del conflicto, en el marco de las medidas de reparación integral y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final. La norma suscita los siguientes problemas jurídicos a la luz del presente control de constitucionalidad:

- ¿Contraría el derecho de las víctimas a la reparación integral de los perjuicios, así como el artículo 150 de la CP, la interpretación del artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017 según la cual los recursos destinados para la misma se limitan a los del Fondo de Víctimas creado por dicho decreto?
- ¿Destinar parte de los recursos a disposición de las FARC para la implementación de los programas previstos en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final, relativos a la reincorporación social y económica de los miembros

de dicho grupo, vulnera el derecho de las víctimas a la reparación integral de los perjuicios?

Para responder a estos problemas jurídicos se precisará (i) el alcance del deber de los victimarios de reparar integralmente a sus víctimas y (ii) la constitucionalidad del destino de los bienes de las FARC para la reincorporación de los miembros de las FARC, a la luz del derecho de las víctimas a la reparación integral de perjuicios.

El deber de los victimarios de reparar integralmente a las víctimas y la responsabilidad subsidiaria del Estado frente al derecho a la reparación integral

121. De conformidad con la Constitución Política de 1991 y el desarrollo legal y jurisprudencial, el Estado tiene la obligación de velar por los derechos las víctimas. Sobre la materia, existe un catálogo de derechos para las víctimas que ha sido plasmado en distintos instrumentos internacionales. Al respecto, se han establecido los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición como “*bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar la reparación sin la justicia*”¹⁷⁰.

122. En efecto, el derecho a la reparación de las víctimas tiene un soporte constitucional, no sólo en las disposiciones que contemplan las funciones y competencias de la Fiscalía General de la Nación (art. 250, numerales 6 y 7) en su redacción proveniente de las modificaciones introducidas mediante el Acto Legislativo No. 3 de 2002, sino también en la dignidad humana y la solidaridad como fundamentos del Estado social del Derecho (art. 1 de la CP), en el fin esencial del Estado de hacer efectivos los derechos y dar cumplimiento al deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo (Preámbulo y art. 2 de la CP), en el mandato de protección de las personas que se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 de la CP), en el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 de la CP) y en disposiciones contenidas en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad o que sirven como criterio de interpretación de los derechos (art. 93 de la CP)¹⁷¹.

123. En desarrollo de los derechos de las víctimas, la jurisprudencia Constitucional ha hecho énfasis en la concepción de justicia restaurativa que aparejan los procesos de justicia transicional, donde en el centro deben estar las víctimas y la satisfacción de sus derechos a la verdad, justicia reparación y no repetición. Así, en el marco de la justicia transicional, existe una obligación

¹⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-775/03.

¹⁷¹ En ese sentido, el Estatuto de Roma, aprobado mediante la Ley 742 de 2002, establece en su artículo 75, el derecho a la reparación, el cual engloba factores como la restitución, la rehabilitación y la indemnización.

por parte de los victimarios consistente en la contribución a la reparación integral de las víctimas, atendiendo a los principios de proporcionalidad y de integralidad¹⁷². En este sentido, el Acto Legislativo 01 de 2012 dispuso que los instrumentos de justicia transicional “*garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación*”, y esta Corte ha señalado que uno de los requisitos para que los victimarios que se acojan al Sistema Integral de Verdad, Justicia Reparación y no Repetición, mantengan sus beneficios es el de la contribución a la reparación integral de las víctimas¹⁷³.

124. En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha recalcado la importancia de proteger y garantizar los derechos de las víctimas del conflicto armado interno colombiano¹⁷⁴. Es por ello que, en concordancia con los diferentes instrumentos internacionales, ha sostenido que las víctimas tienen derecho a (i) conocer la verdad de lo ocurrido y a que se esclarezcan los delitos que afectan de manera sistemática y masiva los derechos de la población; (ii) que se investigue y sancione a los responsables de estos delitos y, (iii) a ser reparadas de manera integral.

125. En este sentido, el artículo 4° del decreto bajo examen, prevé la utilización de los bienes y activos del inventario exclusivamente a la satisfacción del derecho que les asiste a las víctimas a la reparación integral. Esta destinación resulta constitucional en la medida en que busca la garantía de un derecho fundamental, que como lo ha señalado esta Corte “*1) busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus derechos constitucionales; y 2) por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición*”¹⁷⁵.

126. Así, esta Corte hace hincapié en que la destinación para la reparación de las víctimas del inventario de bienes de las FARC, se ajusta a los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional en el sentido de que incluso en contextos de justicia transicional, el primer llamado a contribuir a la reparación de las víctimas es el propio victimario tanto el grupo al margen de la ley –de manera colectiva- como el victimario individual, con sus propios bienes, por ser quien ha causado el daño¹⁷⁶. Aun cuando no es el objeto de este

¹⁷² En esa medida, la reparación debe comprender todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, tanto a nivel individual como colectivo. Por ello debe ser integral, estableciendo medidas de protección que generen (i) garantías de no repetición, (ii) una indemnización económica, (iii) reparación moral, (iv) medidas de rehabilitación, (v) medidas de reparación colectivas y (vi) reconstrucción de psicosocial de la población afectada.

¹⁷³ Corte Constitucional, sentencias C-674/17 y C-007/18.

¹⁷⁴ Respecto de los derechos de las víctimas ver sentencias C-178/02, C-228/02, C-578/02, C-580/02, C-695/02, C-916/02, C-004/03, C-228/03, C-014/04, C-928/05, C-979/05, C-1154/05, C-047/06, C-370/06, C-454/06, C-575/06, C-209/07, C-1199/08, entre otras.

¹⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-753/13.

¹⁷⁶ “(...) como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra

Decreto, que se circunscribe a la reparación de las víctimas, con los bienes de las FARC, esta corte resalta el artículo 18 del Acto Legislativo 01 de 2017 que dispuso que en la justicia transicional el Estado garantiza la reparación de las víctimas¹⁷⁷, y para tales efectos, tanto la Rama Ejecutiva como la Legislativa, cuentan con libertad de medios, para definir la política pública que mejor garantice los derechos de las víctimas, y su articulación con las ya existentes como la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios.

127. En este contexto, resulta constitucional que el artículo 4 del decreto ley bajo revisión disponga que los bienes a disposición de las FARC, en el marco del conflicto armado, en el que se presentaron graves y masivas violaciones a derechos fundamentales, sean destinados para la reparación material de las víctimas, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha reconocido las medidas del Decreto Ley 903 de 2017 como elemento de la satisfacción de las condiciones para la conservación de los beneficios de la justicia transicional¹⁷⁸. Por lo anterior, se concluye que prever que los bienes de FARC sean destinados para la reparación de las víctimas resulta constitucional porque materializa el deber de los victimarios de reparar a sus víctimas.

El destino de los bienes de las FARC para la reincorporación de los miembros de las FARC, a la luz del derecho de las víctimas a la reparación integral de los perjuicios

128. El artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017 dispone que los bienes inventariados tendrán por objeto no únicamente la reparación material de las víctimas, lo que, como se evidenció, resulta plenamente constitucional, sino además, que dichos recursos también serán destinados para la implementación de los programas del punto 3.2.2 del Acuerdo Final. Para varios de los intervinientes en el proceso y participantes en la audiencia pública, este segundo destino de los recursos resulta inconstitucional, por afectar los

la impunidad. Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable – por acción o por omisión – o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz.”: Corte Constitucional, sentencia C-370/06, reiterada, entre otras, en las sentencias C-575/06, C-286/14 y C-007/18.

¹⁷⁷ “En el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado. La reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de víctimas del conflicto armado y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de los recursos disponibles, y dando preferencia en la atención a los sujetos de especial protección constitucional”: artículo 18 transitorio, del Acto Legislativo 01 de 2017.

¹⁷⁸ Las sentencias C-674/17 y C-007/18 incluyeron la contribución a la reparación de las víctimas y específicamente el inventario y entrega de los bienes con el fin de reparación material, como elementos del régimen de condicionalidades para la conservación de los beneficios de la justicia transicional. También, la sentencia C-025/18, advirtió que de acuerdo a lo señalado en el artículo 150.17 de la Constitución, al haber eximido a los favorecidos con la amnistía de iure de la responsabilidad civil respecto de los particulares, queda el Estado obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar. Resaltó la Corte que este aspecto se encuentra intrínsecamente relacionado con el artículo 41 de la Ley 1820 de 2016, que condiciona la extinción de la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, a la satisfacción de los derechos de las víctimas a cargo del Estado en concordancia con la Ley 1448 de 2011, así como lo dispuesto en el Decreto Ley 903 de 2017, respecto de la entrega de bienes de las FARC-EP.

derechos de las víctimas, mientras que para otros, se trata de una medida constitucional que materializa el carácter integral de la justicia transicional la que exige, también, una adecuada reincorporación de los miembros del grupo guerrillero.

129. El punto 3.2.2 del Acuerdo Final, al que remite el artículo bajo revisión, prevé **medidas para la reincorporación económica y social de los ex combatientes de las FARC**, a través de la creación de una organización cooperativa denominada ECOMÚN (3.2.2.1), un Centro de pensamiento y formación política (3.2.2.2); un Consejo Nacional de Reincorporación (3.2.2.3); procedimientos para la elaboración de listados para el tránsito a la legalidad (3.2.2.4); medidas especiales para la reincorporación de los menores de edad que han salido de los campamentos de las FARC (3.2.2.5); la identificación de las necesidades en el proceso de reincorporación económica y social mediante un censo, programas y proyectos productivos (3.2.2.6); la previsión de garantías para la reincorporación económica y social, tales como una renta básica durante 24 meses, una asignación única de normalización, el pago de aportes a seguridad social y planes y programas sociales tales como educación, acompañamiento psicosocial y reunificación familiar (3.2.2.7) y la posibilidad de ampliar la financiación de la reincorporación económica a través de la cooperación internacional o financiación privada (3.2.2.8).

130. Lo anterior implica entonces que la remisión a los programas del punto 3.2.2 pretende que la reincorporación económica y social de los ex combatientes de las FARC sea en parte financiada con los propios recursos a disposición del grupo. Así, los bienes del victimario se destinarían para reparar a sus víctimas, pero a la vez, para garantizar su propia reincorporación. Esta norma resultaría *prima facie* concordante con la sentencia C-370 de 2006 donde, al juzgar la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, conocida como Ley de Justicia y Paz, la Corte Constitucional consideró que “*en contextos de transición a la paz, podría parecer proporcionado que el responsable de delitos que ha decidido vincularse a un proceso de negociación, conserve una parte de su patrimonio de forma tal que pueda vivir dignamente e insertarse plenamente en la sociedad democrática y en el Estado de derecho (...) De esta manera, resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados, con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual*” (negritas no originales)¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370/06.

131. Esta jurisprudencia se inspira directamente del artículo 1684 del Código Civil, el que prevé el beneficio de competencia en protección de los mínimos necesarios para la subsistencia modesta o “competente” de ciertos deudores¹⁸⁰, cuya lista taxativa se encuentra determinada por el artículo 1685 del mismo Código¹⁸¹. Ya que esta figura prevé la obligación de devolución de lo que conservó el deudor, la figura del beneficio de competencia materializa así una condición suspensiva de la obligación de pagar. Al prever así una especie de beneficio de competencia en beneficio de los desmovilizados, fruto de un proceso de paz, esta jurisprudencia articula el fin constitucional, principio, valor y derecho a la paz, con el derecho a las víctimas a la reparación y el principio de dignidad humana, el que exige garantías para la subsistencia mínima de aquellos que han acordado la cesación del conflicto y se comprometieron a someterse a la justicia, a contribuir a la verdad y a la reparación de las víctimas. Al tiempo, esto significaría que cuando la parte motiva del decreto ley prevé que con dichos bienes se procederá a la reparación material de las víctimas “*observando los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a los recursos de la guerra*”, haría referencia a la posibilidad de destinar una parte de los bienes de los victimarios, para su propia subsistencia, lo que resaltaría la importancia de la reincorporación social como elemento esencial de adecuados procesos de justicia transicional¹⁸², que logren durablemente la superación de violaciones sistemáticas de derechos humanos y la construcción de condiciones sólidas de convivencia, a través de la plena reincorporación social de los antiguos actores del conflicto armado, al tiempo que se restauren completamente los derechos de las víctimas¹⁸³. Lo anterior, también tendría en cuenta que la reintegración

¹⁸⁰ “**ARTICULO 1684. DEFINICION DE BEBEFICIO DE COMPETENCIA.** Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución, cuando mejoren de fortuna”.

¹⁸¹ “**ARTICULO 1685. CASOS EN QUE ES OBLIGATORIO EL BENEFICIO DE COMPETENCIA.** Subrogado por el art. 14, Ley 95 de 1890. El nuevo texto es el siguiente: El acreedor es obligado a conceder el beneficio de competencia:

1o.) A sus descendientes o ascendientes, no habiendo estos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación.

2o.) A su cónyuge no estando divorciado por su culpa.

3o.) A sus hermanos, con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes.

4o.) A sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad.

5o.) Al donante; pero sólo en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida, y

6o.) Al deudor de buena fe, que hizo cesión de sus bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo”.

¹⁸² “Los Estados deben establecer un plan de reconversión para garantizar la reintegración social de todos los miembros de tales grupos”: Corte Constitucional, sentencia C-579/13.

¹⁸³ La sentencia C-694/15, relativa a la constitucionalidad de algunos apartes de la Ley 1592 de 2012, precisó que “El deber del Estado se orienta a estructurar un modelo de justicia transicional dentro del cual se garanticen los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, pero que a su vez permita la reintegración económica de los miembros de grupos armados a la sociedad, pues de lo contrario será imposible que logren reincorporarse a la comunidad. En virtud de esta situación, gran parte de la eficacia del proceso de justicia transicional depende de la estructuración de programas que le permitan, a quien deja las armas, realizar una actividad económica lícita para obtener recursos económicos necesarios para subsistir e impedir que reincida en la comisión de delitos para la obtención de un provecho ilícito”. Por su

cierra el ciclo conocido como DDR (Desarme, Desmovilización y Reintegración), necesario para la consolidación de la paz fruto de un acuerdo y contribuye a la reconstrucción del tejido social afectado por el conflicto armado.

132. Ahora bien, no obstante la importancia de la reincorporación como componente de la justicia transicional, esta interpretación según la cual una parte de los recursos a disposición de las FARC debe destinarse para la financiación de los programas de reincorporación de sus excombatientes, previstos en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final materializa, en realidad, una vulneración de los derechos de las víctimas, en cuanto que tiene por efecto disminuir injustificadamente los recursos destinados para su reparación material. En efecto, el mismo punto 3.2.2 prevé fuentes de financiación para dichos programas, distintas de los bienes a disposición de las FARC: la asesoría jurídica y técnica para la creación de la cooperativa ECOMÚN es financiada con recursos públicos, de acuerdo con el punto 3.2.2.1. El Centro de Pensamiento y Formación Política recibirá financiación pública¹⁸⁴. El apoyo económico para emprender un proyecto productivo individual o colectivo que asciende a 8 millones de pesos, será pagado con cargo al Gobierno Nacional, a través de recursos girados a un Fondo para la ejecución de proyectos productivos y de servicios (punto 3.2.2.6). La renta básica mensual garantizada durante 24 meses se pagará con cargo a un encargo fiduciario constituido para tal fin por el Gobierno Nacional (punto 3.2.2.7), lo mismo que los pagos de seguridad social durante 24 meses. Los diferentes planes o programas sociales resultantes del censo socioeconómico (educación, vivienda, cultura, recreación, deporte, protección y recuperación del medio ambiente, acompañamiento psicosocial, etc.), serán garantizados por el Gobierno Nacional (punto 3.2.2.7). La financiación estatal de dichos programas se confirma por el punto 3.2.2.8 el que prevé que los recursos resultantes de la cooperación internacional, del sector privado, de fundaciones y de organismos multilaterales no disminuyen los recursos económicos puestos a disposición por el Gobierno Nacional para la reincorporación, sino que los incrementan.

parte, la sentencia C-554/17 que declaró la exequibilidad del Decreto Ley 897 de 2017, concluyó: “*la Corte entiende que aun cuando la reintegración y la reincorporación promueven la reinserción, como aspecto fundamental de la terminación del conflicto armado, el enfoque de reintegración, que se mantiene dentro del ámbito de competencias de la ARN aún con la modificación introducida por el Decreto Ley 897 de 2017, atiende principalmente a la ejecución de programas individuales de carácter productivo con la finalidad de alcanzar en el corto plazo la consecución de fuentes de ingreso y empleo para los desmovilizados; mientras que el enfoque de reincorporación previsto en el Acuerdo Final tiene un carácter integral para garantizar la reinserción de los integrantes de las FARC-EP, de acuerdo a sus intereses, en los ámbitos político, económico, social y de seguridad, y por lo tanto implica el desarrollo de proyectos no solo individuales sino también colectivos, que involucran a la comunidad en procura de construir canales democráticos y recomponer el tejido social*”.

¹⁸⁴ El punto 3.2.1.1. relativo a las Garantías para el nuevo partido o movimiento político prevé que “*con el fin de contribuir a la financiación del Centro de pensamiento y formación política (3.2.2.2), así como a la difusión y divulgación de su plataforma ideológica y programática, se le asignará una suma equivalente al 7% anual de la apropiación presupuestal para el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos entre la fecha del registro y el 19 de julio de 2022*”.

133. Así, para la financiación de estos programas, el Decreto Ley 691 de 2017 creó el **Fondo Colombia en Paz**, que tiene por objeto “*ser el principal instrumento para la administración, coordinación, articulación, focalización y ejecución de las diferentes fuentes de recursos para realizar las acciones necesarias para la implementación del Acuerdo Final, de conformidad con el Plan Marco de Implementación del mismo y el componente específico para la Paz del Plurianual de Inversiones del Plan Nacional de Desarrollo, así como el proceso de reincorporación a la vida civil de las FARC-EP y otras acciones del posconflicto*”¹⁸⁵.

134. También el Decreto Ley 899 de 2017 dispuso expresamente la financiación pública para la reincorporación económica y social, individual y colectiva de los integrantes de las FARC, en particular, en lo relativo a la asignación única de normalización (artículo 7); la renta básica (artículo 8); aportes al sistema de seguridad social y el sistema de protección a la vejez (artículo 9); los proyectos productivos individuales y colectivos (artículos 11 al 14) planes y programas sociales resultantes del censo socioeconómico (artículo 17). Este decreto fue declarado exequible, salvo algunas expresiones, mediante la sentencia C-569 de 2017 donde claramente se concluyó que estas medidas desarrollan la jurisprudencia constitucional que exige la garantía del mínimo vital de las personas que se someten a un proceso de justicia transicional y buscan reincorporarse a la vida civil¹⁸⁶.

135. En vista de lo anterior, es claro que la referencia que hace el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final a que con los bienes inventariados se procederá a reparar materialmente a las víctimas “*observando los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a los recursos de la guerra*” se encuentra satisfecha en cuanto el sostenimiento mínimo de quienes se encuentran en proceso de reincorporación, se asegura a partir de recursos públicos¹⁸⁷. De esta manera, resulta claro que destinar los bienes a disposición de las FARC, incluidos en el inventario previsto, para los programas y proyectos del punto 3.2.2 es una medida que, al analizar sistemáticamente la norma, genera una afectación inconstitucional del derecho de las víctimas a la reparación integral, sin justificación alguna, ya que las normas de implementación del Acuerdo Final prevén una financiación pública para dichos programas.

¹⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-438/17.

¹⁸⁶ “(...) los procesos de reincorporación, como el que tiene lugar a propósito del Acuerdo Final, deben incluir condiciones mínimas de subsistencia para los desmovilizados que les permita garantizar un tránsito confiado y seguro hacia la legalidad y la resocialización. Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, los excombatientes tienen derecho a un mínimo vital, representado en el acceso a bienes y servicios básicos, así como también a su recuperación económica y a la creación de medios de vida que reduzcan el riesgo de reincidencia en la criminalidad”: Corte Constitucional, sentencia C-569/17.

¹⁸⁷ “Como ya fue señalado, dichos beneficios fueron acordados por las partes en el trámite de las negociaciones de paz, y responden a la identificación de las necesidades básicas y de las garantías mínimas para una reincorporación económica y social sostenible de los miembros de las FARC-EP”: Corte Constitucional, sentencia C-569/17.

136. Esta conclusión resulta congruente incluso respecto de la misma parte motiva del decreto ley el que señala expresamente la necesidad de inventariar a tiempo dichos bienes, para poder destinarlos exclusivamente a la reparación material de las víctimas, al considerar que “(...) *es imperioso proferir este decreto ley antes de la finalización de las zonas veredales para que los bienes que entregue las FARC-EP pueden destinarse a la reparación de las víctimas*”.

137. Si bien es cierto que, como lo señalan algunos intervinientes, así como la vista fiscal, una interpretación constitucional de la remisión que hace la norma bajo revisión al punto 3.2.2, en pro de la conservación del derecho, consistiría en concluir que se refiere más precisamente al punto 3.2.2.5, es decir, a los programas de reparación a los menores reclutados por las FARC, que han salido de los campamentos, víctimas del conflicto armado¹⁸⁸, dicha interpretación es innecesaria, teniendo en cuenta que estos menores de edad ya se encuentran incluidos dentro del grupo de las víctimas¹⁸⁹, a las que tanto el punto 5.1.3.7 del Acuerdo Final, como el artículo 4 del decreto ley examinado, destinan dichos recursos.

138. En suma, la contribución a la reparación material de las víctimas por parte de los victimarios resulta así concordante con el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, como condición del Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y no Repetición. Por consiguiente, el destino de los bienes inventarios para la reparación material de las víctimas debe ser declarado exequible. Por el contrario, al vulnerar el derecho a las víctimas a la reparación integral de los perjuicios y contrariar, en particular, el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, la Corte Constitucional declarará la inconstitucionalidad de la expresión “*y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final*”, prevista en el artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017.

Artículo quinto:

“Derechos de las víctimas. La puesta en marcha de las medidas contempladas en esta norma no podrá suponer limitación, anulación o restricción de los derechos actualmente adquiridos de las víctimas”.

Intervenciones:

¹⁸⁸ “*La participación de los niños en la guerra repugna a la dignidad humana. La existencia y la persistencia del fenómeno en la historia pesa en la conciencia moral y jurídica de los pueblos y, en el caso colombiano, donde millares de niños, niñas y adolescentes se han visto obligados a involucrarse activamente en un conflicto de más de 50 años de duración, constituye un drama humanitario. En consecuencia, la Sala inicia la exposición del presente eje declarando que este hecho de la guerra no debe repetirse nunca más en la historia nacional y resaltando, además, la obligación definitiva del Estado y la sociedad de hacer de los niños territorios de paz, como lo expresó con fortuna el representante de la Unicef en la audiencia celebrada el 2 de agosto de 2017 en la Corte Constitucional*”: Corte Constitucional, sentencia C-007/18.

¹⁸⁹ El mismo punto 3.2.2.5 del Acuerdo Final precisa que a “*estos menores de edad se les reconocerán todos los derechos, beneficios y prestaciones establecidos para las víctimas del conflicto*”.

La UARIV recaba en que el artículo 5 del decreto examinado brinda protección a los derechos de las víctimas, al excluir interpretaciones que disminuyan sus derechos o que pretendan excluir lo establecido en la Ley 1448 de 2011. Así, sostiene que en la reglamentación de este decreto, se deberá precisar que se dará prelación a la acción de restitución frente a la inclusión en el fondo, de acuerdo con la sentencia C-694 de 2015.

La SAE sostiene que no hay incompatibilidad entre este decreto y la Ley 1448 de 2011, ya que este decreto no modifica ni sustituye la normatividad existente en materia de reparación integral de las víctimas del conflicto armado y, por esto, expresamente lo previó su artículo 5.

La CODHES insiste en que la implementación de las medidas previstas en el decreto ley no debe desconocer los derechos actualmente adquiridos por las víctimas, como los dispuestos en las leyes 387 de 1997 y 1448 de 2011.

Examen de constitucionalidad:

139. El artículo 5 del Decreto Ley 903 de 2017 prevé una regla de lectura del mismo que constituye una garantía contra cualquier consecuencia de su implementación que pueda significar una regresión en los derechos de las víctimas al disponer que la puesta en marcha de las medidas contempladas en esta norma no podrá suponer limitación, anulación o restricción de los derechos actualmente adquiridos de las víctimas. Esta regla pretende proteger el derecho fundamental de las víctimas a la reparación integral. En estos términos, se trata de una previsión adecuada que no suscita ninguna duda en cuanto a su constitucionalidad.

Artículo sexto:

“Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación”.

Intervenciones:

El Procurador General de la Nación considera que el artículo 6 no presenta reparo alguno en cuanto a su constitucionalidad y, por lo tanto, en su concepto, debe ser declarado exequible.

Examen de constitucionalidad:

140. El artículo 6 del Decreto Ley 903 de 2017, típica norma de vigencia normativa, sin condiciones especiales, no suscita ningún reparo en cuanto a su constitucionalidad. La determinación de la vigencia de las leyes hace parte del margen de configuración normativa reconocido tanto al legislador ordinario, como al extraordinario. Se declarará, por lo tanto, su exequibilidad.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

141. La Corte Constitucional realizó el control automático, integral y definitivo de la constitucionalidad del Decreto Ley 903 de 2017, “*Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP*”. Con este fin, el tribunal constitucional formuló los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿El Decreto Ley 903 de 2017 respeta los requisitos formales para el ejercicio de las facultades legislativas para la paz conferidas al Presidente de la República mediante el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016? (ii) ¿Respetó el Decreto Ley 903 de 2017 los diferentes límites establecidos para el ejercicio de la competencia legislativa otorgada al Presidente de la República, mediante el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016? Y (iii) ¿El contenido del Decreto Ley 903 de 2017 contraría materialmente la Constitución Política?

142. Respecto del cumplimiento de los requisitos formales de este tipo de normas, constató la Corte que el decreto ley los satisfizo. Precisó que aunque el título atribuido al decreto ley bajo revisión no correspondía plenamente a su contenido, es exequible considerando que se trata de normas interrelacionadas, cuyo objeto se encuentra plenamente identificado y motivado en la parte considerativa del decreto. Así, concluyó la Corte que aunque la jurisprudencia había extendido la exigencia de un título adecuado, de las leyes del Congreso de la República a los decretos leyes, al no cumplir ninguna función en lo relativo al principio de unidad de materia y pudiendo complementar la función de guía de interpretación de los títulos de las leyes, a través de la parte motiva de los decretos leyes, inexistente en las leyes, el examen de este requisito debía ser menos riguroso y, en el caso bajo estudio, la lectura integrada del título y de los considerandos del decreto ley, satisfacen las funciones constitucionales atribuidas al título de la ley.

143. A continuación examinó el cumplimiento de los límites a la competencia legislativa del Presidente de la República, derivada del Acto Legislativo 01 de 2016. Constató que el decreto fue expedido dentro del término de vigencia de las facultades legislativas para la paz. También concluyó que el contenido del decreto ley revisado tiene conexidad objetiva, estricta y suficiente respecto del Acuerdo Final.

144. En el examen de estricta necesidad, constató la Corte que las normas incluidas en el decreto ley revisado fueron expedidas en situación de urgencia considerando que la entrega de los inventarios debía tener lugar durante la vigencia de las ZVTN y los PTN, lo cual debía ocurrir el 29 de julio de 2017, razón por la cual el procedimiento legislativo no resultaba idóneo para proferir dichas normas en un término adecuado, teniendo en cuenta la inminencia del acaecimiento del plazo indicado, los términos propios del procedimiento legislativo, incluso el especial de vía rápida y el receso del Congreso de la República. De esta manera, constató que la medida era urgente con el fin de asegurar el cumplimiento del Acuerdo Final, evitar el ocultamiento y pérdida

de los bienes destinados a la reparación de las víctimas y excluir que dichos bienes sirvieran para reincidir en el conflicto.

145. Se verificó que el contenido del decreto ley no coincidía con ninguna de las materias excluidas de la competencia legislativa atribuida al Presidente de la República y, en particular, se precisó que el artículo 2 no constituye una amnistía o indulto respecto de los hechos cometidos con anterioridad de la entrega definitiva del inventario, sino que tiene por objeto la distribución de competencias entre la Jurisdicción Ordinaria y la JEP a partir de determinar si los hechos fueron cometidos antes o después de la entrega del inventario.

146. En lo relativo al control de constitucionalidad del contenido material del decreto ley, concluyó la Corte que el **artículo 1** no contraría ninguna norma constitucional. Se trata de una medida tendiente a la satisfacción del derecho de las víctimas a la reparación integral y que dispone de un valor simbólico, práctico y jurídico.

Respecto del **artículo 2** del decreto ley, la Corte examinó específicamente la constitucionalidad de varios contenidos normativos:

- (i) La expresión *“Con dicho acto se entenderá plenamente concluida la dejación de armas y la terminación de todas las actividades y conductas propias del conflicto interno”*, fue cotejada con el inciso 1 del artículo 5 transitorio del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017, que dispone respecto de los ex guerrilleros, que *“el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas desarrollado desde el primero de diciembre de 2016 hasta el momento en el que finalice el proceso de extracción de las armas por parte de Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo Final”*. Concluyó la Corte que, a pesar de que en apariencia podría evidenciarse que el acto legislativo y el decreto previeron momentos diferentes para la terminación del proceso de dejación de las armas, la finalización de la extracción de las armas por parte de la Organización de las Naciones Unidas, según el acto legislativo, y la entrega definitiva del inventario, según el decreto ley, en realidad se trata de momentos coincidentes desde el punto de vista temporal, esto es el 15 de agosto de 2017. Identificó la Corte que además de no tener por efecto ampliar el término para la dejación de las armas, no es irrazonable que el decreto ley revisado disponga que la entrega del inventario de los bienes también hace parte de la terminación del conflicto armado, teniendo en cuenta que dicha entrega tiene por fin cesar el efecto de las conductas ilícitas y neutralizar los recursos necesarios para la financiación del mismo y además, reparar a las víctimas.

(ii) También examinó la Corte la constitucionalidad de la determinación del carácter colectivo de los bienes inventariados que realiza dicha norma. Concluyó la sentencia que se trata de una ficción jurídica cuya constitucionalidad debe examinarse a partir de la determinación de su finalidad y efecto. La determinación del carácter colectivo de los bienes inventariados tiene efectos respecto del deber de contribuir a la reparación material de las víctimas al permitir que la misma se realice con todos los bienes a disposición del grupo, así no hayan jurídicamente pertenecido a quien materializó los perjuicios, al tiempo que permitiría que en el régimen de condicionalidades para el acceso y mantenimiento de beneficios propios de la justicia transicional, todos los miembros enlistados de las FARC pudieran cumplir con dicha condición y no únicamente aquellos encargados de labores relativas a los bienes. Concluyó la Corte que la expresión *“que se considera han sido bienes colectivos de los integrantes de las FARC-EP”* resulta

constitucional, al materializar el derecho de las víctimas a la reparación en condiciones de igualdad, pero no excluye la determinación de las responsabilidades relativas a dichos bienes, ni impide el deber de contribuir a la verdad, en lo que se refiere al origen y utilización de los mismos.

(iii) En lo relativo a la exclusión de la acción penal ante la Jurisdicción Ordinaria por actos anteriores a la entrega del inventario, estableció la Corte que no se trata de una amnistía sino de distribución temporal de competencias entre la Jurisdicción Ordinaria y la JEP, su constitucionalidad debe determinarse a la luz del párrafo 1º, artículo 5 transitorio del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017, el que el mismo artículo 2 del decreto ley bajo revisión señala como referente para su interpretación. La interpretación constitucional del artículo 2 del decreto ley revisado implica concluir que el mismo sólo tiene efectos respecto de los combatientes. Determinó también que ya que el Acto Legislativo delimita la regla en materia de competencia en razón de los delitos cometidos, debía interpretarse que el artículo bajo revisión se refiere a los delitos determinados en el artículo 5 transitorio del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017, es decir, “*delitos de que trata el libro segundo, capítulo quinto, título décimo del Código Penal*” y que, según el mismo artículo del Acto Legislativo, las conductas cuya competencia determina el decreto ley son aquellas cometidas “*por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado*”.

(iv) Finalmente, realizó el examen de la constitucionalidad de la figura frente a la posible vulneración del artículo 34 de la CP, en lo relativo a la extinción del dominio. A este respecto concluyó que el decreto sí cumple con el mandato constitucional de extinguir el dominio, es decir, de declarar la pérdida del derecho sin compensación alguna, pero previó una extinción del dominio *sui generis*, en cuanto a que no requiere proceso judicial y se realiza de manera voluntaria. Determinó este tribunal que debe entenderse que la exigencia de sentencia judicial prevista en la Constitución no debe interpretarse desde el punto de vista formal u orgánico cuando no exista contencioso en la extinción del dominio, sino como una exigencia material del respeto de una serie de garantías de debido proceso que protejan, a la vez, al sujeto de la extinción, como a los terceros con interés o que puedan resultar afectados con la medida. Por consiguiente, determinó la Corte que la materialización de la extinción del dominio especial prevista en el Decreto Ley 903 de 2017 impone el deber de dar publicidad al inventario frente a los terceros particulares de buena fe o entidades públicas, para que puedan oponerse a la incorporación de determinados bienes en el patrimonio autónomo por parte del fideicomitente y acudir a los mecanismos administrativos y judiciales previstos para la determinación de su titularidad sobre los bienes y eventual recuperación. Así, concluyó la Corte que tales asuntos deberán regirse por la normatividad existente, tales como el procedimiento administrativo general de la Ley 1437 de 2011, el de la Ley de Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011) y de recuperación de bienes de uso público (Ley 1801 de 2016) y de bienes baldíos (Ley 160 de 1994, Decreto

1465 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1071 de 2015 y Decreto Ley 902 de 2017) o las normas que las modifiquen o reemplacen. Lo anterior, aplicará mientras el Congreso de la República no expida normas especiales que regulen particularmente (i) la articulación entre el mecanismo de inventario y transferencia de estos bienes al fondo de víctimas creado por este decreto, con el mecanismo de restitución de tierras, la extinción judicial del dominio y la recuperación de bienes de uso público y bienes baldíos, así como (ii) el debido proceso para permitir la oposición al inventario y transferencia de bienes, respecto de terceros interesados en dichos bienes.

147. En cuanto al **artículo 3** del decreto ley bajo control, relativo a la creación de un Fondo de Víctimas como patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, examinó varios aspectos para determinar su constitucionalidad:

(i) Consideró la Corte que dicha disposición no vulnera el principio de unidad de caja, previsto en el artículo 359 de la CP, teniendo en cuenta que la ley puede autorizar la creación de patrimonios y además, dicha exigencia se predica de los recursos de origen tributario, lo que no caracteriza los bienes a disposición de las FARC, entregados para la reparación material de las víctimas. (ii) Determinó que a partir de la lectura de la norma en cuestión, no existe certeza en cuanto a que la creación del patrimonio autónomo comporte una afectación o retroceso alguno en cuanto a los derechos de las víctimas. (iii) La Corte examinó la facultad otorgada a la CSIVI respecto de la administración de los bienes y concluyó que resulta constitucional, teniendo en cuenta que se trata de una función meramente consultiva que no vincula al fideicomitente que se constituye en un instrumento útil para el cumplimiento del Acuerdo Final. (iv) Finalmente, la Corte Constitucional juzgó la constitucionalidad de la facultad reglamentaria prevista para el Presidente de la República por el artículo 3 del decreto ley examinado. Concluyó que las facultades reglamentarias reconocidas al Presidente de la República para desarrollar y precisar el mecanismo y los términos para permitir la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo no son inconstitucionales en cuanto son una simple reiteración de las facultades propias del Presidente de la República previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Sin embargo, aclaró que dichos reglamentos no pueden abarcar materias con reserva de ley, en particular lo relativo a la extinción del dominio *sui generis* consagrada en el artículo 2º y a la configuración de un proceso o procedimiento necesario para el respeto los derechos de los terceros, razón por la cual, para materializar dichas garantías será necesario aplicar los procedimientos legales ya previstos, salvo que el legislador profiera normas especiales para tales fines.

148. En cuanto al **artículo 4** del decreto ley examinado concluyó que la expresión “*y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final*”, prevista en el artículo 4 del decreto ley revisado es inconstitucional, porque afecta el derecho de las víctimas a la reparación

integral en los términos del artículo transitorio 18 del artículo 1° del A.L. 01 de 2017 y dado que la financiación de los programas para la reinserción de los ex miembros de las FARC se hará conforme al Decreto 899 de 2017.

149. Finalmente, la Corte Constitucional no encontró vicio de inconstitucionalidad alguno en lo relativo a los **artículos 5 y 6** del decreto ley sometido a control de constitucionalidad.

III. DECISIÓN

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada dentro del presente proceso mediante Auto 417 del 9 de agosto de 2017.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 1, 3, 5 y 6 del Decreto Ley 903 de 2017, *“Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC-EP”*.

Tercero.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2 del Decreto Ley 903 de 2017, *“Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP”*, en los términos del debido proceso indicado en el considerando titulado *“La extinción del dominio sui generis”*, de la parte motiva de esta sentencia (párrafos 90 a 99).

Cuarto.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 4 del Decreto Ley 903 de 2017, salvo la expresión *“y la implementación de los programas contemplados en el punto 3.2.2 del Acuerdo Final”*, que se declara **INEXEQUIBLE**.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente
-Aclaración de voto-

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

-Aclaración de voto-

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

-En comisión-

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

-Aclaración de voto-

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

-En comisión-

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

-Aclaración de voto-

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

-Aclaración de voto-

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
A LA SENTENCIA C-071/18¹⁹⁰**

**REQUISITO DE ESTRICTA NECESIDAD EN EL
PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ESPECIAL PARA LA PAZ-**

No se infiere del ordenamiento constitucional o internacional sobre la materia (Aclaración de voto)

Acompaño en su integridad la decisión tomada por la Sala plena en la Sentencia C-071 de 2018 que declaró la exequibilidad del Decreto Ley 903 de 2017 “*Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes activos a disposición de las FARC-EP*”; sin embargo, aclaro mi voto en este fallo, ya que como lo expuse en la aclaración de voto a la Sentencia C-730 de 2017, que declaró la exequibilidad del Decreto Ley 893 de 2017, el cual creó los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial PDET, no estoy de acuerdo en que en el control de constitucionalidad de los decretos leyes en aras a la implementación al acuerdo de paz por la vía del procedimiento legislativo especial para la paz (Acto Legislativo 01 de 2016), se exija el requisito de estricta necesidad.

1. En dicha ocasión manifesté que en la búsqueda del fortalecimiento de la revisión de constitucionalidad, y más tratándose de asuntos complejos, no solo es relevante atender el fondo perseguido como es la defensa material de los valores, principios y derechos en conflicto, sino también la *forma* o *competencia* como presupuesto de validez constitucional a través de una metodología de escrutinio judicial, que resulte *adecuada* y responda *objetivamente* a los imperativos constitucionales y de derecho internacional sobre la materia analizada, la cual puede irse sofisticando o modificando en atención a los principios de interpretación conforme a la Constitución y de unidad constitucional.

2. Expliqué que el establecimiento de un test competencial no puede resultar de un ejercicio apriorístico -menos constituirse en un parámetro infranqueable-, que de verificarse obliga al Tribunal Constitucional a prescindir del requisito de evaluación al hacer parte de un proceso de construcción decisional que debe guardar armonía con el ordenamiento constitucional e internacional de los derechos humanos y humanitarios. Por lo tanto, la rigurosidad en la realización del juicio de validez competencial dependerá del referente constitucional y del valor otorgado a los bienes jurídicos en discusión objeto de ponderación.

¹⁹⁰ Expediente RDL-035. Revisión de constitucionalidad del Decreto Ley 903 de 2017 “*Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC-EP*”. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

3. Encuentro que el requisito de estricta necesidad, como uno de los presupuestos a tener en cuenta en el test competencial sobre decretos leyes expedidos en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz, fue establecido en voces de quienes sostienen en la Corte su exigibilidad a partir de las sentencia C-699 de 2016¹⁹¹ y desarrollado en la C-160 de 2017¹⁹² que declaró la inexecutable del Decreto ley 2204 de 2016¹⁹³, entre otros, por el incumplimiento de dicho presupuesto consistente en la falta de carga argumentativa mínima y la demostración de que las vías legislativas ordinarias o extraordinarias no eran idóneas para modificar la adscripción de la entidad.

4. Para alguna parte de la Sala Plena, este requisito ha encontrado fundamento principal en los principios de separación de poderes y democrático¹⁹⁴, bajo una aplicación analógica de la metodología de examen constitucional empleada por la Corte en relación con los estados de excepción (comoción interior, art.

¹⁹¹ Esta decisión declaró exequibles, por los cargos examinados, los artículos 1º y 2º, parciales, del Acto Legislativo 01 de 2016, constitutivo del procedimiento para la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la paz. Entre las consideraciones efectuadas pueden mencionarse: “*El Acto Legislativo establece que el Presidente de la República (...) tampoco puede regular otras materias que tienen estricta reserva de ley, y que no son expresamente mencionadas en la reforma. (...) Por tanto, se justifica ejercer las facultades previstas en el artículo 2º demandado solo en circunstancias extraordinarias, cuando resulte estrictamente necesario apelar a ellas en lugar de someter el asunto al procedimiento legislativo correspondiente.*” Finalmente, se concluyó que “*no se suprimen los controles interorgánicos que preservan el equilibrio entre los poderes públicos y aseguran la supremacía constitucional. (...) la Corte deberá verificar que los decretos con fuerza de ley cumplan la finalidad para la cual se confieren las facultades, a saber, (...) que se den en circunstancias excepcionales, pues las facultades son precisamente extraordinarias, lo cual supone que sea necesario usarlas en vez de acudir al trámite legislativo ante el Congreso; y que respeten en general el ordenamiento constitucional.*”

¹⁹² Salvamento de voto de los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos, por cuanto “*si bien comparten el juicio de necesidad estricta (...), no le asiste razón a la Sala al considerar insuficiente la justificación de dicha necesidad y que, por el contrario, el decreto justifica satisfactoriamente (...).*” Del salvamento de voto del magistrado Rojas Ríos se extrae lo siguiente: “*Juicio sobre pertinencia de la medida no debe confundirse con un examen sobre la urgencia y la idoneidad de las vías ordinarias de producción normativa. (...) tal examen no debe confundirse con el juicio sobre la urgencia de la expedición del Decreto Ley, ni tampoco con un examen sobre la inidoneidad de las vías ordinarias existentes. Tal diversidad de juicios, (...) resultan propios de otra clase de facultades extraordinarias: aquellas que la Constitución le acuerda al Presidente de la República bajo estados de excepción, pero ajenos a las facultades otorgadas por el constituyente derivado en el Acto Legislativo No. 1 de 2016.*”

¹⁹³ Modificaba la adscripción de la Agencia para la Renovación del Territorio del Ministerio de Agricultura al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

¹⁹⁴ En la sentencia C-160 de 2017 se expuso: “*El límite que se deriva del principio de separación de poderes y la vigencia del modelo constitucional democrático es el de necesidad estricta. (...) el carácter limitado de la habilitación legislativa extraordinaria se explica en el origen derivado que tienen las facultades de producción normativa del Presidente. Esta naturaleza se fundamenta, a su vez, en el déficit de deliberación y de representatividad de las minorías políticas que es connatural a la adopción de los decretos con fuerza de ley, pero que se compensa en el debate en el Congreso al conceder la autorización legislativa al Presidente, con precisión y claridad. Es por esta razón que, se insiste, la habilitación legislativa extraordinaria es limitada materialmente y tiene carácter excepcional, puesto que la regla general para la producción normativa en el Estado constitucional es la actividad ordinaria del Congreso, (...). Esta condición de excepcionalidad exige entonces al Gobierno demostrar que el trámite legislativo ordinario, así como el procedimiento legislativo especial de que trata el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2016, no eran idóneos para regular la materia objeto del decreto. Por ende, el requisito de necesidad estricta exige que la regulación adoptada a través de la habilitación legislativa extraordinaria tenga carácter urgente e imperioso, de manera tal que no sea objetivamente posible tramitar el asunto a través de los canales deliberativos que tiene el Congreso, bien sea ordinarios y especiales. (...) Ahora bien, la acreditación por parte del Gobierno del requisito de necesidad estricta, no se suplente simplemente con exponer criterios de conveniencia política o eficiencia en la expedición normativa, sino que exigen un estándar mayor, consistente en la demostración acerca de la ausencia de idoneidad del mecanismo legislativo ordinario u especial, en virtud de las condiciones de urgencia antes mencionadas.*”

213 superior) y las facultades extraordinarias (art. 150. 10 superior), según se desprende de la sentencia C-160 de 2017.¹⁹⁵

5. Sin embargo, considero que si se tiene en cuenta los principios y valores de la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos que se integran al bloque de constitucionalidad (art. 93 superior), que deben interpretarse no de manera desarticulada sino sistemática y teleológica (C-028 de 2006), no es factible desprender la exigencia de mayores requerimientos, como el criterio de necesidad estricta, que a los establecidos en dichos instrumentos jurídicos en orden a la relevancia constitucional de los bienes constitucionales en conflicto.

6. La Corte ha referido a **la paz** como un objetivo de primer orden dentro del modelo de organización política acogido por la Constitución, reconociéndole un triple carácter como derecho, deber y valor fundante de ese modelo¹⁹⁶. Como mandato de optimización esta Corporación ha resaltado la necesidad de garantizar el goce efectivo de la paz dada su condición de eje determinante y transversal de la Constitución¹⁹⁷, que no solo se encuentra consagrado en esta, sino en un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos y humanitarios¹⁹⁸, que conforman el bloque de constitucionalidad.

7. Su carácter preponderante emana de la filosofía humanista que caracteriza a los Estados constitucionales de origen democrático y pluralista, cuya finalidad consiste en suplir el conflicto basado en la vía violenta por mecanismos pacíficos e institucionales de resolución de controversias¹⁹⁹, de ahí que a la Constitución se le haya catalogado como una herramienta para la paz. Este Tribunal ha sostenido que en contextos de transición de un conflicto armado hacia su terminación las medidas a adoptar revisten carácter especial, excepcional y transitorio²⁰⁰. Así mismo, la ha identificado como una *justicia adaptada* a sociedades que se transforman después de un periodo de violación generalizada de derechos humanos, que por ende exige cierta *flexibilidad* al aplicar los principios que guían el ejercicio de la función judicial permitiendo que se cumplan las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.²⁰¹

8. El Acuerdo Final para la paz fue suscrito el 24 de noviembre de 2016, previendo dentro de la agenda temática lo concerniente a la implementación, verificación y refrendación (punto 6), dentro del cual se establece el trámite prioritario y urgente de ciertos proyectos y actos normativos así como un calendario durante los primeros doce meses tras la firma del mismo.

¹⁹⁵ Ibídem, puntos 71, 72, 92 y 93.

¹⁹⁶ Sentencia C-379 de 2016.

¹⁹⁷ Sentencia C-408 de 2017 y especialmente en la Sentencia C-630 de 2017.

¹⁹⁸ Convenios de Ginebra (1949) y protocolos facultativos.

¹⁹⁹ Sentencias C-456 de 1997 y C-379 de 2016.

²⁰⁰ Cfr. sentencia C-577 de 2014.

²⁰¹ Sentencia C-370 de 2006, C-379 y C-699 de 2016 y C-332 de 2017.

La negociación está concebida como un método no jurisdiccional de solución pacífica de las controversias que se confía a las partes en conflicto,²⁰² por lo que la buena fe y la confianza de los negociadores se constituyen en aspectos decisivos para la consecución de la paz, al partir del consentimiento y compromiso mutuos²⁰³. Así en la rama ejecutiva reposa el deber social de propender por el logro y mantenimiento de la paz como principal responsable de garantizar la seguridad de los habitantes del territorio, pudiendo suscribir acuerdos destinados a la finalización del conflicto armado (art. 189.4 superior). Entonces, se pueden adoptar diferentes tipos de medidas, las cuales oscilan entre las *soluciones pacíficas* hasta la utilización de *acciones coercitivas* (arts. 212 y 213 superiores). No obstante, según se ha explicado, “*los instrumentos pacíficos para la solución de conflictos se acomodan mejor a la filosofía humanista y al amplio despliegue normativo en torno a la paz que la Constitución propugna*”.²⁰⁴

También se requiere la colaboración armónica de las demás ramas del poder público, bajo la separación de poderes, para la realización de sus fines (acción concurrente y coordinada, art. 113 superior), así como de la sociedad civil a través de los mecanismos de participación democrática.²⁰⁵ Corresponde al Congreso de la República adoptar los actos normativos que desarrollen el Acuerdo Final para generar mayores consensos, garantías de participación y espacios de reflexión. Mientras que a la rama judicial en cabeza de la Corte Constitucional le corresponde determinar la validez constitucional de los actos de implementación normativa, además de las competencias propias de los jueces ordinarios y administrativos.

9. El Acto Legislativo 01 de 2016 fue pensado para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Así el artículo 1° instituyó un procedimiento legislativo especial para la paz con el propósito de *agilizar y garantizar* la implementación del acuerdo y ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto; por lo que de manera excepcional y transitoria se puso en marcha tal procedimiento por un periodo de 6 meses prorrogable por uno igual, determinando las reglas por la cual se rigen los *proyectos de ley* y de *acto legislativo*, que tendrán trámite preferencial y absoluta prelación. Igualmente, se determinó un procedimiento especial de control formal, además del control automático de constitucionalidad, cuyos términos se reducen a la tercera parte y no pueden ser prorrogados.

Por su parte, el artículo 2° facultó al Presidente de la República para expedir *decretos con fuerza de ley* dentro de los 180 días siguientes a la vigencia del acto, que no podrá ser utilizada para expedir actos legislativos como tampoco leyes estatutarias, orgánicas, códigos, que no requieren mayorías calificada o

²⁰² Sentencia C-048 de 2001.

²⁰³ Sentencia C-048 de 2001. Cfr. Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales. Michelle Mack (2008). Págs. 18-19.

²⁰⁴ Sentencia C-456 de 1997.

²⁰⁵ Sentencia C-379 de 2016.

absoluta, ni para decretar impuestos. Además, se previó un control de constitucionalidad automático posterior por la Corte dentro de los dos meses siguientes a su expedición. Este acto legislativo fue examinado en la sentencia C-699 de 2016, y declarado exequible, por los cargos examinados, los artículos 1º y 2º (parciales), al no constituir una sustitución de la Constitución.

Con posterioridad se aprobó el Acto Legislativo 02 de 2017 cuyo propósito es brindar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la paz, declarado exequible en la sentencia C-630 de 2017 en los términos de la decisión, donde se explicitó que la paz es un elemento fundamental y eje consustancial de la Carta Política

10. El recuento anterior resulta indispensable para sostener que de la Constitución Política -con las reformas introducidas por los actos legislativos 01 de 2016 y 02 de 2017- es factible interpretar, como se sostuvo en la sentencia C-699 de 2016, que la metodología de análisis competencial para la expedición de decretos leyes por el Presidente de la República debe observar esencialmente los presupuestos: i) de conexidad objetiva, estricta y suficiente; así como ii) las exclusiones para expedir actos legislativos y leyes estatutarias, orgánicas, códigos, que necesitan mayorías calificada o absoluta, y decreten impuestos. Además, ello es fiel reflejo de la garantía del principio de separación de poderes.

11. No obstante, como se explicó en la aclaración de voto a la Sentencia C-730 de 2017, no comparto la exigencia del requisito adicional de *estricta necesidad* que se estableció en términos generales en la sentencia C-699 de 2016 y se concretó en la sentencia C-170 de 2017, al no inferirse del ordenamiento constitucional o internacional sobre la materia. En efecto:

12.1 La Carta Política y los tratados internacionales de derechos humanos y humanitarios reconocen a la paz un valor jurídico preponderante, toda vez que no son neutras al tomar partido por las soluciones pacíficas de los conflictos (preámbulo, arts. 22 y 95 C. Pol.) antes que por las acciones coercitivas (arts. 212 y 213 C. Pol.)²⁰⁶. Por lo tanto, en mi criterio la aplicación analógica de la metodología empleada para los estados de excepción resulta equivocada dado que el parámetro de constitucionalidad que soporta un proceso de paz está fundamentado en vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos²⁰⁷.

²⁰⁶ En la sentencia C-070 de 2009 la Corte luego de referir a los presupuestos para la declaratoria del estado de conmoción interior (fáctico, valorativo y suficiencia) que se desprenden del artículo 213 superior, sostuvo que el *principio de necesidad* (análisis de suficiencia) hace relación a que se entiende legítima tal declaración cuando se encuentre motivada en una grave perturbación del orden público y que atente contra la estabilidad institucional (arts. 213 C. Pol., 4 del PIDCP y 27 CADH), además que las facultades otorgadas solo podrán emplearse en circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado (art. 2 de la Ley Estatutaria 137 de 1994).

²⁰⁷ Sentencia T-102 de 1993.

12.2. La justicia transicional por su carácter *excepcional* y *transitorio* implica atenuar la intensidad del control de constitucionalidad en la consecución de los objetivos prevalentes de la paz, sin que por ello pueda entenderse la anulación del ejercicio de la función judicial. En consecuencia, no puede confundirse esta con la habilitación legislativa ordinaria de concesión de facultades extraordinarias al ejecutivo para expedir decretos ley (art. 150. 10 C. Pol.)²⁰⁸.

12.3 En la sentencia C-699 de 2016 se indicó que el Acto Legislativo 01 de 2016 y específicamente el artículo 2º contemplan *garantías suficientes* para evitar que el Congreso se vea privado de su competencia legislativa, ya que se limita a habilitar al Presidente de la República para ejercer facultades extraordinarias en orden a “*facilitar*” y “*asegurar*” la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final. Entonces, la aprobación de dicho acto contentivo del procedimiento legislativo especial para la paz tuvo como fundamento *flexibilizar* el alcance de la reserva de ley ordinaria, bajo las salvedades establecidas (reserva especial o estricta de ley), para así permitir al ejecutivo disponer de un mayor margen de competencia en la implementación normativa que brinde garantías de oportunidad y efectividad del Acuerdo Final.

Además de estar habilitada excepcionalmente la concesión de tales facultades al ejecutivo dentro de la temporalidad prevista por el Acto Legislativo 01 de 2016, responde adecuadamente al Acuerdo Final que estableció la implementación normativa prioritaria y urgente, bajo el calendario establecido. Ello encuentra justificación por las implicaciones que tiene la suscripción e implementación de un proceso de paz, *verbi gratia*, el cese al fuego y de hostilidades, la dejación de armas y garantías de seguridad; los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y no repetición; la reincorporación de los menores reclutados; la descontaminación territorial de minas antipersonas; la búsqueda de personas desaparecidas; la concesión de amnistías; la incorporación política; entre otros.

Adicionalmente, el Acto Legislativo 02 de 2017 busca brindar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la paz, especialmente el cumplimiento de buena fe de sus contenidos y finalidades por los órganos y autoridades del Estado, y la realización de los mejores esfuerzos para cumplir lo acordado.

De esta manera, tales actos legislativos obran a favor de ampliar excepcional y transitoriamente las potestades del ejecutivo para legislar sobre determinados

²⁰⁸ En la sentencia C-634 de 2012 la Corte señaló que el legislativo podrá conceder las facultades extraordinarias: (i) respetando un límite temporal (seis meses); (ii) precisando las facultades extraordinarias; y (iii) constatando el supuesto de hecho sobre la necesidad o la conveniencia pública de la medida. Además, (iv) deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno; (v) su aprobación requiere la mayoría absoluta; (vi) el Congreso podrá, en todo tiempo, modificar los decretos leyes; y (vii) sobre ciertas materias no podrá operar la delegación legislativa por estar sometidas a reserva de ley, tal es el caso de la expedición de códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes marco o el decreto de impuestos.

asuntos paz, imponiendo a su vez límites y controles, que responden a la inmediatez y necesidad de implementación dadas las implicaciones del tránsito hacia la paz, por lo que no era posible a la Corte establecer mayores requerimientos constitucionales que a los previstos por la propia Constitución.

12.4 La reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2016, tuvo por finalidad brindar *celeridad* al proceso de formación normativa, toda vez que su trámite por ley ordinaria resultaría incompatible con la implementación *ágil y eficiente* que reclama el Acuerdo Final. Las experiencias internacionales sobre la celebración de acuerdos de paz han expuesto las dificultades para cumplir lo pactado, particularmente la fase siguiente a la suscripción (implementación) al estar precedida de riesgos e incertidumbres que con el paso del tiempo pueden llevar al fracaso del proceso de paz. De ahí que la paz negociada demande prontitud y eficiencia en sus ejecutorias y no sujeción al ritmo ordinario,²⁰⁹ por lo que la creación jurisprudencial del presupuesto de estricta necesidad va en contravía de lo dispuesto en la Carta Política.

12.5 La deferencia hacia el ejecutivo para la expedición de decretos leyes que en principio comprendan reserva de ley ordinaria, finalmente se sujeta a controles por las demás ramas del poder público, como la revisión automática y posterior por la Corte Constitucional que comprende la validez constitucional formal, competencial y material. De esta forma, se garantiza igualmente el principio de separación de poderes.

Incluso se previó para la revisión de constitucionalidad la reducción de los términos para decidir, conocida como vía rápida o *fast track*, para así garantizar de manera congruente la implementación normativa oportuna y eficaz.

En suma, como exprese en la aclaración de voto a la referida Sentencia C-730 de 2017, la exigencia del requisito de *estricta necesidad* resulta irrazonable y desproporcionada, por no haber sido prevista normativamente ni poder inferirse por el intérprete autorizado de la Constitución. Con ello se instituyó una revisión de constitucionalidad **aún más estricta** que la establecida por la propia Constitución a través del test competencial, desatendiendo además los parámetros internacionales en materia de paz y justicia transicional, que termina por romper con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final, y de ofrecer garantías de cumplimiento y fin del conflicto²¹⁰.

El reconocimiento de la paz como eje fundacional resultó tardío²¹¹. La mayoría de la Corte hoy sostiene la no exigibilidad del requisito de estricta

²⁰⁹ Cfr. sentencia C-699 de 2016.

²¹⁰ Cfr. sentencias C-699 de 2016 y C-332 de 2017 que examinaron el Acto Legislativo 01 de 2016.

²¹¹ Aunque se dieron avances en la Sentencia C-579 de 2013, C-577 de 2014 y C-699 de 2016, el considerar al principio de la paz como elemento básico de la Constitución de 1991 se estableció en la Sentencia C-630 de 2017 que realizó el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 02 de 2017 “*por medio del cual se*

necesidad, por lo que se torna imperativo avanzar en la modificación de tal precedente para la garantía de los principios de interpretación conforme a la Constitución y de unidad constitucional, y línea futura a observar.

Fecha *ut supra*,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA
DIANA FAJARDO RIVERA
A LA SENTENCIA C-071 DE 2018**

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

Referencia: Expediente RDL-035

Control automático de constitucionalidad del Decreto Ley 903 de 2017, *“Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP”*

Magistrado Ponente:
Alejandro Linares Cantillo

1. Acompaño la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia C-071 de 2018, en el control único de constitucionalidad del Decreto Ley 903 de 2017, *“Por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes y activos a disposición de las FARC EP”*.
2. Pese a lo anterior, no comparto la inclusión ni alcance que, dentro del análisis de competencia, se ha dado a la ***estricta necesidad***. Este requisito no fue establecido en el Acto Legislativo 01 de 2016, ni se infiere del mismo. Se trata, en cambio, de una creación jurisprudencial superflua e innecesaria, como explico a continuación.
3. La denominada ***estricta necesidad*** es superflua dado que, dentro del test de competencia, la Corte Constitucional analiza si las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional satisfacen el requisito de conexidad (objetiva, estricta y, por lo tanto, suficiente); elementos que, de configurarse, dan cuenta del carácter urgente e imperioso de la expedición normativa al inscribirse en el marco de implementación del Acuerdo Final y, en esa medida, no hace falta una carga argumentativa adicional en cabeza del Gobierno Nacional para justificar por qué las vías ordinarias adicionales no son adecuadas para la expedición de las normas contenidas en los decretos proferidos al amparo de las facultades especiales para la paz.

Aunado a lo anterior, si bien la Sala Plena, en su mayoría, afirma que el requisito de estricta necesidad persigue la protección del principio de separación de poderes, que es un eje axial de la Constitución, lo cierto es que este último se encuentra plenamente garantizado, a través de diversas medidas

que sí fueron expresamente previstas en el Acto Legislativo 01 de 2016, y que se concretan en (i) el límite temporal de 180 días para el uso de las facultades especiales, y (ii) la prohibición de expedir por esta vía contenidos propios de la competencia del Congreso de la República, como actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, códigos, leyes que requieran mayorías calificada o absoluta para su aprobación o leyes que decretan impuestos.

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

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada