

**LA FORMULACION DEL PLIEGO DE CARGOS Y EL ALCANCE DE LA
PRESUNCION DE INOCENCIA CON RESPECTO AL ASCENSO MILITAR**

RAIZA YANIRA PEREZ CASTRO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO SANCIONATORIO

BOGOTÁ D. C.

2015

LA FORMULACION DEL PLIEGO DE CARGOS Y EL ALCANCE DE LA PRESUNCION DE INOCENCIA CON RESPECTO AL ASCENSO MILITAR

Raiza Yanira Pérez Castro

Resumen

El presente trabajo investigativo pretende indagar en el tema “La Formulación de Pliegos de Cargos y el Alcance de la Presunción de Inocencia con Respecto al Ascenso Militar”, el cual se desarrolla a partir del análisis e interpretación constitucional del artículo 97 del Decreto 1790 del 2000 y su injerencia en la Ley 578 del 2000. Específicamente, se pretende precisar si se vulnera el artículo 97 del mencionado Decreto, el cual trata del ascenso del personal restablecido en funciones, así como la violación al derecho fundamental de presunción de inocencia, al no permitirle al oficial o suboficial de las Fuerzas Militares ascender al grado superior por encontrarse implicado en una investigación penal o disciplinaria. De igual manera, se busca estudiar e interpretar los diversos planteamientos precisados por las Cortes a través de jurisprudencias en relación al alcance de la presunción de inocencia con respecto al ascenso del personal militar.

Palabras claves: Formulación de Pliego de Cargos, Presunción de Inocencia, Debido Proceso, Principio de Favorabilidad, Principio de Legalidad, Ascenso Militar, Fuerzas Militares, Constitución Política de Colombia, Normatividad Penal y Disciplinaria y Jurisprudencias.

Abstract

This research work aims to investigate the theme of “The formulation of List of Charges and extent of the presumption of innocence with respect to the military promotion,” which is itself Develops from Analysis and constitutional interpretation of Article 97 of Decree 1790 2000 and its interference in the Law 578 of 2000. specifically, it seeks to clarify whether Article 97 of the Decree, which is the promotion of staff tries restored in functions as well as the violation of the fundamental right of presumption of innocence is violated, by not allowing the officer or NCO of the Armed Forces up to the next grade, because they are involved in a disciplinary or criminal investigation. Likewise, it seeks to study and interpret the different approaches set out by the Parliament a Through jurisprudence in relation to the scope of the presumption of innocence with respect to the rise of military personnel.

Keywords : Formulation of the Statement of Objections , presumption of innocence , due process , principle of lenity , rule of law, military promotion , Armed Forces , Political Constitution of Colombia , Penal and Disciplinary Regulations and Jurisprudence .

Introducción

Se propone con este trabajo adentrarnos en el estudio y análisis constitucional del artículo 97 del Decreto 1790 del 2000 por medio del cual el ejecutivo, en ejercicio de las facultades que le otorgara el Congreso de la República mediante la Ley 578 del 2000 emite pautas orientadas a regular las normas “De Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”; a fin de establecer si esta norma al restringir el ascenso a un grado superior, por estar el oficial o suboficial investigado penal o disciplinariamente viola el principio de “presunción de inocencia” previsto en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Problema Jurídico Planteado

¿Es violatorio el artículo 97 del Decreto 1790 de 2000, de la presunción de inocencia previsto en los artículos 13, 29 y 220 de la Constitución Política de Colombia de 1991, al no permitirle al oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, ascender al grado inmediatamente superior en igualdad de condiciones en que ascendieron sus compañeros de curso por hallarse incurso dentro de una investigación penal o disciplinaria?

Marco Jurídico de la Discusión

Constitución Política de Colombia de 1991 artículos 13, 29, y 220; Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000 art. 359), Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) art. 157. Artículo 97 del Decreto 1790 de 2000,

Marco Teórico

Norma en Estudio

Para el estudio de la presente investigación se toma como referencia el Decreto número 1790 expedido el 14 de septiembre de 2000, específicamente se analizará el artículo 97, que corresponde al Ascenso del personal de oficiales y suboficiales que por cualquier circunstancia se le haya aperturado una investigación penal o disciplinaria, posteriormente salga absuelto se le deben restablecer sus funciones de acuerdo a lo indicado en la anterior norma, este artículo señala que:

A partir de la vigencia del presente Decreto los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, a quienes se les haya suspendido en funciones y atribuciones a solicitud de autoridad competente y posteriormente sean restablecidos en las mismas, ya sea por

sentencia o fallo absolutorio, revocatoria de auto de detención o cesación de procedimiento, podrán ser ascendidos al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación que les hubiere correspondido en el momento en que ascendieron sus compañeros de curso o promoción, sin que para el efecto se exija requisitos diferentes a los establecidos por la ley, salvo el comando de tropas en el ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la fuerza aérea.

Parágrafo 1o. No habrá lugar a la aplicación del presente artículo cuando la cesación de procedimiento sea consecuencia de la muerte del procesado.

Parágrafo 2o. A quienes no se les haya ascendido por efectos de investigación penal o disciplinaria, y sean cobijados con revocatoria del auto de detención, sentencia o fallo absolutorio, cesación de procedimiento, preclusión de la investigación, o archivo definitivo de la investigación penal o disciplinaria podrán ser ascendidos según las condiciones contempladas en el presente artículo.

El Decreto 1790 de 2000, comprende el conjunto de normas a través de los cuales el Presidente de la República, con fundamento en las facultades que le otorgó el Congreso en el marco de la Ley 578 de 2000, "...procura establecer el régimen especial de la carrera profesional de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y su ámbito de aplicación (Decreto 1790 de 2000 art. 2º), lo anterior con el fin de"... determinar la planta de personal de las Fuerzas Militares" (art. 3º).

Necesariamente para indagar el estudio propuesto, surge la necesidad de profundizar en el derecho constitucional, pues la Constitución Política de 1991 es la norma de normas y se considera como la base legal de las leyes que rigen y gobiernan el andamiaje jurídico

colombiano. Así mismo, para efectos de análisis y lograr el objetivo de la investigación como es analizar el alcance que el Ejército Nacional le está dando al artículo 97 del Decreto 1790 de 2000, y si este viola o no el principio de “presunción de inocencia”, para ello necesariamente se requiere consultar y analizar el artículo 29 de la Carta Política de 1991 que consagra entre otros este derecho fundamental.

Debido Proceso

Principio que según el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública. El Debido Proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio.

Teniendo en cuenta que este artículo contiene principios rectores de estricto cumplimiento por los operadores jurídicos como son el de legalidad, favorabilidad, derecho de defensa y presunción de inocencia, es fundamental resaltar lo señalado en el articulado en mención que:

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al caso que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”. En materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de

preferencia a la restrictiva o desfavorable.

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

En materia penal y disciplinaria los principios rectores, están entendidos en sentido abstracto, como el conjunto de normas y reglas que están encaminadas a ofrecerles a los ciudadanos la facultad de hacer valer los derechos sustanciales en desarrollo de los procesos judiciales o administrativos. Son por tanto de obligatorio cumplimiento no solo para el operador judicial o administrativo sino que obligan a todos los intervinientes.

Al respecto la Corte Constitucional en fallo de tutela número T-039 de 1996 señala que:

El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, constituye una limitación al poder punitivo del estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y el juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, o de otros derechos que puedan verse afectados. Las aludidas garantías configuran los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir

pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia número T-039 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Estos principios permiten a los ciudadanos en desarrollo del proceso judicial o disciplinario hacer valer sus derechos sustanciales, intereses y valores que están en juego de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Código único Disciplinario, art. 18).

Estos distintos principios garantistas: configuran antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar [...] el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad (Ferrajoli, 1995, p. 34).

Según Ferrajoli (1995), expone que el garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecto al derecho penal, el modelo de estricta “estricta legalidad” propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia es garantista todo sistema penal que se ajusta normativa mente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva (p. 34).

Bajo los anteriores postulados, se analizará sucintamente el entendido y alcance jurídico de cada una de las garantías que componen el debido proceso judicial y administrativo.

Principio de Legalidad

Consiste en que el ejercicio del poder punitivo en un estado social de derecho, debe estar sometido a estrictos controles con el fin de hacer efectivos la seguridad jurídica y los derechos y garantías fundamentales de los asociados.

Estos controles se ponen de manifiesto, se evidencian cuando el estado traza límites al poder de configurar los hechos punibles, señalando claramente los elementos constitutivos y las consecuencias. Es entonces el desarrollo del principio universal conocido como “nullus crimen, nulla pena sine lege praevia”. Tiene su origen en la Revolución Francesa como instrumento que impide los excesos por parte del estado, delimitando claramente los ámbitos de la libertad humana, bajo el principio que lo que no está prohibido está permitido dando origen a la magna cartha liberatum.

Se desarrolla entonces, en la facultad o poder que tiene el Estado a través del legislador cuando crea normas restrictivas y sus consecuencias y de los jueces que están en el deber de perseguir los delitos; siendo por consiguiente el Estado el titular del monopolio de la acusación y así lo consagra en nuestro medio el artículo 250 de la Carta Política de 1991. En ejercicio de ese deber tiene la facultad de intervenir en todos los hechos judicialmente punibles ya sea de oficio o

a petición del ofendido (querrela), siempre que existan los fundamentos suficientes y dentro de los precisos límites que también le establece la ley.

Para ello la ley prescribe cuáles conductas son perseguibles judicialmente y cuáles no, en ejercicio de esta potestad está la de investigar y acusar.

Al respecto el Doctor Jaime Mejía Ossman (2015), señala que el principio de Legalidad “en la ley disciplinaria, se encuentra redactado en la Ley 734 de febrero 5 de 2012, en su artículo 4 y en las leyes 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006 en el artículo 3. Deriva su contenido el artículo 29, inciso 2 de la Constitución Política, el cual concreta la imposibilidad de juzgamiento cuando el mismo no se lleve a cabo conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”. (p. 211).

Pero también el Dr. Mejía hace una descripción conceptual del principio de legalidad y sobre las disposiciones que le permiten al legislador regular la responsabilidad de los servidores públicos, así expone que:

Este principio superior se encuentra claramente determinado en los artículos 123 y 124 de la Constitución Política, pues de esas disposiciones se establece que el Legislador es quien debe regular la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, al igual que indica la manera como se aplica el régimen disciplinario a los particulares que desempeñan funciones públicas de manera transitoria.

Por lo anterior, es dable manifestar, que no es posible investigar y sancionar disciplinariamente una conducta, si no existe una ley preexistente que la tipifique e imponga. Es decir, no puede establecerse ninguna clase de responsabilidad disciplinaria, si la conducta objeto de investigación no ha sido previamente tipificada como falta por la Carta Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno Colombiano, la ley, las ordenanzas, los acuerdos municipales, los estatutos de la entidad, el reglamento, el manual de funciones, la orden administrativa, la directiva, o el acto administrativo respectivo. (p. 213).

Empero, este concepto, como todo los elementos que forman parte de la infraestructura social va mutándose, va cambiando con el devenir de los tiempos y las nuevas corrientes del pensamiento, como el neokantismo que vino a inyectar, a través del dualismo metodológico en el derecho penal, proposiciones que han hecho cambiante el riguroso esquema dogmático-jurídico del principio de legalidad para armonizarlo más a las necesidades del ser humano en su interrelacionar con los demás sujetos, a veces flexibilizando ese concepto, otras comprometiendo más al Estado en el respeto por los derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental.

El principio de legalidad, constituye entonces en la época moderna una garantía de libertad y seguridad jurídica para el ciudadano y de otra parte una autolimitación al poder punitivo del estado.

En el ámbito disciplinario que tiene como objetivo el cabal desarrollo de las funciones del estado garantizando que sus servidores cumplirán bien y fielmente las funciones para las cuales han sido designados, ya que éstos no solamente responden como todos los ciudadanos por la violación a la constitución y a la ley, sino que además responden por la extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas como servidores públicos.

En ejercicio de ese deber del Estado de asegurar el estricto cumplimiento de los deberes de los servidores públicos, promulga las normas y pautas que regulan la conducta del servidor en ejercicio de esas funciones que le delega para desarrollar los fines esenciales del Estado (C. P., 1991, art. 2º) y hacer efectivos los postulados del preámbulo de la Constitución, es decir para “... asegurar a sus integrantes la vida, convivencia, el trabajo la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...” . (C. P., 1991, Preámbulo).

En el desarrollo entonces de esa facultad del Estado de perseguir los delitos y sancionar las faltas disciplinarias, se hace imperioso para todos los efectos, distinguir entre una pena y una medida preventiva o cautelar, conceptos que aunque similares objetivamente son diferentes en sus fines. La pena tiene como fin último sancionar a quien ha transgredido la ley penal o ha quebrantado los deberes que la ley le impone como servidor público.

Las medidas preventivas, como su nombre lo indica tienen una finalidad que puede ser más subjetiva, v. gr., en la jurisdicción penal su propósito es preservar la prueba, impedir que el sindicado o imputado siga delinquiriendo, garantizar la comparecencia el juicio y el cumplimiento

de la sanción si a ello se llegare (Ley 600 de 2000, art. 355; Ley 906 de 2004 arts. 308, 309, 310, 311). En materia disciplinaria, esas medidas preventivas o cautelares están claramente definidas en el artículo 157 del Código Único Disciplinario a saber, “la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere”, por la que se le investiga o juzga.

Esas medidas que están claramente definidas en la ley disciplinaria, son taxativas y en modo alguno puede el disciplinante generar u ordenar la “suspensión provisional” por otras causas o darles un alcance que ellas no tienen, como por ejemplo, limitar derechos de carácter fundamental como el derecho al trabajo, el derecho a la locomoción o al libre desarrollo de la personalidad, hacerlo vulnera derechos fundamentales del disciplinado y lo coloca la medida preventiva de “suspensión provisional” en el grado de pena, desnaturalizando con ello el sentido de la norma y vulnerando de esta manera el principio de presunción de inocencia.

En punto de ello, el Código Único Disciplinario lo ha previsto en el artículo 4° que es del siguiente tenor: Legalidad. “El servidor público y el particular en los casos previsto en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por los comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”. (Ley 734 de 2002, art. 4°).

Principio de Favorabilidad

El principio de favorabilidad tiene sus raíces en el apotegma jurídico del favor rei que significa que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia sobre la odiosa o restrictiva. Por favorabilidad la etimología entiende benevolencia, protección, ser propicio. Y desde el punto jurídico – procesal penal, “es una norma de derecho fundamental de carácter subjetivo, que consiste en que frente a dos normas válidas aplicables a un mismo caso se debe escoger aquella que sea menos restrictiva a los intereses del reo” (Díaz, 2012, p.4).

El principio de favorabilidad es un principio general del sistema penal, estatuido en la Carta de 1991 como derecho fundamental, herramienta que propende por los fines del ordenamiento jurídico y a la cual los operadores del sistema deben acudir para establecer las técnicas procedimentales a que se debe sujetar el derecho penal y el derecho procesal penal (Velásquez, 2002, p. 253).

Y en materia disciplinaria, el principio de favorabilidad para Mejia (2015), “es principalmente de carácter humano, racional y de marcado respeto a la dignidad del hombre; es de una gran naturaleza justa y equitativa, pues la Carta Fundamental del Estado, mira a todos los destinatarios de la ley como iguales y así tiene que imponerse en una sociedad democrática y participativa. El principio de favorabilidad se fundamenta en la garantía protectora de los derechos de las personas que les proporciona la Constitución Política de Colombia” (p. 231).

Este principio debe aplicar también para la hermenéutica jurídica, es decir para interpretar de manera favorable al procesado o disciplinado las normas de que de alguna tienen pasajes oscuros. Este derecho, en materia disciplinaria está consagrado en el artículo 14 de la Ley 734 de 2002 que dispone, Favorabilidad. “En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia al a restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la carta política” (Código Disciplinario Único).

Por consiguiente, “la favorabilidad penal es, entonces, el medio empleado para dirimir esa disputa a favor de la aplicación de la norma menos restrictiva o más amplia de los derechos y garantías del procesado. Desde ese punto de vista, se trata de un derecho individual que tiene como objeto tutelar favorablemente los derechos del procesado cuando existan conflictos de leyes sobre un punto de derecho y se requiera escoger entre ambas la aplicable al caso concreto.” (Díaz, 2012, p.4).

Presunción de Inocencia

Este principio se encuentra establecido en la Ley 734 de 2002 artículo 9, en la Ley 836 de 2003 artículo 2 y en la ley 1015 de 2006 artículo 7. Tiene su origen en la Constitución Política de 1991, artículo 29, inciso 4, el cual enuncia que “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. (C.P. 1991. p. 26).

Es preciso resaltar que los artículos 9, 2 y 7 de los respectivos Código Disciplinarios tanto para las Fuerzas Militares, Policía y servidores públicos en general, enuncian cada uno de ellos una definición del concepto de presunción de inocencia, a renglón seguido se presenta cada uno de estos artículos, así:

Ley 734 de 2002. Artículo 9. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

Ley 836 de 2003. Artículo 2. Presunción de inocencia. Los destinatarios de este reglamento a quienes se les atribuya una falta disciplinaria, se presumen inocentes mientras no se declare legalmente su responsabilidad, en fallo ejecutoriado. Toda duda razonable se resolverá en favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

Ley 1015 de 2006. Artículo 7. Presunción de inocencia. El destinatario de esta ley a quien se le atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

De este modo, privilegiada así la presunción de inocencia, corresponde entonces al Estado hallar la prueba o las pruebas orientadas a desvirtuarla, estando consagrada ésta, en materia penal, de conformidad con los artículos 250 de la Carta Política, 7° de la Ley 600 de 2000 y 7° de la Ley 906 de 2004 en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y en materia

disciplinaria en cabeza del disciplinante tal como lo establece el artículo 9° de la Ley 734 de 2002.

En este sentido, el Doctor Mejía (2015), refiere que:

El principio rector de la presunción de inocencia le atribuye ese estado a quien sea investigado y a través de toda la “actuación disciplinaria”, ya que el Estado, como titular de la potestad y de la acción disciplinaria, debe probarle por intermedio del juez disciplinario, la responsabilidad a través del fallo sancionatorio correspondiente, el cual una vez ejecutoriado o en firme o definitivo, por no ser objeto de reconsideración, le asegura al disciplinado su condición de culpable. Mientras ello no ocurra, el investigado, a quien se le impute la comisión de una falta disciplinaria, se le considera, para todos los efectos, inocente”. (p. 270).

Señala Mejía (2015), “este principio rector protege a todo individuo frente a cualquier acción de la autoridad. Constitucionalmente se enfoca a ser aplicado tanto en lo judicial como en lo administrativo”. (p. 270). En materia disciplinaria, siendo el titular de la acción disciplinaria el Estado, corresponde a éste allegar la prueba que ofrezca certeza sobre la responsabilidad del disciplinado que está amparado por el principio de presunción de inocencia.

Al decir de Bernal & Montealegre (2013), otro desarrollo importante de la presunción de inocencia es el de que no pueden hacerse efectivas las consecuencias jurídicas de una sentencia, hasta que no se encuentre en firme. Por esta razón, la Corte declaró inexecutable las normas que señalaban la procedencia del recurso de casación una vez ejecutoriada la sentencia, porque si está

cuestionada su realidad formal o material y existe la eventualidad de su revocatoria no pueden hacerse efectivos los efectos del fallo, pues quebranta la presunción de inocencia.

Esta decisión cubre también las sanciones impuestas en desarrollo del proceso disciplinario puesto que siendo parte del debido proceso (C. P., 1991, art. 29), estas decisiones son aplicables a esta clase de procedimientos. Sobre el tema han sido copiosos los pronunciamientos de nuestro máximo vértice constitucional, entre ellos vale destacar la sentencia número C-176 de 1994 que dijo:

La garantía del debido proceso, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones administrativa.

La presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo; para desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra

observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones. Colombia no puede de ninguna forma aprobar un texto que invite a la inversión de la carga de la prueba. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-176 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Otro pronunciamiento de la Corte Constitucional que llama la atención por tener relación con el tema de estudio, es la C-289 de 2012, que dice:

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito “hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-289 de 2012, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto).

Se puede entonces concluir que la presunción de inocencia, es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones.

Definidos entonces los anteriores principios sobre los que debe descansar el proceso disciplinario y de cara a ellos se irrumpirá entonces en el análisis del tema central del escrito.

Procedencia de la Suspensión Provisional

La suspensión provisional emana en dos eventos, a saber:

Por orden de la Fiscalía General de la Nación, cuando en desarrollo del proceso penal en la resolución de la situación jurídica proceda medida de aseguramiento en los términos del artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, para ello procederá a solicitárselo a la autoridad respectiva (nominador), en desarrollo del proceso disciplinario con fundamento en lo dispuesto en el artículo 157 del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002).

Cualquiera que fuere la norma a aplicar la consecuencia para el procesado o disciplinado será entonces la “suspensión de funciones y atribuciones” del cargo que desempeña, sin derecho

a remuneración alguna ya que por principio general mientras no haya la prestación del servicio no procede la remuneración, con las excepciones que la ley establece, v.gr. licencias remuneradas, incapacidades, entre otras.

Para los efectos de este escrito, me limitaré a analizar la situación desde el punto de vista disciplinario, del artículo 157 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), que trata de la Suspensión Provisional y Trámite, la cual señala que:

Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

El término de suspensión provisional será de tres meses, prorrogables hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera instancia.

El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente y debe ser consultado sin perjuicio de su inmediato cumplimiento si se trata de decisión de primera instancia; en los procesos de única, procede el recurso de reposición. Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado.

Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente. Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.

Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

Parágrafo. Cuando la sanción impuesta fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia.

Para los miembros de las Fuerzas Militares, está prevista en el artículo 61 de la Ley 836 de 2003, numeral 2° que es del siguiente tenor, suspensión. “Consiste en la suspensión temporal de funciones en ejercicio del cargo sin derecho a remuneración”.

Requisitos Formales

La facultada atribuida por la norma al disciplinante no es ilimitada sino que está enmarcada dentro de unos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es por ello que debemos analizarlos para concluir si la prohibición a ostentar un grado superior toca de alguna manera con esos requisitos establecidos en el artículo 157 del Código Único Disciplinario.

Procedencia, es procedente frente a la comisión de faltas graves o gravísimas, no procede entonces en cualquiera investigación disciplinaria, sino que se limita a la investigación de aquellas faltas que por su descripción sean consideradas como graves o gravísimas, que son las indicadas en el Código Único Disciplinario en el artículos 48 y 50.

Requisitos Específicos

Que permanecer en el cargo, función o servicio posibilite la interferencia del servidor en el trámite de la investigación.

Que permanecer en el cargo, función o servicio permita la continuación de la comisión de la falta por la que se le investiga o juzga.

Que la permanencia en el cargo, función o servicio permita que se reitere la falta por la que se le investiga o juzga.

Las medidas cautelares que determina la norma (Código Único Disciplinario, art. 157), están clara y razonablemente definidas y en ella, a saber: la suspensión de las funciones y atribuciones; y la suspensión de la remuneración, no contemplando en ella, de manera expresa una restricción a la posibilidad de ascender.

Empero, a la luz de una interpretación sistemática del artículo 157 del Código Único Disciplinario, no le es dable a las Fuerzas Militares restringir el ascenso de quien se encuentra bajo investigación penal o disciplinaria, junto con los demás compañeros de promoción, de quien ha llevado a cabo el curso y aún ha aprobado los requisitos específicos establecidos en los artículos 53 y 54 de la Ley Decreto 1790 de 2000, pues establece una restricción más allá de la prevista en la norma, constituyendo ello un acto arbitrario ya que el entendido de la norma no requiere interpretación alguna, como tampoco contiene pasajes oscuros que permitan hacer inferencias de esa naturaleza.

De otra parte, impedirle el ascenso a quien está siendo investigado disciplinariamente, en condición de igualdad a quienes cumplieron con todos los requisitos establecidos en los artículos 53 y 54, además de vulnerar el artículo 13 de la Carta Superior quebranta el derecho a la presunción de inocencia, ya que anticipadamente se le estaría aplicando una sanción amén que de conformidad con los artículos 52 del ordenamiento de marras, quien está cuestionado no ha sido vencido en juicio para que le sea aplicable tal decisión y por consiguiente carece de antecedentes disciplinarios.

La Ley 1790 de 2000 en su artículo 53, señala los requisitos mínimos para ascenso de oficiales, así:

Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a. tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto.
- b. capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias.
- c. adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios.
- d. acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente.
- e. acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de subteniente, teniente, capitán y sus equivalentes en la armada nacional, como se estipula en el presente decreto.
- f. concepto favorable de la junta asesora del ministerio de defensa.
- g. tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de evaluación y clasificación.

Parágrafo. El requisito de curso de qué trata el literal c en el caso del personal de oficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alternativo que adoptará el comandante de fuerza respectivo, con aprobación del comando general de las fuerzas militares.

Así mismo, el artículo 54 de la misma norma, establece los requisitos mínimos para ascenso de suboficiales, aclarando que este artículo fue modificado por el artículo 12 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto dice que:

Los suboficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a) tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto;

- b) capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales y las calificaciones de los cursos y exámenes para ascenso establecidos por los respectivos comandos de fuerza;
- c) acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente;
- d) acreditar los tiempos mínimos de servicio en tropas o de embarco, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional;
- e) tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de evaluación y clasificación.

Parágrafo 1o. para ascender al grado de sargento mayor de comando conjunto se escogerá entre los sargentos mayores de comando, suboficiales jefes técnicos de comando, sargentos mayores de comando de la infantería de marina y técnicos jefes de comando de la Fuerza Aérea Colombiana, que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, el cual se desempeñará en el Comando General de las Fuerzas Militares.

Parágrafo 2o. Para ascender al grado de sargento mayor de comando o su equivalente, el respectivo comando de fuerza escogerá entre los sargentos mayores, suboficiales jefes técnicos, sargentos mayores de la infantería de marina y técnicos jefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto.

Parágrafo 3o. Para ascender al grado de sargento mayor o su equivalente, el respectivo comando de fuerza escogerá entre los sargentos primeros, suboficiales jefes, sargentos primeros de la infantería de marina y técnicos subjefes que reúnan las condiciones generales y específicas establecidas en el presente decreto, salvo lo relativo a los cursos o exámenes para ascenso.

Parágrafo 4o. Para ascender al grado de sargento segundo de las armas en el Ejército, sargento segundo en la Infantería de Marina y técnico segundo del Cuerpo Técnico de Seguridad y Defensas de Bases Aéreas en la Fuerza Aérea, el suboficial deberá aprobar con anterioridad un curso para adquirir una especialidad de combate.

Parágrafo 5o. El requisito de curso de qué trata el literal b) en el caso del personal de suboficiales que se desempeñan en el área de inteligencia militar encubierta, se podrá cumplir mediante un mecanismo alternativo que adoptará el Comandante de Fuerza Respectivo.

Por otro lado, el artículo 52 del precepto normativo en mención, instituye los requisitos comunes para ascenso que explica:

Parágrafo 1o. El personal de oficiales y suboficiales que en el momento de ascenso sea declarado no apto por la sanidad militar como consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, podrá ascender al grado inmediatamente superior con novedad fiscal, antigüedad y orden de prelación en que asciendan sus compañeros de curso o promoción, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el presente decreto, a excepción del requisito de mando de tropas en el ejército, el tiempo de embarco o de mando en la Armada Nacional y el tiempo de mando y horas de vuelo en la Fuerza Aérea, Ejército y Armada.

Parágrafo 2o. Parágrafo modificado por el artículo 1 de la Ley 1279 de 2009. el nuevo texto es el siguiente: los oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares que hayan sido víctimas del delito de secuestro, previa comprobación de los hechos por parte de la autoridad

competente, serán ascendidos al grado inmediatamente superior al que ostentaban en el momento del secuestro cuantas veces cumplan en cautiverio con el tiempo mínimo establecido como requisito para ascenso en los grados correspondientes del personal activo en la respectiva Fuerza, de acuerdo con la reglamentación existente.

Como bien puede observarse, el artículo 52 del Decreto 1790 de 2000, dispone que para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares, se requiere acreditar condiciones de conducta y en la medida que el aspirante a ingresar o ascender está siendo cuestionado penal o disciplinariamente sus condiciones de conducta están siendo cuestionados por las autoridades competentes. Ahora bien, tal restricción, no constituye en estricto derecho parte de una pena o una sanción, puesto que una vez acreditadas a satisfacción los requisitos de conducta puede acceder al ascenso con la novedad fiscal correspondiente.

Como se ha reseñado precedentemente, cuando el Ejército Nacional no permite el ascenso de un oficial o un suboficial por el hecho de hallarse sub-judice sea penal o disciplinariamente está desbordando los límites del principio taxatividad que gobiernan las disposiciones en materia sancionatoria y esa medida arbitraria a todas luces, precisamente lo que se acusa de vulnerar la presunción de inocencia y no la decisión de suspensión provisional puesto que como lo ha establecido la Corte Constitucional la medida prevista en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), no puede catalogarse o considerarse como parte de la sanción o de la pena, sino simplemente como una medida que el estado toma a fin de preservar y garantizar los fines de la acción disciplinaria.

Sin que se haya referido puntualmente al artículo 157 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), la Corte Constitucional al resolver demanda de inconstitucionalidad de Decreto Ley 407 de 1994, el Decreto Ley 398 de 1994 y la Ley 200 de 1995, expresó: Normas disciplinarias previas al Código Disciplinario Único vigente, como el Decreto Ley 407 de 1994, el Decreto Ley 398 de 1994 y la Ley 200 de 1995 consagraban la medida de suspensión provisional dentro de procesos disciplinarios. Las demandas contra las disposiciones correspondientes dieron origen a jurisprudencia de esta corporación sobre esta medida que es pertinente recordar, si bien el texto de tales disposiciones es diferente al texto del artículo 157 acusado, algunas de sus características se han mantenido y, por tanto, en este apartado se hace referencia a la doctrina que ha sentado la Corte al respecto.

En las sentencias número C-108 de 1995 y C-406 de 1995, la Corte declaró la constitucionalidad de la medida de suspensión provisional consagrada en el “régimen de personal del instituto nacional penitenciario y carcelario” y en el “régimen disciplinario para el personal que presta sus servicios en el instituto nacional penitenciario y carcelario, INPEC”, Decretos Leyes 407 y 398 de 1994, respectivamente. Los cargos presentados contra la medida se referían, como en el caso bajo estudio, al buen nombre y a la presunción de inocencia. Además, se argumentó que, al perder el derecho a la remuneración durante la suspensión provisional, se afectaba el sustento del núcleo familiar del servidor investigado.

La Corte en sentencia número C-108 de 1995, explicó que:

La suspensión provisional no implica que se le estén vulnerando sus derechos al buen nombre “por cuanto no hay imputación definitiva y además es una medida provisional

que no genera una pérdida de empleo ni hay aseveración alguna sobre la honra” ni al debido proceso, ya que en el curso de la investigación el empleado cuenta con el derecho de desvirtuar los cargos en su contra.(...) [la suspensión provisional] es una medida de prudencia disciplinaria, que tiende a proteger el interés general que recae sobre la seguridad de los establecimientos penitenciarios, que deben tener certeza sobre la calidad moral y profesional de sus empleados. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-108 de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Sería altamente inconveniente que existiendo motivos fundados sobre la conducta de un empleado, se le permitiera continuar en el ejercicio de un cargo de tanta responsabilidad y no se tomaran medidas preventivas de elemental razonabilidad como la suspensión provisional. El legislador extraordinario, pues, no hizo cosa distinta de prever una prudencia cautelar del interés general, prevalente e incondicional.

Al respecto, la sentencia número C-406 de 1995 sostuvo que:

La suspensión provisional, limitada y precisa en el tiempo es, en este régimen de personal, una carga legítima con consecuencias salariales delicadas y rigurosas que conscientemente debe soportar el funcionario implicado en el tipo de conductas que se advierten, en las mismas disposiciones que la establecen y en unos hechos que constituyen en conjunto una posible falta o infracción disciplinaria al régimen correspondiente de aquella naturaleza; bien puede decretarse con dicho carácter y sin recurso alguno, siempre que sea plenamente debatible y discutible durante la investigación, para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, como ocurre con las disposiciones acusadas. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-406 de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz).

De acuerdo con lo anterior, se busca que el sujeto disciplinado sea aislado totalmente del entorno probatorio a fin de evitar una posible intromisión en el proceso de recolección de pruebas, ya sea porque este tenga un directo acceso a la prueba y se puedan extraviar y ocultar, y por ende al operador jurídico se le complicaría más la adquisición de pruebas, razón por la cual el legislador previó la suspensión provisional en aras de garantizar el debido proceso. En este mismo sentido, la Corte mediante sentencia número C-450 del 2003, expone que:

Esta etapa del procedimiento disciplinario no está prevista en detrimento de los derechos constitucionales al buen nombre y debido proceso, como lo señala el demandante dentro del concepto de la violación, puesto que desde cualquier punto de vista, la investigación disciplinaria y el correspondiente procedimiento que incluye la suspensión provisional en esta materia, es una carga profesional y administrativa legítima que sólo procede en caso de investigación de la posible responsabilidad del funcionario en situación de flagrancia de falta gravísima, o cuando las pruebas allegadas dentro de la misma actuación, permitan advertir la ocurrencia de falta grave o gravísima que ameriten la sanción de suspensión o de destitución. (...).

De otra parte, esta clase de suspensión, que es apenas provisional y no es una sanción, constituye una etapa necesaria y conveniente en esta clase especial de actuaciones de carácter correccional y disciplinario, que por su carácter reglado bien puede ser decretada como medida preventiva en el desarrollo de las actuaciones que proceden, según las normas bajo examen. En todo caso, el investigado tiene la posibilidad procesal y administrativa de demostrar su inocencia por los distintos medios probatorios, y obtener que se le reincorpore con la plenitud de sus derechos en relación con el empleo y con los salarios a que tendría

derecho. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-450 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

Ya con motivo del estudio de constitucionalidad de los artículos 115 y 116 de la ley 200 de 1995 la sentencia mencionada expresó: “Con la entrada en vigencia de la ley 200 de 1995, Código Disciplinario Único, la Corte tuvo oportunidad de estudiar la constitucionalidad de la suspensión provisional, ya no circunscrita al personal del INPEC, sino aplicable a todos los servidores destinatarios de dicho Código, al declarar la constitucionalidad de la medida de suspensión provisional prevista en los artículos 115 y 116 del Código. La sentencia número C-280 de 1996, reiteró que ésta es “una medida de prudencia disciplinaria que tiende a proteger el interés general” y que respeta el principio de razonabilidad, Dijo al respecto: la posibilidad de suspensión provisional, uno de los actores también cuestiona los artículos 115 y 116 del CDU que consagran la posibilidad de que se suspenda provisionalmente al investigado. Según su criterio, esta facultad está prevista por la carta únicamente para el contralor general.

La Corte no comparte el criterio del demandante pues en anteriores decisiones esta corporación ya había señalado que el mecanismo de la suspensión provisional "es una medida de prudencia disciplinaria que tiende a proteger el interés general”, por lo cual es perfectamente razonable que el legislador la establezca en los procesos disciplinarios.

De otro lado, la regulación misma del mecanismo de suspensión establecido por los artículos impugnados se adecua al sentido de la figura, pues no es una medida absolutamente discrecional, como que sólo procede respecto de faltas gravísimas - taxativamente descritas- o graves. Además, sólo puede ser tomada por nominador o el Procurador General de la Nación o

a quien éste delegue, y tiene un límite de tres meses, que sólo pueden prorrogarse por otros tres si se dan serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio facilita la interferencia del presunto autor de la falta en el trámite normal de la investigación o ante la posibilidad de la continuidad o reiteración de la falta. Además se prevé la reintegración al cargo y el reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir, durante el período de suspensión en los siguientes casos, si expira el término máximo de suspensión o se absuelve al investigado o la sanción no es la separación del cargo.

La Corte declarará entonces la exequibilidad de estos artículos pues la regulación prevista garantiza la buena marcha y la continuidad de la función pública, sin que con ello se afecte el empleo ni se atente contra la honra ni el debido proceso del disciplinado, porque en el curso de la investigación el servidor público tiene la oportunidad de desvirtuar la acusación que se le imputa a fin de que sea reintegrado al servicio, con el reconocimiento de lo dejado de percibir. Con base en la Jurisprudencia Constitucional sobre la medida de suspensión provisional, pasa la Corte a estudiar la constitucionalidad de la norma acusada; el derecho al debido proceso no es desconocido por la norma acusada y la medida provisional no vulnera la presunción de inocencia.

Como lo ha dicho la Corte, el propio carácter provisional de la suspensión significa que la medida no define la responsabilidad del servidor; es una medida de prudencia disciplinaria. Por ello no es anotada en la hoja de vida como ocurre por ejemplo con la sanción de amonestación- ni se registra como antecedente disciplinario, a lo que sí habría lugar en caso de un fallo con orden de suspensión.

Por tanto, dado el carácter provisional de la medida de suspensión y que en ella no se hace ninguna valoración sobre la culpabilidad del servidor, no se vulnera la presunción de inocencia. Si bien en el cargo formulado se argumentaban principalmente el desconocimiento a la presunción de inocencia los actores adicionalmente adujeron el desconocimiento al derecho de defensa y de contradicción; Las garantías a la defensa y a la contradicción tampoco son desconocidas por la norma acusada.

Los Decretos juzgados en las sentencias número C-108 de 1995 y C- 406 de 1995, se limitaban a señalar el tipo de proceso dentro de los que se podía ordenar la suspensión provisional y tenían por garantías, la duración de la medida limitada a 120 días y la motivación del acto administrativo que ordenara la suspensión. Posteriormente, ya dentro del primer Código Disciplinario Único, en la medida se introdujeron causales que limitaban el fin de la medida y se mantenían las mismas garantías de motivación del auto y duración limitada de la suspensión, pero por un período de hasta tres meses prorrogable por otros tres. El Código, a diferencia del Decreto Ley 407 de 1994 que guardaba silencio sobre recursos, expresamente estableció que, contra la orden de suspensión provisional, no procedía recurso alguno.

El Código Disciplinario Único vigente adopta una posición más garantista respecto del servidor disciplinado. Como ya se anotó, la norma acusada no excluye la interposición de recursos contra la medida. Por el contrario, permite el recurso de reposición y establece el grado de consulta, en los términos descritos en el apartado 1.2.21 de esta sentencia.

En consecuencia, el artículo 157 acusado no viola el debido proceso, en especial en cuanto al desconocimiento de la presunción de inocencia y de los derechos de contradicción y defensa del servidor disciplinado lo que constituye una verdadera transgresión a la presunción de inocencia es la limitación o restricción que impone el artículo 97 del Decreto 1790 de 2000 al no permitir, con el lleno de requisitos por parte del oficial o del suboficial, el derecho a la obtención al grado superior hasta tanto el proceso penal o disciplinario no sea definido puesto que ésta restricción de cara a los fundamentos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 157 de La ley 734 de 2002, excede los límites de la misma.

Conclusiones

La Constitución Política de Colombia de 1991, establece que Colombia es un “Estado Social de Derecho” (art.1) que busca garantizar a todos los Ciudadanos Colombianos la protección de los derechos promulgados en la Carta Magna. Entre estos, está el derecho al debido proceso, principio de legalidad y favorabilidad de ley y por consiguiente, presunción de inocencia o el derecho de todo ciudadano a ser tratado y considerado como inocente mientras no se establezca judicialmente su responsabilidad, este principio considerado como uno de los pilares del Estado de Derecho, se convierte en una garantía fundamental de la persona y un sustancial criterio en el procedimiento penal y disciplinario. En este sentido, la Carta Magna en su artículo 29 señala que prevalecen los derechos ciudadanos, y en el caso individual, en carta de garantía de la persona sujeto de la acción penal y disciplinaria. (Const., 1991, art. 29, inciso 4).

Por su parte, la Corte Constitucional ha reiterado que el principio de presunción de inocencia es un derecho fundamental a partir del cual se encuentra soportado el principio de legalidad y el debido proceso. Se trata de unas garantías fundamentales que siempre deben estar presente en el desarrollo de cualquier actuación judicial, herramienta ésta que le permite a todo sujeto disciplinable hacer uso de estos principios, desde el inicio de la acción penal o disciplinaria ya sea mediante denuncia, querrela u oficiosa, hasta la sentencia definitiva ya sea sancionatoria o absolutoria.

En efecto, el Estado busca garantizar el cumplimiento de los deberes, funciones y demás responsabilidades que deben realizar los servidores públicos para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En este sentido, los servidores públicos particularmente los miembros de las Fuerzas Militares tienen la obligación de asumir las consecuencias de una investigación penal y disciplinaria por estar inmerso en un proceso judicial, siempre y cuando existan las razones jurídicas que conllevaron a la apertura de un proceso. Razón por la cual, le es dable la aplicación del principio de relación especial de sujeción, toda vez que mantiene un vínculo directo con el Estado formando parte de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de ésta, por lo tanto tiene un sometimiento distinto al común de los ciudadanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es fundamental señalar que el artículo 97 de la Ley 1790 de 2000, prevee que efectivamente a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que se les haya interrumpido sus funciones y atribuciones, y suspendido en su cargo provisionalmente, tendrán la oportunidad para que el Estado les reestablezca sus derechos, siempre y cuando el fallo sea

absolutorio o se archive la investigación, por no encontrar méritos suficientes para proseguir con el proceso. Es por ello, que la presunción de inocencia se mantiene incólume, ya que por el hecho de ser sometido a unas medidas cautelares al sujeto en acción en este caso miembro de las Fuerzas Militares, se les estaría garantizando los derechos fundamentales.

Finalmente, con el desarrollo de este estudio investigativo se puede esclarecer y responder la pregunta problema así: ¿es violatorio el artículo 97 del Decreto 1790 de 2000, de la presunción de inocencia previsto en los artículos 13, 29 y 220 de la Constitución Política de Colombia de 1991, al no permitirle al oficial o suboficial de las Fuerzas Militares, ascender al grado inmediatamente superior en igualdad de condiciones en que ascendieron sus compañeros de curso por hallarse incurso dentro de una investigación penal o disciplinaria?. Se concluye que el artículo 97 del Decreto 1790 de 2000, desde ningún punto de vista es violatorio, ya que la norma es clara en su parágrafo 2º, cuando señala que los miembros de las Fuerzas Militares podrán ser ascendidos en la misma antigüedad que traía con relación a sus compañeros siempre y cuando el fallo sea absolutorio o cuando se presente el archivo definitivo de la investigación, es decir que el Estado le reintegra los derechos suspendidos a que haya lugar por haberse comprobado su inocencia. Como tampoco, se estaría violando derechos fundamentales como lo es la presunción de inocencia, debido proceso y legalidad, porque al momento de reestablecer estos derechos, el Estado subsana las limitaciones impuestas al sujeto disciplinable.

Referencias

- Constitución Política de Colombia.* (1991). Bogotá. D.C. Editorial Legis S.A.
- Bernal, C. J. & Montealegre L. E. (2013). *El Proceso Penal.* Externado de Colombia. Bogotá.
- Díaz, A. (2012). *El principio de favorabilidad procesal penal y la coexistencia de sistemas procesales.* Bogotá: Ediciones jurídicas Andres Morales.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.* Madrid, Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. ¿ Qué es el Garantismo?.* Madrid, Editorial Trotta.
- Decreto 1790 de 2000. *Por el cual se modifica el Decreto que Regula las Normas de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.* Bogotá. D.C.
- Decreto 1799 de 2000. *Por el cual se dictan las normas sobre Evaluación y Clasificación para el Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y se establecen otras disposiciones.* Bogotá. D.C.
- Ley 1015 de 2006. *Por el cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.* Bogotá. D.C.
- Ley 906 de 2004. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Bogotá. D.C.
- Ley 836 de 2003. *Por el cual se expide el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.* Bogotá. D.C.
- Ley 734 de 2002. *Por el cual se expide el Código Disciplinario Único.* Bogotá. D.C.
- Ley 578 de 2000. *Por el cual se Reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional.* Bogotá. D.C.
- Ley 600 de 2000. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Bogotá. D.C.
- Mejía, O. J. (2015). *Derecho Disciplinario Sustancial, Especial y Formal. Tomo I. Derecho Sustancial.* Bogotá. D.C. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho- Penal General.* Ed. Temis.

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia número C-289 del 18 de Abril de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C.

- Sentencia número C-450 del 3 de Junio de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-581 del 6 de Junio de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Renteria. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-280 del 25 de Junio de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-039 del 5 de Febrero de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-406 del 11 de Septiembre de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Diaz. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-108 del 15 de Marzo de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-176 del 12 de Abril de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. Bogotá, D.C.