

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN MILITARES COLOMBIANOS,
PROCESADOS CONFORME A LA LEY 906 DE 2004**

**INGRID LICED ALBA ACEVEDO
YECID LEONEL PÉREZ SÁNCHEZ**

**ARTÍCULO INDEXADO PARA OPTAR
AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL PENAL**

**DR. CARLOS ANDRES BERNAL
DIRECTOR DEL PROGRAMA DE MAESTRÍA PROCESAL PENAL**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ D.C.
2013**

LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN MILITARES COLOMBIANOS,
PROCESADOS CONFORME A LA LEY 906 DE 2004

Autores

INGRID LICED ALBA ACEVEDO
YECID LEONEL PÉREZ SÁNCHEZ

Artículo Indexado para optar
al título de Magíster en Derecho Procesal Penal

DR. CARLOS ANDRES BERNAL
DIRECTOR DEL PROGRAMA DE MAESTRÍA PROCESAL PENAL

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO - MAESTRÍA DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ D.C.
2013

LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN MILITARES COLOMBIANOS, PROCESADOS CONFORME A LA LEY 906 DE 2004

INGRID LICED ALBA ACEVEDO*
YECID LEONEL PÉREZ SANCHEZ*

Resumen

La detención preventiva impuesta por la justicia ordinaria a través de los Jueces Constitucionales de Control de Garantías a los militares colombianos por delitos cometidos en relación con el servicio por causa y razón del mismo, son decisiones que en muchos casos, desconocen los requisitos formales y sustanciales para la imposición de dicha medida, como así también su finalidad, al imperar la presión mediática y la exigencia de resultados por parte del Gobierno Colombiano y de la misma sociedad, razones estas que parecen ser más que suficientes para despojar de su fuero penal militar de orden Constitucional a los miembros de la fuerza pública, quienes además deberían ser investigados y juzgados por las Cortes Marciales o tribunales militares¹.

Palabras Clave

Fuero penal militar, detención preventiva, fuerza pública colombiana, principio de legalidad, juez natural y de control de garantías, justicia ordinaria colombiana y justicia penal militar colombiana.

* Yecid Leonel Pérez Sánchez, Abogado egresado de la Universidad Militar Nueva Granada en el año de 1990; Especialista en ciencias penales de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho comercial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga; dedicado al litigio en derecho penal desde 1998, fecha en que dejó el cargo de Juez de Instrucción Penal Militar; actualmente terminó cuarto semestre de maestría en Derecho Procesal Penal, en la Universidad Militar Nueva Granada y se desempeña como Coordinador de la Regional Nororiente de la Defensoría Militar y Defensor Público Penal Militar en la ciudad de Bucaramanga.

*Liced Alba Acevedo, Abogada egresada de la Universidad de Boyacá en el año 2005; Especialista en Derecho Penal y Criminalística de la Universidad de Medellín, desempeñándose como Asesora Jurídica en diferentes unidades tácticas del Ejército Nacional, actualmente labora en la Defensoría del Pueblo como Defensora Pública en la Regional de Boyacá.

¹ Cfr. Artículo 221 de la Constitución Política de Colombia.

UNIFORMED PERSONNEL OF THE COLOMBIAN MILITARY FORCES, ACCORDING LAW 906 OF 2004

Abstract

Preventive detention imposed by the ordinary courts to the Colombian military personnel for crimes committed in connection with duty, for cause and reason of its function, are decisions that in most cases unaware of formal and substantial requirements for the imposition of this Preventive detention, as well as its purpose; to prevail media pressure and the demand for results by the Colombian government and society itself, which appear to be reason enough to remove the constitutional military criminal jurisdiction for the armed forces, who should be investigated and judged by martial or military courts or tribunals².

Keywords

Military criminal jurisdiction, preventive detention, colombian armed forces, rule of law, natural judge and guaranties control judge, colombian ordinary justice, and colombian military criminal justice.

² Cfr. Artículo 221 Constitución Política de Colombia.

PROBLEMA A INVESTIGAR

El presente trabajo pretende resaltar los diferentes aspectos que inciden en la mayoría de las decisiones de los jueces de control de garantías de la justicia ordinaria conforme al actual sistema penal acusatorio colombiano, decisiones que imponen la detención preventiva a los militares colombianos por delitos cometidos en relación con el servicio por causa y razón del mismo, como si fuera una medida de aseguramiento obligatoria a quien ostente dicha calidad.

Para ello, se abordaran temas relacionados con detención preventiva como medida de aseguramiento, su finalidad, requisitos formales y sustanciales de su aplicación en el sistema de responsabilidad Penal Colombiano; y de igual forma, el fuero penal militar constitucional en Colombia y las reformas a la justicia penal militar.

METODOLOGÍA

A través del análisis jurídico de las decisiones que imponen las medidas de privación temporal de la libertad bajo la figura de detención preventiva como medida de aseguramiento, impuestas a los militares Colombianos investigados y juzgados por la justicia ordinaria a pesar de haber cometido delitos relacionados con el servicio por causa y razón del mismo; donde los criterios de la jurisprudencia y la normatividad vigente en Colombia sobre la imposición de dichas decisiones parecen desconocerse para todo aquel que ostente la calidad de militar colombiano en la justicia ordinaria.

INTRODUCCIÓN

La pérdida del fuero penal militar constitucional³ de los integrantes de la fuerzas militares colombianas⁴, bajo argumentos mediáticos que hoy día parecen

³ Constitución Política de Colombia, "...artículo 221. Modificado. Acto Legislativo 2 de 1995, artículo 1º. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro."

superar cualquier principio del orden constitucional como lo es el de legalidad y el debido proceso, permiten citar la frase que se le atribuye a Maquiavelo⁵ “*El fin justifica los medios*”, cuando de ofrecer resultados por parte de las autoridades que presiden la rama ejecutiva se trata a la opinión pública aunado a la ansiedad de una sociedad ofendida con la conducta delictiva; lo que hace notoria la interferencia de las diferentes ramas del poder público, cuando en Colombia conforme a nuestro actual Estado Social de Derecho lo que debe imperar es la autonomía e independencia entre las mismas, sin llegar a confundirse con la correlación que deben existir entre estas para el cumplimiento de sus fines.

El desconocimiento que hoy día se vive en Colombia de legitimidad por parte de algunos ciudadanos y que a su vez pretenden desconocer de igual forma, algunas autoridades sobre los procedimientos especiales legalmente establecidos para investigar las conductas penales en las que incurrir los miembros de la fuerza pública colombiana⁶ es notorio, en el gran número de

⁴ *Ibíd.*, “...artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

⁵ Nicolás Maquiavelo -Niccolo Macchiavelli- nació en Florencia el 3 de mayo de 1469. (...) Fue escritor, jurista, diplomático y político. Consagró su vida a la teoría y praxis política, la que dedujo de su observación y su experiencia directa de la confusión política. Su prestigio comenzó pronto, y a los veinticinco años se le nombró secretario del gobierno Dei Dieci. Se desempeñó, luego, en distintas legaciones en algunos estados de Italia y en Alemania, misiones éstas que hubo de comentar en sus escritos. (...) Muy distinguido también como tratadista y crítico militar, publicó obras muy notables de este carácter como "El arte de la guerra", "Ordenanza de la Infantería" y "Ordenanza de la Caballería". En otros aspectos, destacan su "Discurso sobre las Décadas de Tito Livio", "Discurso sobre la Lengua", "Historia Florentina", "Mandrágora" y "Discurso Moral".

(ver <http://www.monografias.com/trabajos13/nicomag/nicomag.shtml>; consultado el 02/04/2012 a las 16:31 horas)

⁶ Ley 1407 de 2010 Diario Oficial No. 47.804 de 17 de agosto de 2010 “Por la cual se expide el Código Penal Militar” ARTÍCULO 1o. *FUERO MILITAR*. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

investigaciones penales que originalmente venían siendo competencia exclusiva de la Justicia Penal Militar Colombiana y hoy son conocidas por autoridades de la justicia ordinaria que no son las competentes⁷, entrando así el principio de juez natural y el fuero penal militar a la denominada flexibilización de los derechos fundamentales⁸, como consecuencia de las quejas de las autoridades y ciudadanos sustentadas en la ausencia de imparcialidad de la justicia Penal Militar Colombiana y al considerar que esta no puede ofrecer resultados oportunos y transparentes.

Realidad que sin duda alguna es una flagrante vulneración de derechos fundamentales de los Militares Colombianos investigados hoy por la justicia ordinaria a pesar de haber cometido delitos en el servicio activo por causa y razón del mismo, que consagra el debido proceso como lo son el principio de legalidad y el de juez natural hasta hace unos años de imperiosa aplicación, aspecto este que hoy con la reforma a la justicia penal militar que trajo el acto legislativo 2 de 2012 al artículo 221 de la Constitución Política de Colombia⁹, se espera sea superado, ya que el proyecto de ley estatutaria¹⁰ que desarrolla dicho acto legislativo que hoy día cursa su trámite ante el Congreso de la República de Colombia, estableció que en caso de duda sobre la jurisdicción competente en primer lugar, una “Comisión Técnica de Coordinación” que no es otra cosa que la interacción en la investigación de los hechos por parte de funcionarios de la Justicia Penal Ordinaria y así mismo de funcionarios de la Justicia Penal Militar, concluyendo con otras series de reglas en caso de mantenerse la duda como lo es que la investigación continúe con quien la inició primero.¹¹

⁷Es decir, esas investigaciones han llegado a manos de las autoridades denominadas justicia ordinaria -Fiscalía y Jueces- del sistema penal acusatorio, que estableció la ley 906 del 31 de agosto de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

⁸ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-045 de 1996 del 08 de febrero de 1996; MP. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA; expediente R.E.076.

⁹ Cfr. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_02_2012.html#3

¹⁰ Cfr. proyecto de ley estatutaria 268 de 2013 Cámara y 211 de 2013 Senado.

¹¹ “Artículo 47. *Duda sobre la relación con el servicio.* En caso de que exista duda sobre la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, y el informe de la Comisión Técnica de Coordinación de que trata el Título V no permita resolver esa duda, la

Dentro de las muchas causas que se pueden presentar para que un militar colombiano tenga que enfrentar un proceso penal es sin duda alguna, las presiones de algunos interesados en frenar la acertada actividad represiva y persecutoria que ejercen los integrantes de las Fuerzas Militares Colombianas, en cumplimiento de su misión Constitucional contra todas muchas de las formas delincuenciales que afecten la seguridad del Estado y desde luego, la tranquila convivencia de los ciudadanos, llámense integrantes de bandas criminales y/o cualquier otro factor que amenace la estabilidad institucional, el régimen constitucional o el orden público en general.

Por ello, no debe permitirse que cuando un militar colombiano incurra en una conducta penal en actos propios del servicio, todos aquellos principios y valores institucionales así como también, las virtudes que lo distinguían como un “hombre de honor” en pro del bienestar de la sociedad colombiana, desaparezcan para convertirse y ser tratado como el peor de los delincuentes, a quien además es necesario apartar de inmediato de la comunidad; realidad que ha sido notoria especialmente al momento de realizarse las audiencias preliminares en el actual sistema penal acusatorio, en las cuales el Juez de Control de Garantías accede en gran parte a la solicitud de medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión que presenta el delegado de la Fiscalía General de la Nación, cuando el involucrado en los hechos objeto de investigación es un militar colombiano.

competencia continuará radicada en la autoridad judicial que primero haya asumido su investigación, hasta tanto el órgano competente resuelva el conflicto.

La ausencia de relación con el servicio del acto denunciado o investigado será apreciada específica e individualmente con base en los hechos del caso y la vinculación fáctica de la conducta con el servicio, salvo en el evento de las conductas exceptuadas en el inciso segundo del artículo 221 de la Constitución.

La simple ausencia de información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta no configura, por sí sola, una duda sobre la jurisdicción competente. También existe una duda respecto de la competencia cuando de conformidad con las reglas aplicables no es posible afirmar que los hechos descritos en el informe de la Comisión Técnica de Coordinación tienen relación con el servicio.”

Ahora, la realidad antes citada también es atribuible a la estigmatización de algunos medios de comunicación cuando califican de peligrosita toda actuación de un integrante de la fuerza pública y especialmente de las fuerzas militares, al presentar los hechos a la opinión pública como falsos positivos, deslegitimando de plano la actuación realizada por los uniformados y generando el peso de toda una sociedad ansiosa por resultados bajo la figura de la justicia, lo que hoy se conoce como la psicología de los pueblos según lo señala GONZALEZ PEREZ C.¹²

Por lo tanto, en Colombia imponer la detención preventiva a un militar colombiano enfrentado a un proceso penal por hechos relacionados con el servicio por causa y razón del mismo, sin darse los requisitos esenciales para tal fin, es una práctica continua y peligrosista por parte de los diferentes Jueces de Control de Garantías del actual Sistema Penal Acusatorio de la justicia ordinaria, teniendo en cuenta que vulnera derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales que están reconocidos en la misma Constitución Política de Colombia; es así, que esta vulneración flagrantemente al despojar de su juez natural a un militar colombiano que incurre en una conducta investigable penalmente en actos propios del servicio y finalmente, al privársele de la libertad al imponérsele la detención preventiva intramuros como medida de aseguramiento, bajo criterios subjetivos de la autoridad judicial con visos de legalidad al refugiarlos sobre aspectos como la gravedad de la conducta y el peligro que representa dicho militar para la sociedad; medida de aseguramiento que es impuesta desconociendo su finalidad, los requisitos formales y sustanciales para su aplicación en el sistema de responsabilidad Penal

¹² “Así, entre nosotros por ejemplo, es creencia muy común que la cárcel de sumariados es un lugar de castigo y cuando un delincuente sale de ella, en virtud de la fianza de cárcel segura, cree nuestro pueblo que no se ha hecho justicia, que el delito ha quedado impune. Esta creencia es muy peligrosa cuando se trata de delitos de sangre, sobre todo, porque el ofendido que cree sinceramente que la sociedad no ha cumplido con su deber, hace justicia por sus propias manos. En estos casos se justifica que la detención preventiva se extienda un poco más para evitar una serie de crímenes. Pero en otros casos en que desaparece el peligro apuntado, debe restringirse esta medida, porque esa misma creencia trae como consecuencia el que se considere manchado en su honor al que pisa una cárcel; se deshonra como si realmente hubiera sufrido una condena.” (Detención preventiva Tesis de Grado Facultad Nacional de Derecho y Ciencias Políticas) 1925) Biblioteca Luis Angel Arango Bogotá No. Topográfico 345.052 P37d.)

Colombiano; es decir, es evidente la ausencia de política criminal¹³, sin importar los daños a la honra de la familia del militar procesado por la justicia ordinaria, la del mismo procesado, al perder parte de sus ingresos, al ser separado de su familia, de la comunidad, de su actividad laboral profesional como militar, además de las afectaciones emocionales y psicológicas como consecuencia de la imposición de una medida privativa de la libertad y la estigmatización y humillación que implica estar privado de la libertad.

Esta situación sin duda alguna afecta enormemente la moral de las tropas al sentir que en cada momento y en cada una de sus actuaciones como militares representantes de la autoridad del Estado colombiano, serán objetivo judicial de los detractores de la fuerza pública, creándose el antivalor a no actuar frente a los diferentes motivos que les son propios de acuerdo a sus deberes y funciones Constitucionales, por el temor de poner en peligro no solo su carrera, su posición, su familia, sino también su libertad y su futuro¹⁴; ahora, es importante aclarar que el temor no es con respecto al peligro que pueda tener la situación que deban enfrentar, sino de las decisiones de las autoridades judiciales del Sistema Penal Acusatorio de la justicia ordinaria en Colombia, que seguramente adelantarán la investigación penal como consecuencia de la

¹³ Al respecto, Antonio Luis González Navarro en su libro “La Detención Preventiva en el proceso penal acusatorio” editorial LEYER, 2009, Bogotá Colombia, p. 129; cita esta situación como una Segunda arista de la detención preventiva al señalar: “Es que debe comulgar con la orientación de una política criminal, pues no se entiende un Estado sin política criminal, (claro está que Colombia no tiene política criminal, aquí se legisla por situaciones coyunturales, pero lo que sí es cierto es que hay políticos criminales); esa es la razón de ser para que en este país se haya concebido a la prisión preventiva a través de la historia como la manera de distraer y suplir la ausencia del Estado frente a políticas sociales para mejoramiento de los asociados y entonces lo que se hace es llenar los vacíos de Estado con la pretensión de cárcel y por eso vemos a este Estado aceptando que uno de los fines para imponer la medida de prisión preventiva sea “la protección a la comunidad incluida la víctima de los delitos”, se sustrae de esta manera a su obligación trasladándola a una carga en contra del imputado, quien tiene de por sí en su contra todo el aparato judicial, penitenciario, policivo y militar cuando ingresa a las arcas del derecho penal, lo que el Estado no hace lo considera una necesidad para decretar la prisión preventiva, pero esto tiene una explicación clara: Como no hay una verdadera política criminal entonces se legisla sobre supuestos e hipótesis y protegiendo los intereses de la plutocracia y del Gobierno que se encuentre en turno.”

¹⁴ Temor que el mismo Ministro de la Defensa Nacional, en dio a conocer en el periódico El Tiempo, al citar: “Empezó a ocurrir que cualquier situación de combate inmediatamente terminaba siendo judicializada. Ese es un tema que ha venido causando inseguridad jurídica y preocupación a la hora de actuar de las FF. AA. El otro tema es que no se ha hecho justicia rápida, y eso va minando la disciplina de las fuerzas.” Ver artículo “Preocupaciones por fuero no son válidas: ministro de Defensa”. Por: JUAN GUILLERMO MERCADO publicado el 21 de Junio del 2013. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/justicia/ministro-de-defensa-reitera-defensa-al-fuero-militar-12888532-4>

denuncia que puedan presentar los directamente afectados con el accionar de la fuerza pública, al ser privados de su fuero penal militar y sin importar los requisitos formales, sustanciales para la aplicación de la detención preventiva y por ende su finalidad, ordenarán la privación de la libertad de los militares denunciados.

Este es el contexto donde al militar colombiano, se le vulnera las garantías que consagra el debido proceso¹⁵; entre otros, el derecho a la igualdad, la presunción de inocencia¹⁶, la imparcialidad y la más importante de todas, la libertad, toda vez que la detención preventiva es una medida de aseguramiento que parece imponerse a los militares procesados por la justicia ordinaria sin importar si están dados o no los requisitos formales y sustanciales para dicha medida, como así también, si esta cumple o no alguna finalidad; lo que hace evidente la desproporcionalidad en la imposición de dicha medida frente a la conducta por la cual se investiga al militar como consecuencia de la ausencia de las razones legales y el análisis objetivo que deben sustentar dicha medida.

1. LA DETENCIÓN PREVENTIVA

1.1 Antecedentes

La medida de aseguramiento conforme a nuestra historia, surge como la necesidad de garantizar la aplicación de lo que hoy se conoce como justicia humana o de los pueblos y más exactamente, cuando una persona desconoce y/o vulnera las normas sociales que permiten mantener el orden social; nótese como su mismo nombre “medida de aseguramiento” permite inferir

¹⁵ Juez natural, principio de legalidad, principio de imparcialidad, principio de contradicción entre otras.

¹⁶ Al respecto, Antonio Luis González Navarro ob. cit. p. 132; cita esta situación como una Tercera arista de la detención preventiva al señalar: “Resulta claro entonces que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico. (...) De esta forma, no es el aumento de la pena privativa de libertad ni mucho menos el de los términos de la prisión preventiva, lo que permitirá un combate eficaz contra la delincuencia. Por el contrario, estas tendencias nos empujan violentamente hacia formas autoritarias de Gobierno, en las que la violación de derechos fundamentales es tarea cotidiana. Sobre este peligro debiéramos reflexionar muy seriamente.”

razonablemente que se trata de mantener una condición o a una persona bajo el control del sistema judicial, mientras este actúa impartiendo justicia, de manera que al llegar al final de un debido proceso, las consecuencias de la decisión como lo es en un momento dado la pena por considerarlo infractor puedan ser eficaz y no burlada, al no contar con la presencia física de la persona considerada infractora para que asuma la pena impuesta; pues de no ser así estaríamos frente a una burla de la justicia y por ende, ante una pérdida de la credibilidad en la misma por parte de los asociados de cualquier organización social.

Zavaleta;1954, señala de forma acertada que la detención preventiva como restricción de la libertad es una necesidad de la justicia que permite garantizar la consecución de los fines generales y específicos del proceso penal, al obtener o asegurar la presencia del sindicado como autor o participe del hecho delictuoso perpetrado, al permitir su identificación e individualización, permitiendo que este de sus argumentos sobre los hechos objeto de investigación y llegar a la verdad; concluyendo que al llegar al juicio el cumplimiento de la pena pueda hacerse efectiva¹⁷.

Una primera figura de la detención preventiva la encontramos a través de una de las teorías de la historia de la misma humanidad conforme a la creencia religiosa y más exactamente en el evangelio de San Mateo en el capítulo XXVI, versículos 50 y siguientes, en donde narra como Jesús es capturado por el ejército de la época al haberse declarado: “el hijo de Dios, Rey de los Judíos y Redentor de la humanidad”, siendo conducido ante las autoridades como lo era el sumo Pontífice, los Escribas¹⁸ y los Ancianos quienes andaban buscando algún falso testimonio contra Jesús para condenarle a muerte¹⁹, a quien finalmente lo presentan ante la autoridad de ese entonces para solicitarle la condena a muerte, con una única prueba en su contra como lo es el hecho de haber aceptado Jesús ante el sumo sacerdote ser el hijo de Dios, lo que fue

¹⁷ Arturo J Zavaleta “La prisión preventiva y la libertad provisoria” (antecedentes históricos, doctrina, legislación y jurisprudencia); Ediciones Arayú; Buenos Aires 1954. p 10,11 y 12.

¹⁸ Entre los hebreos, doctor e intérprete de la ley. (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=Escribas)

¹⁹ Cfr. Evangelio según San Mateo, capítulo XXVI, versículos 59 y siguientes.

considerado una blasfemia²⁰ y por ende, no requerían de ninguna otra prueba²¹; accediendo Poncio Pilatos a la decisión del juez colegiado en ese momento como lo era, el mismo pueblo que dispuso la muerte de Jesús, a pesar de afirmar el mismo Poncio Pilatos no encontrar mal alguno que hubiese realizado, pero, aun así se lavó las manos y lo entregó para que fuera crucificado²²; nótese como en este relato nuevamente es notorio el concepto de justicia según la psicología de los pueblos que señala GONZALEZ PEREZ C.²³

Ahora al echar un vistazo por la legislación romana la prisión preventiva era el último medio coercitivo con el cuál contaban los Magistrados durante los primeros tiempos de Roma, después de agotar la citación personal y la detención; sin embargo, aun así dicha medida gozaba del arbitrio del Magistrado llegando incluso a torturas y hasta a causar la muerte²⁴.

Nótese entonces, cómo la figura detención preventiva sin duda alguna ha variado hasta nuestros días, pues la privación de la libertad como derecho fundamental hoy día goza de protección a través de diferentes tratados e instrumentos internacionales que obligan a los países a tomar las medidas necesarias para erradicar la arbitrariedad y así mismo, imponer controles a la potestad punitiva de los Estados; es lo que se conoce como el bloque de constitucionalidad que en el caso colombiano, la misma Constitución Política adopta e incorpora y se viene a desarrollar en la normatividad interna; es así como estos instrumentos permiten la humanización del derecho penal, frente a la necesidad de protección y de limitar el poder de las diferentes autoridades de los Estados, encargadas de la administración de justicia, con antecedentes que surgen desde el imperio Romano hasta la historia reciente de la humanidad, donde la barbarie, actos inhumanos y degradantes eran en ese entonces las

²⁰ Palabra injuriosa contra Dios, la Virgen o los santos. // Palabra gravemente injuriosa contra alguien. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=blasfemia

²¹ Cfr. Evangelio según San Mateo, capítulo XXVI, versículos 63 y siguientes.

²² Cfr. Evangelio según San Mateo, capítulo XXVII, versículos 1º y siguientes.

²³ GONZALEZ PEREZ C. Ob.cit. p.8

²⁴ ARTURO J. ZAVALA, La prisión preventiva y la libertad provisoria, antecedentes históricos, doctrina, legislación y jurisprudencia; Ediciones ARAYÚ, Buenos Aires Argentina 1954; p. 13 y 14.

herramientas con las que contaba la ley para procesar a quienes incurrieran en delitos, vulnerándoseles todos sus derechos fundamentales entre estos el debido proceso, el derecho a la libertad, entre otros, para citar un ejemplo y sin entrar en detalle téngase en cuenta los santos juicios de la inquisición.

1.2 Concepto

Son muchas las definiciones que pueden llegar a citarse sobre la detención preventiva como así lo hace Antonio Luis González Navarro en su libro “La detención preventiva en el proceso penal acusatorio”²⁵; sin embargo, las siguientes son las que más se ajusta a nuestros días:

“FENECH, La prisión provisional es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona, en virtud de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta en un establecimiento destinado al efecto, con el fin de asegurar su persona e impedir que burle la acción de la justicia.”

“MÁXIMO CASTRO, La prisión preventiva es una medida de seguridad que adopta el juez de una persona a cerca de la cual tiene motivos para suponer que es autora o partícipe en el delito investigado; su objeto es asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción.”

“MARICONDE VÉLEZ, La prisión preventiva es el estado de privación de libertad impuesto al procesado, por orden de juez competente, durante la tramitación de la causa y siempre que se le atribuya un delito reprimido con pena privativa de la libertad para asegurar el fiel ejercicio de la función represiva.”²⁶

Definiciones estas que son concordantes con lo dicho por la honorable Corte Constitucional en sentencia C-425 de 2008, al señalar:

²⁵ Cfr. p.127 y siguientes. Editorial Leyer, 2009 Bogotá Colombia.

²⁶ Ídem p. 128.

“... la detención preventiva en establecimiento carcelario es una medida cautelar de tipo personal que adopta el juez en el curso de un proceso penal y consiste en la privación de la libertad de manera provisional, pues su objetivo es realizar los derechos y deberes constitucionales que, en sentido estricto, consisten en asegurar el cumplimiento de las decisiones que se adoptan en el proceso y garantizar la presencia del sindicado en el mismo para que sea más efectiva, de una parte, la investigación y el juzgamiento y, de otra, los derechos de las víctimas.”

Sin embargo, en Colombia a pesar de la supuesta claridad sobre la aplicación de dicha medida, cuando se trata de investigar y juzgar a un militar por parte de la justicia ordinaria, pareciera que volviéramos a la época que narra San Mateo en su evangelio, avanzando únicamente hasta los santos juicios de la inquisición; pues hoy día a pesar de la excepcionalidad, la proporcionalidad²⁷ y racionalidad de la detención preventiva conforme a las mismas normas internacionales e internas a las que están obligadas las autoridades Colombianas, esta medida de aseguramiento es impuesta a los militares colombianos procesados por la justicia ordinaria al parecer por las mismas causas que fue crucificado Jesús, es decir, por el clamor del “pueblo” y/o por otra clase de presiones mediáticas, políticas y religiosas menos que por las razones objetivas y legales que dicha medida impone²⁸ ni atendiendo la finalidad de la misma²⁹.

²⁷ Ídem p. 132 y 133. “El principio de proporcionalidad ha sido interpretado en sentido amplio como constituido por tres subprincipios: 1) necesidad, 2) idoneidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto. (...) necesidad se ha señalado la importancia de que la prisión preventiva se a la última ratio, y por ello contribuye a la búsqueda de medios alternativos que posibiliten sus fines y signifiquen una considerable menor intervención en el derecho fundamental a la libertad. Este principio también ha sido llamado de “excepcionalidad” y está vinculado con el de “subsidiariedad” cuando se plantea la necesidad de recurrir a medios menos gravosos. La idoneidad está referida a la consideración de que la prisión preventiva resulte el medio idóneo para contrarrestar en forma razonable el peligro que se trata de evitar. La proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado de Derecho y se le asigna una función garantista frente a la actividad estatal. Deducible también del respeto a la dignidad humana reconocida constitucionalmente...”

²⁸ Al respecto, Antonio Luis González Navarro ob. Cit. p. 129 y 130; cita esta situación como una Tercera arista de la detención preventiva al señalar: “La detención preventiva es una medida popular para buscar la aprobación en el pueblo, en la comunidad y sembrar la idea o el concepto que el Estado es eficiente, ya que captura y encarcela a quienes infringen normas penales, no importa el costo que tenga ese encarcelamiento, sea vulnerando o pisoteando la dignidad humana o por el contrario desconociendo los factores estructurales del debido proceso, pero lo que se busca con este mecanismo es que el Estado tenga aceptación en los

1.3 Marco Legal de la detención preventiva

En Colombia actualmente se cuenta con normatividad interna que desarrolla las disposiciones constitucionales en lo que respecta al tema de la detención preventiva, aunado a los tratados internacionales que también sobre el tema hacen mención.

En el denominado bloque de constitucionalidad encontramos los siguientes tratados, sobre la privación de la libertad, así:

- Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 9º: *“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni arrestado.”*
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

“Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por las leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación

Asociados para que ellos comulguen con sus desafueros o aciertos, pero la cultura que se crea es que todos los problemas sociales, económicos, políticos, culturales y religiosos se solucionan con la cárcel, como un ejemplo fehaciente de esto tenemos el tratamiento que el Estado legislador y político le da a los drogadictos por estupefacientes y quienes están enfermos productos de la adicción, pero el tratamiento es mandarlos a la cárcel, sabiendo que ahí el problema no es de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad sino de una enfermedad, pues ni siquiera se reconoce que este tipo de personas pierden la consciencia de la antijuridicidad, ya que ellos no vulneran el bien jurídico de protección a la salud, sino por el contrario buscan en la droga el alivio de la propia enfermedad que está les creo, se trata de un individuo adicto y por ende enfermo, es la misma condición patológica la que le hace consumir el estupefaciente, pero nuestro Estado de doble moral le encarcela para buscar la solución al mal creado por ese mismo Estado y la sociedad, pues se trata de un problema social, sin embargo se elude la corresponsabilidad y se utiliza en respuesta la cárcel, ahí está al servicio del gobernante la prisión preventiva.”

²⁹ Al respecto la honorable Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-425 de 2008, MP. Dr Marco Gerardo Monroy Cabra; reitera la finalidad de la medida, así: “Por su propia naturaleza, la detención preventiva, entonces, tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, ni está dirigida a resocializar, ni a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su finalidad es puramente procesal y asegurar el resultado exitoso del proceso penal.”

injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.”

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁰ en su artículo 9º:
 1. *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*
 2. *Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.*
 3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*
 4. *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*
 5. *Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”*

- Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José³¹, en su artículo 7º:
 1. *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*

³⁰ Aprobado en Colombia mediante la ley 74 de 1968, Diario Oficial 32.681. ratificado el 29-10-1969.

³¹ Aprobado en Colombia mediante ley 16 de 1972 Diario Oficial 33.780, ratificado el 31-07-1973.

2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
 3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
 4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.*
 5. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*
 6. *Toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viere amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza; dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.*
 7. *Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.”*
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia Penal (Reglas de Mallorca)

“E) Medios coercitivos

Décimo sexto:

Las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas.

Décimo séptimo:

En relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado.

Décimo octavo:

1) Sólo una autoridad judicial ajena a la investigación podrá dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Si éste no es el caso, se preverá un recurso de rápida tramitación ante un Tribunal Superior. Esto regirá especialmente en relación con la prisión preventiva.”

En lo que respecta a la Constitución Política de Colombia, la detención preventiva goza de sustento como es notorio en el artículo 28³² constitucional, el cual es una síntesis acertada de lo que realmente disponen los convenios y tratados internacionales ya citados.

Finalmente, en lo que respecta a la normatividad interna en Colombia, la detención preventiva como medida de aseguramiento, tiene sustento y se desarrolla en los artículos 306 y siguientes de la ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal Colombiano” donde de forma clara, se señala la finalidad de dicha medida y los requisitos sustanciales y formales para su aplicación.

³² *“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”

1.4 Requisitos formales y sustanciales para la aplicación de la medida de detención preventiva.

Cuando se hace mención a los requisitos formales y sustanciales la sentencia C-774 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia, ha sido clara en definir estos como:

“...los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida...”

Requisitos que se encuentran claramente definidos en los artículos 306 y 307 de la ley 906 de 2004³³.

³³ “ARTÍCULO 306. SOLICITUD DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión. La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.

ARTÍCULO 307. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez ante sí mismo o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.”

Con respecto a los requisitos sustanciales, en la misma sentencia la honorable Corte Constitucional señaló:

“...consistentes en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.”

Requisitos que se encuentran claramente señalados en el artículo 308³⁴ y 313³⁵ de la ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal”.

Sin embargo, estos requisitos formales y sustanciales requieren obviamente de la valoración del juez conforme a su conocimiento interior y las reglas de la experiencia entre otros aspectos de la sana crítica, al momento de decidir sobre la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y es precisamente aquí, donde las diferencias marcadas entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar son notorias; pues como se ha mencionado en el presente trabajo actualmente muchos procesos penales que son propios de la justicia penal militar, se vienen adelantando por la justicia ordinaria a pesar de ser presuntos delitos cometidos por integrantes de la fuerza pública en el servicio por causa y razón del mismo.

³⁴ “ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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

³⁵ “ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Esta vulneración del derecho Fundamental del juez natural, en otras palabras el desconocimiento del fuero penal militar, ha generado que los jueces de control de garantías de la justicia ordinaria, por su desconocimiento en lo que corresponde al régimen militar y su disciplina, accedan a toda solicitud que realice el delegado de la Fiscalía General de la Nación sobre la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva a un militar colombiano, procesado por el actual sistema penal acusatorio, a pesar como ya se dijo que este haya cometido el delito en servicio por causa y razón del mismo.

Un claro ejemplo de esta situación que vulnera derechos fundamentales de los militares colombianos procesados penalmente por hechos relacionados con el servicio, es notorio en la audiencia preliminar presidida por la Juez penal del circuito primero de garantías ambulante de Bucaramanga el pasado 12 de enero de 2011, dentro de la investigación radicada con el número único de noticia criminal 680016000159200703949, adelantada en contra de unos militares colombianos investigados por un procedimiento que realizaron el 19 de octubre de 2007 en horas de la madrugada en una vereda del municipio de Piedecuesta (Santander), al combatir en enfrentamiento armado a unos integrantes de grupos armados ilegales, donde fallecieron algunos y otros sobrevivieron, estos últimos denunciaron a los integrantes del Ejército de haberles disparado sin justificación alguna y que ellos conformaban un grupo de campesinos dedicados al cultivo de mora, situación que llevó a la justicia ordinaria a imputarles cargos por los delitos de homicidio en persona protegida y homicidio en persona protegida en grado de tentativa, imponiendo la citada juez de control de garantías medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión a los militares involucrados en los hechos, bajo el argumento de peligro para la comunidad y de las víctimas en atención a la modalidad dolosa y gravedad del hecho punible imputado, en aplicación al numeral 2º del artículo 310 de la ley 906 de 2004.

Para este caso en concreto no basta con demostrar o presentar evidencias físicas o elementos materiales probatorios por parte de la fiscalía general de la nación, de la cual se pueda inferir que los imputados puedan obstaculizar la justicia o evadir su acción o representar un peligro para la comunidad ya que es

imperativo que la medida de aseguramiento sea necesaria, por tanto el juez de control de garantías al momento de imponer la medida debió haber realizado un juicio de valor para demostrar que no existe medio alternativo menos lesivo para proteger los intereses constitucionales que comportan los fines de las medidas de aseguramiento.

Igualmente es claro que la Fiscalía General de la Nación cuenta con diferentes alternativas para lograr la protección a la comunidad y la conservación de la prueba lo anterior de conformidad con lo establecido en el numeral tercero y séptimo del artículo 250 y de nuestra Carta Política ³⁶, por tanto no se hace necesario imponer medida de aseguramiento a un militar que una vez se vincula a un proceso penal queda automáticamente suspendido en funciones y atribuciones es decir no tiene armas en su poder, por ende no generaría ningún peligro para las víctimas y mucho menos para la comunidad.

De allí que si un miembro de la fuerza pública ofrece garantías suficientes que no se sustraerá a la acción de la justicia, no obstaculizará la investigación de la cual está siendo objeto, y no pondrá en peligro a la comunidad o a las víctimas resultaría ilegítima la imposición de la medida de aseguramiento.

En este evento es notorio cuando un militar colombiano es procesado en el actual sistema de responsabilidad penal que trajo la ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal”, que la detención preventiva se torna como una medida indiscriminada, general, automática y desproporcionada, desconociéndose las causas legales para su imposición como también su finalidad, por ende faltando los delegados de la Fiscalía General de la Nación, al principio de objetividad³⁷ que le impone la misma ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal”.

³⁶ Constitución Política Artículo 250 Numeral Tercero faculta a la fiscalía para asegurar los elementos materiales probatorios y solicitar al juez de control de garantías la afectación de derechos fundamentales para lograr tal propósito.

Numeral séptimo establece como función de la fiscalía velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos, y demás intervinientes en el proceso penal.

³⁷ “ARTÍCULO 115. PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD. La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un

Así mismo en dicha audiencia también es notorio el desconocimiento de las condiciones personales, familiares, profesionales y sociales de los militares colombianos, para condenárseles por los resultados de sus acciones en pro del bienestar y seguridad de la población colombiana, ya que como lo argumentó la defensa, estos soldados nunca negaron su autoría en el fallecimiento de estas personas, ya que fueron atacados con armas de fuego y ello generó el uso legítimo de las armas de dotación entregadas para el cumplimiento de su misión Constitucional.

Seguramente en otros de los tantos casos que hoy investiga la justicia ordinaria, sería evidente por parte de los jueces que conforman dicha justicia el desconocimiento del contexto real del conflicto armado que vive Colombia, donde los grupos armados ilegales actúan siempre refugiados en la misma población, es decir, se ocultan en los campesinos trabajadores y/o en cualquier otro rol social, al no portar uniformes que los identifique como integrantes de dichos grupos armados ilegales lo que dificulta la labor que los miembros de la fuerza pública realizan y a su vez utilizan estas situaciones como herramientas jurídicas para desvirtuar el actuar ajustado a la ley de los mismos, actuación a todas luces violatoria del Derecho Internacional Humanitario.

Por ello, como se citó al inicio del presente trabajo, una de las modalidades de los grupos armados ilegales es disminuir el accionar de la fuerza pública, generándoles temor a actuar, como consecuencia de las acciones legales y más exactamente las denuncias que los mismos grupos armados ilegales realizan una vez han ocurrido los hechos de confrontación armada, como lo es llevarse las armas de sus compañeros caídos, mover los cuerpos, quitarles las prendas uniformadas que los identifica como integrantes de grupos insurgentes, entre otras, que luego cobran fuerza como elementos y materiales probatorios dentro de las audiencias preliminares de control de garantías en el actual sistema penal acusatorio, aumentado en otro tanto por la falsa

criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.”

afirmación de los allegados a los ilegales que señalan con detalles la manera en que sus consanguíneos fueron “ejecutados”.

Otro derecho que se vulnera a los miembros de la Fuerza Pública, hace relación al derecho a la igualdad, los militares al ser procesados por la justicia penal ordinaria reciben del Juez Constitucional respectivo, un tratamiento totalmente diferente al que se le brinda a un ciudadano del común que es presentado como delincuente, ello porque de inicio se observa una cierta prevención de origen desconocido, que sumada a la presión mediática hace o convierte al militar en una persona en condiciones de desventaja frente a un particular en la misma situación, pues al momento de resolver sobre su libertad se considera inexplicablemente, que ese militar por su condición, debe ser privado de la libertad independientemente de que la evidencia probatoria arrojada en su contra sea lo suficientemente contundente para tomar esa decisión.

Se reitera, a una persona particular normalmente no se le trata de esa manera cuando encara una acusación judicial y los casos son notorios en el peligro que puede llegar a resultar para la sociedad un conductor ebrio, sin embargo, muchas son las decisiones donde estos conductores a pesar de el daño irreparable causado como lo es acabar con la vida de personas y la posibilidad que reitere la conducta, han quedado en libertad en atención a la estricta aplicación de la norma procesal penal que determina la medida de aseguramiento; no ocurriendo lo mismo con el militar procesado por la justicia ordinaria en hechos objeto relacionados con el servicio por causa y razón del mismo.

En Colombia como Estado social de derecho y conforme a lo señalado en el artículo 230 de la Constitución Política³⁸, es exigible a las autoridades judiciales que sus providencias estén sometidas al imperio de la ley; sin embargo,

³⁸ Constitución Política de Colombia. ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

extrañamente la detención preventiva se aplica a los militares colombianos de forma indiscriminada, genérica y automática cuando son procesados por la justicia ordinaria, se suma a ello la ausencia de garantías procesales que consagra el actual Código de Procedimiento Penal³⁹ para ejercer su derecho a la defensa frente a la medida de aseguramiento en mención, cuando el Código Penal Militar aún vigente ley 522 de 1999 permite una mejor controversia para imponer dicha medida desde el punto de vista que no existen limitaciones para conocer y allegar las pruebas que permitan demostrar lo innecesario de la detención preventiva o que han desaparecidos los requisitos sustanciales para tal fin.

Indudablemente, que con el actuar reprochable desplegado no solo por la Fiscalía General de la Nación, sino por los jueces de control de garantías, que someten a privación de la libertad a todos los militares puestos frente a sus estrados, afectándose enormemente el principio de la libertad, lo que es absolutamente injustificable ya que con el solo hecho de sustentarse dicha medida restrictiva de la libertad con entrevistas de algunos familiares y/o amigos de la persona muerta en enfrentamiento con las tropas, quienes manifiestan que su amigo y/o familiar era un humilde trabajador y que nunca había tenido malos pasos, se decida privar de la libertad al militar; no existiendo realmente un análisis detallado de la realidad fáctica presentada por el ente acusador, actuación que va en contravía de los postulados constitucionales y legales que hacen imperativo mantener a la persona en libertad mientras no sea extremadamente necesario privarla de la misma.

Continuando con la lista de derechos que se vulneran a los militares con la situación objeto del presente trabajo, encontramos el derecho a la defensa, pues como ya se dijo, en la audiencia de imputación en imposición de medida de aseguramiento el Juez de control de garantías no valora con extremo cuidado - por regla general – el contenido de las evidencias aportadas por la Fiscalía como soporte de la presunta responsabilidad penal como autor o partícipe de la conducta, ese análisis que hace el Juez es pobre, descuidado y

³⁹ Ley 906 del 31 de agosto de 2004- Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. "Código de Procedimiento Penal Colombiano".

además se nota, cierto temor a decidir negativamente, como si la sombra de las investigaciones derivadas de las denuncias mediáticas hicieran mella en la conciencia de dichos togados, lo que sumado al hecho de que no se valoren en debida forma las actuaciones de la defensa en la referida audiencia, porque no se admiten las evidencias y si se reciben no se les da la valoración respectiva y adecuada, argumentando que las mismas son de resorte del juicio, dejando de lado, el hecho de que la fiscalía en esa actuación también hace afirmaciones de responsabilidad a priori, crea una situación que es indudablemente violatoria del sagrado derecho a la adecuada defensa técnica.

2. FUERO PENAL MILITAR CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

En la Constitución política de Colombia se ha aceptado la necesidad de la existencia de unas autoridades judiciales diferentes de la justicia ordinaria para investigar los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio; aspecto este que la actual reforma resaltó en el acto legislativo 2 de 2012⁴⁰, llenando el vacío de interpretación de las normas penales militares y/o de policía al señalar de forma clara que:

“En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.”⁴¹

Así mismo, dicha reforma por primera vez, acoge la diferencia notoria entre la naturaleza de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, disponiendo la creación de un Código Penal Policial que se ajuste a la naturaleza de la Policía Nacional, como así también dispone la creación de las autoridades correspondientes para su funcionamiento, ampliándose así el concepto de Justicia Penal Militar y Policial; regulando entre otros aspectos, vacíos en la

⁴⁰ Cfr. artículo 221 de la Constitución Política de Colombia.

⁴¹ Cfr. artículo 221 de la Constitución Política de Colombia. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 2 de 2012.>

normatividad de la justicia penal militar que hasta hace un poco quedaban a interpretación del operador judicial de turno y a los criterios de la Honorable Corte Constitucional de Colombia.

2.1 Concepto

La Honorable Corte Constitucional permite entender un poco más el concepto de fuero penal militar, en sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, al precisar:

“10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. (...) Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública.”

Ahora esta misma sentencia cita las precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar así:

a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el

hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

b.) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia.

(...)

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.” (sentencia C-358 de 1997)

Conceptos estos que son acogidos y desarrollados por el aún vigente Código Penal Militar en sus primeros artículos⁴², y de la misma manera, por el actual Código de procedimiento Penal Militar también en sus primeros artículos⁴³.

Es así que los anteriores presupuestos que conforman el fuero penal militar, no son aplicados por las autoridades judiciales del actual sistema penal acusatorio, ya que como se ha citado de forma reiterada en el presente trabajo, muchos son los militares procesados por delitos relacionados con el servicio por causa y razón del mismo, bajo argumentos, políticos, mediáticos entre otros.

3. Comparación entre la ley 522 de 1999 y la ley 906 de 2004 en la imposición de la detención preventiva.

A continuación se hará una comparación del actual sistema de responsabilidad penal militar y su procedimiento para la imposición de la detención preventiva conforme a la ley 522 de 1999 “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, con el fin de demostrar la vulneración a los derechos fundamentales citados a lo largo del presente trabajo a los militares colombianos hoy procesados por la justicia ordinaria, a pesar de haber cometido un delito en el servicio y por causa y razón del mismo; el sistema de justicia penal militar actual sin tener en cuenta la reforma que trajo a ley 1407 de 2010 “Por la cual se expide el Código Penal Militar”, es un sistema mixto en donde el instructor investiga, vincula y resuelve situación jurídica y sin entrar a calificar lo envía al Fiscal penal Militar quien califica e incluso, puede revocar el beneficio de la libertad provisional, para luego de ejecutoriada la resolución de acusación vaya a la primera instancia en donde el Juez de conocimiento realiza un control de legalidad y determina qué se hizo bien o mal, disponiendo además ordenar pruebas para el juicio de Corte Marcial.

⁴² LEY 522 de 1999 del 12 de agosto; Diario Oficial No 43.665 de 13 de agosto de 1999.

⁴³ Ley 1407 DE 2010 del 17 de agosto; Diario Oficial No. 47.804 de 17 de agosto de 2010.

En la justicia penal militar se priva de la libertad a la persona-militar en servicio activo o retirado que ha cometido una conducta punible por causa y con ocasión del servicio, luego de que la investigación permite considerar que es viable la vinculación a través de indagatoria acompañado de su respectivo abogado defensor, brindándole la oportunidad al militar y a su defensa de aportar pruebas, contradecir las evacuadas y a defenderse adecuadamente; lo que contrasta con el sistema en la justicia ordinaria, en donde no se permite al militar dicha oportunidad de actuar antes de que se le imponga la medida de aseguramiento, luego de impuesta la medida de aseguramiento en el ámbito penal militar, se permite a la defensa aportar pruebas adicionales que pueden ser valoradas en la segunda instancia al ejercitar el recurso ordinario de apelación, siendo este sistema tal vez no el más rápido, pero sí mucho más garantista que el sistema utilizado en la justicia ordinaria conforme al actual sistema penal acusatorio.

En la que se tiene que conformar el militar y su defensa con la aseveración que en el juicio puede controvertir las evidencias aportadas por la fiscalía, con el agravante que en la nueva ley se cerró el paso al vencimiento de términos que permitiera la libertad por dicho fenómeno, cerrándose así la posibilidad de aportar pruebas luego de impuesta la medida, concluyéndose de esta manera que cual sería el sentido a interponer recurso ordinario de apelación si no se valora la escasa prueba aportada en la audiencia de imposición de medida.

Es evidente entonces que la aplicación de la ley 906 de 2004 y la ley 600 de 2000, cuando se trata de su aplicación a los militares colombianos por parte de la justicia ordinaria se está haciendo de manera indebida al no tenerse en cuenta sus disposiciones legales a pesar de que su aplicación es obligatoria, afectando así los derechos Constitucionales que amparan a los investigados; lo que al no cumplirse adecuadamente generará además, altos costos para el Estado que en últimas va a ser el que tenga que responder por los perjuicios causados con la actuación emotiva y equivocada de los operadores de justicia.

4. La reforma constitucional y la recuperación del fuero

Resulta interesante observar la forma como a través del acto legislativo 02 de 2012 se pretende recuperar el fuero penal militar que se había perdido por el simple actuar de las cortes y de la presión mediática; debiéndose resaltar de este acto legislativo una gran oportunidad para que la Fuerza Pública aplique siempre y en todo momento las reglas del Derecho Internacional Humanitario a todas sus actuaciones en desarrollo del conflicto interno, pues ello, permitirá que sus operaciones sean respetadas por la comunidad local e internacional.

Pero más allá de esa actualización en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en las operaciones de la Fuerza Pública especialmente los militares ya que la Policía Nacional conforme al proyecto de ley estatutaria que se encuentra en el Congreso de la República de Colombia surtiendo su trámite, limita la aplicación de esta normatividad para la Policía Nacional señalando que únicamente así lo hará cuando este sea aplicable a sus operaciones. Esto permite sin duda alguna que se recupere el fuero penal militar y por ende exista seguridad jurídica en las actuaciones de los militares Colombianos.

Frente al tema de los falsos positivos se creó un tipo penal nuevo que se denomina ejecución extrajudicial⁴⁴ que recoge la figura de los mal llamados

⁴⁴ “Artículo 43. *Ejecución extrajudicial*. Se adiciona un artículo 104B a la Ley 599 de 2000 que quedará así:

Artículo 104B. El agente del Estado que en ejercicio de sus funciones matare a una persona fuera de combate incurrirá en prisión de treinta y tres (33) a cincuenta (50) años, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

Se entenderá que está fuera de combate, siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse, toda persona que:

- a) Esté en poder del agente del Estado;
- b) Esté inconsciente, ha naufragado o esté herida o enferma, y no pueda por ello defenderse;
- c) Se haya rendido y dejado las armas.

Incurrirá en la misma pena el agente del Estado que con ocasión del ejercicio de sus funciones matare a una persona civil puesta previamente con dicha finalidad en estado de indefensión, o bajo engaño.” (Cfr. proyecto de ley esta estatutaria 268 de 2013 cámara, 211 de 2013 senado)

falsos positivos, delito que por disposición Constitucional es una conducta que siempre deberá ser investigada y juzgada por la justicia ordinaria; lo que se resalta con esta disposición es precisamente que siempre que se realice una actuación de guerra por parte de los integrantes de la Fuerza Pública, será la justicia penal militar la que investigue y juzgue.

Sin embargo, dicha certeza del militar procesado penalmente en la justicia penal militar por un delito del servicio por causa y razón del mismo, se encuentra condicionado a que si el Juez Penal Militar, encuentra que la conducta del militar desbordó los parámetros de legalidad y observa que existe evidencia suficiente para pretender una sentencia condenatoria, en ese preciso momento esa conducta deja de ser crimen de guerra para convertirse en delito de ejecución extrajudicial y de inmediato su competencia será discutida y es posible que la comisión encargada disponga el envío a la justicia ordinaria; lo que no deja de ser un saludo a la bandera en cuanto a las pretensiones de los uniformados de la Fuerza Pública que creyeron que su justicia natural la habían recuperado, ya que existe cierta subjetividad por parte del juez en esta clase de normas tan abiertas, que con seguridad llevarán al traste con la pretensión inicial de los uniformados en cuanto a recuperar el fuero.

CONCLUSIONES

Es necesario que todos los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo, sean de competencia de las autoridades establecidas en la jurisdicción penal militar y no así de las autoridades de la justicia ordinaria, a quienes sin duda alguna les corresponde conocer de los delitos que no sean de competencia de la justicia penal militar, competencia que con la reforma al artículo 221 de la Constitución Política de Colombia conforme al acto legislativo 2 de 2012, se delimita de forma clara, evitando así interpretaciones subjetivas que desconocen los derechos fundamentales de los militares sometidos a una investigación penal, como consecuencia de su actuar en actos relacionados con el servicio.

Al permitírsele a la Justicia Penal Ordinaria conocer de los delitos que son de competencia exclusiva de la Justicia Penal Militar, ha ocasionado vulneraciones de derechos fundamentales a los militares colombianos procesados penalmente como lo son el debido proceso y el más preciado de todos la libertad, este último como consecuencia de la ausencia de conocimientos especializados y más exactamente relacionados con la disciplina castrense como en general de todo el ámbito que rodea las circunstancias de un hecho punible por parte de un militar colombiano; prueba de ello es que cuando un juez de control de garantías de la justicia ordinaria ordena la detención preventiva contra un militar procesado por el delito de homicidio en hechos relacionados con el servicio y en cumplimiento al mismo, debido a su inexperiencia con la actividad militar especialmente con el significado real y material de combate, hace que este juez aplique sus conocimientos generales sobre la delincuencia común como lo son la peligrosidad de quien ha cometido un homicidio doloso; sin tener en cuenta la extrema especialidad del indiciado que tiene al frente, quien no puede ser visto como si fuera un vulgar delincuente común, porque como ya se dijo, aquí se parte de la afirmación de que la muerte ocurrió a manos de los representantes del orden adscritos al Ejército Nacional.

Llegado el caso de reconocer que el juez de la justicia ordinaria desconoce sobre la especialísima labor constitucional que realiza el militar colombiano, lo que sin duda alguna es indispensable para la investigación y juzgamiento del delito, esta ausencia de conocimiento sería entendible y justificable ya que dicho conocimiento solo es predicable del juez penal militar; pero, lo que si no le es justificable al juez ordinario, es desconocer las formalidades y/o requisitos formales y sustanciales⁴⁵ para la imposición de medidas de aseguramiento y más exactamente de la detención preventiva en establecimiento de reclusión, los cuales ni siquiera por el solo hecho de presentarse son determinantes para imponer la detención preventiva, si dicha medida no cumple con finalidad alguna, como así lo señaló la honorable Corte Constitucional en sentencia C-425 de 2008⁴⁶ en la que además resalta que:

“la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley... Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que

⁴⁵ Ley 906 de 2004. (...) Artículo 308. *Requisitos.* El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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

⁴⁶ *“Ahora bien, dentro de los criterios que la ley ha tenido en cuenta para que proceda la detención preventiva, y que, como se vio, la Corte consideró válidos constitucionalmente, son el interés a proteger, la gravedad de la conducta, la situación del procesado y el grado de convicción de que el imputado o el acusado sea el responsable de la conducta investigada. Sin embargo, también ha dicho esta Corporación, que esos criterios no deben operar de manera silogística o mecánica, pues la ley debe permitirle al juez un margen de valoración para analizar circunstancias objetivas –exigencias fácticas y jurídicas- y subjetivas, tales como la personalidad, edad y condiciones socioeconómicas del imputado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 308 a 314 de la Ley 906 de 2004....”*

el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.” (ver Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Es claro entonces, que el juez de la justicia ordinaria al momento de decidir sobre la imposición de la detención preventiva a un militar colombiano que ha incurrido en la comisión de un presunto delito en servicio y en relación con el mismo, debe realizar: “...juicios de valor de carácter jurídico y fáctico sobre la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la detención preventiva.”⁴⁷; conforme a nuestro actual Estado Social de Derecho, evitando que la privación de la libertad como derecho fundamental, sea el resultado de la actividad mecánica como operaba desde las primeras comunidades y civilizaciones.⁴⁸

Los juicios deben ser más profundos que el mero concepto de peligrosidad, el cual ha sido mal utilizado por los jueces de control de garantías, al momento de decidir sobre la imposición de una medida de aseguramiento como lo es la detención preventiva en establecimiento de reclusión a un integrante de las fuerzas militares de Colombia, al sustentarla en criterios subjetivos como lo puede llegar a ser: la exigencia de una sociedad a la justicia de resultados; la estigmatización de los medios de comunicación sobre las actuaciones de los integrantes de las fuerzas militares, considerándolas en su totalidad como falsos positivos; el desconocer las circunstancias fácticas con respecto a la ocurrencia de los hechos; y lo más importante, las condiciones personales de los militares procesados como lo es su formación militar, lo que en primera medida permite pensar que este no generará algún riesgo para la comunidad, toda vez que su vocación es servir a la misma. Aspectos estos, que sin duda alguna son criterios ajenos a los requisitos ya citados que exige el código de procedimiento penal para aplicar dicha medida.

⁴⁷ Ver Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁸ LEAL MEDINA Julio “La Historia de las Medidas de Seguridad” THOMSON ARAZANDI.

La realidad que viven los militares colombianos en los despachos judiciales de la justicia ordinaria, atenta contra el derecho fundamental del debido proceso y otros derechos fundamentales entre los que se resalta el derecho a la libertad, pues es indudable, que cuando el Fiscal solicita la audiencia de imposición de medida de aseguramiento a un militar colombiano procesado por la justicia ordinaria, dicha medida le será impuesta sin vacilación alguna, ya que ningún juez de control de garantías está dispuesto a asumir el reproche social, de los medios de comunicación como así también del mismo sistema político.

La imposición de una medida de aseguramiento a un militar por parte de las autoridades de la justicia ordinaria, se puede describir hoy día como un acto mecánico porque es igual en todos los casos, donde el Fiscal arrima ante el Juez de Control de Garantías algunas evidencias probatorias como entrevistas tomadas por la policía judicial y algunos otros documentos, que aunque son mínima evidencia, según los jueces de control de garantías de orden constitucional, son suficientes para soportar y cumplir los requisitos objetivos de la medida exigidos en el artículo 308 de la ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal”, sin que el Juez referido se detenga a analizar realmente el contenido de dichas evidencias y su fuerza probatoria, porque considera que ese aporte es suficiente, se convierte más en un juicio de verificación cuantitativa del material probatorio, sin importar que su contenido permita establecer el mínimo requerido para inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta.

Ahora bien, la existencia en la codificación penal militar de un procedimiento que haga efectivo el derecho penal militar, los delitos tanto típicamente castrenses como ordinarios, prevé lógicamente, que al final de la actuación judicial -instrucción, acusación y juicio- la posibilidad de que a través de sentencia se tome una de dos decisiones posibles, es decir, ABSOLVER o CONDENAR; ahora, de ser viable la condena o declaración de responsabilidad penal, al militar se le impone una pena privativa de la libertad similar a la que contiene la justicia ordinaria, todo ello es viable y ajustado a la ley.

Por lo anterior, no se entiende cómo es que cuando se está frente a una presunta irregularidad que permita pensar que el militar acusado se excedió en su actuar, no se le dé la oportunidad a la justicia castrense de castigar a dicho infractor, sino que se decida de inmediato que esa actuación debe ser enviada a la referida justicia ordinaria, lo que implica desde luego, que nunca se podrá tener una decisión condenatoria en la justicia militar.

Aunado a lo anterior, cuando un juez de control de garantías impone una medida de aseguramiento a un militar, no admite planteamiento alguno de la defensa, bajo el argumento de ventilarse razonamientos de responsabilidad que deben ser argumentados en juicio y no en la audiencia que impone la medida de aseguramiento; lo cual es de extrema gravedad porque no se entiende cuál es el motivo de esa actuación, que es a todas luces ilegal.

Al analizar el juez de control de garantías los aportes probatorios hechos por la Fiscalía relacionados con la demostración sumaria de los fines exigidos en el artículo 308 ya referido en los 3 numerales, el Juez Constitucional no exige tal demostración, en cuanto a que si por ejemplo, el fiscal considera que el imputado es persona que puede obstruir el debido ejercicio de la justicia, debe armar ante el estrado judicial las evidencias que soporten la posibilidad de que esa persona pueda destruir, modificar o falsificar evidencia probatoria, o que inducirá a testigos o amenazará a imputados u otros o de la misma manera y cuando se considere que el imputado es peligro para la comunidad, valorando solamente el hecho imputado y la forma de comisión, sin detenerse a pensar que se tiene en frente a una persona que no está negando la comisión del hecho, pues desde un comienzo el militar admite la conducta como suya pero con la presencia de una causal de justificación, por lo que se requiere exigir a la Fiscalía evidencia que demuestre siquiera sumariamente la ausencia de esa justificación para soportar la medida, cosa que no se cumple en el actuar imponiéndose la medida de aseguramiento solo con el razonamiento que hace el Fiscal sin exigir soporte probatorio.

En los mismos términos se habla cuando se trata de que la persona sea considerada como peligro para la víctima, sin entrar a demostrar con evidencia

esa peligrosidad, teniéndose como justificación solamente el dicho del peticionario; situación similar la que se presenta cuando de aplicar la figura de la no comparecencia de la persona se trata, en donde solo se tiene en cuenta la gravedad de la conducta, que al ser homicidio por sí sola, implica automáticamente la imposición de la medida, lo que como se dijo, es una afectación al principio de presunción de inocencia que debe regir esa actuación, partiendo del contenido del artículo 295⁴⁹ de la misma ley 904 de 2006, que al hacer referencia al régimen de la libertad, la considera sagrada y solamente y por excepción esa libertad se puede afectar, teniendo en cuenta que la medida sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a las disposiciones constitucionales.

Téngase en cuenta, que el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal desarrollando los preceptos Constitucionales, es preciso y contundente cuando dice que la libertad es imperativa y su afectación excepcional es la última alternativa; en esa dirección se deben interpretar las disposiciones que rigen la protección de la libertad; lo que en últimas como se dijo, no se tiene en cuenta ni se aplica, ya que la regla general es invertida, es decir, la privación de la libertad es la regla general y la excepción es la no imposición de la misma, sin tener en cuenta el significado de la necesidad de la medida que no es otra cosa que la misma sea adecuada, proporcional y razonable frente a las disposiciones Constitucionales.

Si el nuevo sistema penal acusatorio está diseñado para ser más garantista, es decir, restringir las posibilidades de que se afecten injustamente los derechos de los imputados en especial el derecho a la libertad; cómo es posible que dicha garantía se diluya cuando la jurisdicción ordinaria conoce de las funciones propias de un fuero penal especial como lo es la Justicia Penal Militar, como consecuencia de factores externos a la misma norma que no son otros que la presión mediática que se considera un cuarto poder y el deseo de mostrar resultados a cualquier costo ante sus superiores por parte de la

⁴⁹ “Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tiene carácter excepcional; sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.”

fiscalía; desconociendo todos los principios referidos sin que alguien aparezca a aportar jurídicamente algo para evitar la cadena de violaciones de derechos fundamentales que se vienen sucediendo con los militares caídos en desgracia ante la justicia colombiana.

No debe olvidarse, que debido a la serie de fallas gigantescas de la justicia militar es que se llegó a la pérdida del fuero Constitucional a partir de convenios⁵⁰ y jurisprudencia, sin que a la fecha aparezca defensor alguno de esta justicia, no solo para recuperar dicho fuero, sino para mantenerlo una vez recuperado, pues para ello se requiere de una justicia penal militar absolutamente profesional, que brinde seguridad gracias a su profesionalismo y efectividad, la que brilla por su ausencia.

⁵⁰ Al respecto de los acuerdos el Ministro de la Defensa Nacional recientemente en el periódico El Tiempo, señaló: "... ¿Qué tanto pesó en esta situación el acuerdo firmado por el gobierno Uribe y la Fiscalía para investigar las muertes en combate?"

Ese fue un hecho muy negativo porque en últimas lo que terminó haciendo fue reinterpretar normas, quitándole toda la jurisdicción a la justicia penal militar, mandando todo para la justicia ordinaria e incluso saturándola de casos. Así lo entendió el Consejo de Estado, en el fallo que anuló parcialmente dicho acuerdo..." Ver artículo "*Preocupaciones por fuero no son válidas: ministro de Defensa*". Por: JUAN GUILLERMO MERCADO publicado el 21 de Junio del 2013. Disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/ministro-de-defensa-reitera-defensa-al-fuero-militar_12888532-4

BIBLIOGRAFÍA

1. ANDRADE Castro Jasón Alexander y CÓRDOBA Ángulo Miguel Fernando, “Estructura básica del sistema procesal penal colombiano”. Universidad Externado de Colombia. 2007. Bogotá, Colombia.
2. BARBERO Santos Marino, “PRISIÓN PROVISIONAL, DETENCIÓN PREVENTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES” Ediciones de la Universidad de Castilla. La Mancha- España. 1997. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=QxX8LSWFcycC&printsec=frontcover&dq=detenci%C3%B3n+preventiva&hl=es&sa=X&ei=cXAJUt6mJofC4AOQ0YDwCQ&ved=0CC4Q6AEwAA#v=onepage&q=detenci%C3%B3n%20preventiva&f=false>
3. BAYTELMAN A. Andrés – DUCE J. Mauricio “Litigio Penal Juicio Oral y Prueba” Grupo Editorial Ibáñez, 2007, Bogotá, Colombia.
4. BECCARIA Cesare, “De los delitos y las penas” quinta reimpresión de la tercera edición - Editorial TEMIS S.A. 2010, Bogotá, Colombia.
5. BERNAL Cuellar Jaime y MONTEALEGRE Lynett Eduardo, “El proceso penal. T.I. Fundamentos constitucionales y teoría general.” 6ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
6. CARRARA Francesco, Programa de Derecho Parte Especial. Tomo I, Editorial Temis, 1956, Bogotá, Colombia.
7. DEBIDO PROCESO Y MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL “X Jornadas de Derecho Procesal Penal” Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela. 2007. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=sDrdUgrWiv0C&pg=PA339&dq=detenci%C3%B3n+pre+ventiva&hl=es&sa=X&ei=cXAJUt6mJofC4AOQ0YDwCQ&ved=0CEEQ6AEwBA#v=onepage&q=detenci%C3%B3n%20preventiva&f=false>
8. ESPITIA GARZÓN Fabio, “Instituciones de Derecho Procesal Penal” Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2005, Bogotá, Colombia.
9. FERRO TORRES José Guillermo, “Constitución y Derecho Penal Militar” REVISTA DERECHOS Y VALORES Universidad Militar Nueva Granada, 2005, Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2d2005/ConstDerPenalM.pdf>
10. GÓMEZ CASTRO Yazmín Andrea. “El Principio de la Presunción de la Inocencia”. ACADEMÍA COLOMBIANA DE LA ABOGACÍA. Editorial ABC. LTDA. Bogotá Colombia. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=Bz0gRq6BCx4C&pg=PA105&dq=detenci%C3%B3n+preventiva&hl=es&sa=X&ei=G3gJUtCEGoK29QSynYGQBA&ved=0CE4Q6AEwCDgU#v=onepage&q=detenci%C3%B3n%20preventiva&f=false>
11. GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo “La Oportunidad como Principio Complementario del Proceso Penal” Instituto de Estudios del Ministerio Público Procuraduría General de la Nación. 2006 Bogotá, Colombia.

12. GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo “La Oportunidad como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia” Ediciones Nueva Jurídica. 2007 Bogotá, Colombia.
13. GONZALEZ NAVARRO Antonio Luis “La Detención Preventiva en el proceso penal acusatorio”, Editorial LEYER 2009, Bogotá Colombia.
14. INFORME 2010 AMNISTÍA INTERNACIONAL “EL ESTADO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO”. Editorial Amnistía Internacional. 2010. Madrid España. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=46PVsrYZnuoC&pg=PA318&dq=detenci%C3%B3n+preventiva&hl=es&sa=X&ei=G3gJUtCEGoK29QSynYGQBA&ved=0CFMQ6AEwCTqU#v=onepage&q=detenci%C3%B3n%20preventiva&f=false>
15. OSORIO Luis Camilo y otros, “Prólogo, Presentación y SPA: una política criminal para la lucha contra la impunidad en un marco reforzado de derechos, en el nuevo código de procedimiento penal. 2004, Bogotá, Colombia.
16. PERDOMO TORRES Jorge Fernando “Los Principios de legalidad y Oportunidad.” Universidad Externado de Colombia. 2005, Bogotá, Colombia.
17. RAMELLI Arteaga Alejandro, “El reconocimiento de beligerancia frente al conflicto armado colombiano”, Universidad Externado de Colombia. 2000, Bogotá, Colombia.
18. REYES ECHANDIA Alfonso, “Derecho Penal”, Sexta reimpresión de la undécima edición Editorial TEMIS S.A. 1998, Bogotá Colombia.
19. ROXIN Claus “Política Criminal y Estructura del Delito” (Elementos de delito en base a la Política Criminal) Traducción JUAN Bustos Ramírez y HERNAN Hormazabal Malaree. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. 1992 Barcelona.
20. SÁNCHEZ HERRERA Esiquio Manuel, “La Constitucionalización del Proceso Penal y la Justicia de Oportunidad” Colección Derecho Penal No. 6, Instituto de Estudios del Ministerio Público- Procuraduría General de la Nación. 2008 Bogotá, Colombia.
21. VALLEJO Mario Arboleda, “Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado”, Vigésima Quinta Edición, Editorial LEYER, 2009, Bogotá, Colombia.
22. VASQUEZ RIVERA Juan Carlos y MOJICA ARAQUE Carlos Alberto, “Principio de Oportunidad (Reflexiones Jurídico Políticas)” Universidad de Medellín. 2010, Medellín, Antioquia.
23. VILLANUEVA MEZA Javier Antonio, “El Principio de Oportunidad” Editorial Leyer, 2005 Bogotá, Colombia.

24. Constitución Política de Colombia. Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html#1
25. Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.” Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html
26. Ley 1407 de 2010 “Por el cual se expide el Código Penal Militar” Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley_1407_2010.html
27. Ley 906 de 2004 “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal” Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_09060_204a.html
28. Ley 888 de 2004 “Por la cual se modifica el Decreto 200 de 2003 en lo relacionado con el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria”.
Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0888_2004.html
29. Ley 522 de 1999 “Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar” Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0522_1999.html

Jurisprudencias Corte Constitucional

30. Sentencia C-209 de 2007 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-095 de 2007 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-988 de 2006 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-673 de 2005 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-592 de 2005 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-591 de 2005 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-979 de 2005 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-171 de 2004 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-911 de 2004 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-561 de 2004 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-178 de 2002 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-581 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-646 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-676 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-774 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-1149 de 2001 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-277 de 1998 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-148 de 1998 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-679 de 1998 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-292 de 1997 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-327 de 1997 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-358 de 1997 Corte Constitucional de Colombia
 Sentencia C-198 de 1997 Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-037 de 1996 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-626 de 1996 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-345 de 1995 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-038 de 1995 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-093 de 1993 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-127 de 1993 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-207 de 1993 Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-099 de 1992 Corte Constitucional de Colombia