

**IMPLICACIÓN PROCESAL DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR AL JUICIO DE CORTE MARCIAL (LEY 1407
DE 2010 – ART. 483A)**



AUTOR

NESTOR ALBERTO GUTIERREZ OLIVERA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:

MAESTRÍA DERECHO PROCESAL PENAL

Director:

SANDRA ROCÍO HERNÁNDEZ CRUZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

**DIRECCIÓN ACADÉMICA DE POSGRADOS
BOGOTÁ D.C. 2021**

**IMPLICACIÓN PROCESAL DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR AL JUICIO DE CORTE MARCIAL (LEY 1407
DE 2010 – ART. 483A)**

NÉSTOR ALBERTO GUTIÉRREZ OLIVERA

**Director del Trabajo:
Dra. SANDRA ROCÍO HERNÁNDEZ**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN ACADÉMICA DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ D.C.
2020**

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

RESUMEN.....	4
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
1. LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN COLOMBIA, PASADO Y PRESENTE DE ESTA JURISDICCIÓN	7
2. SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR 11	
2.1. El derecho a la defensa y su garantía en el nuevo sistema penal militar y policial 15	
2.2. Exposición de motivos de la Ley 1765 de 2015	18
3. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR DE CORTE MARCIAL.....	20
3.1. Audiencia de formulación de acusación y preparatoria una mirada a la Ley 906 de 2004	21
3.2. Audiencia preliminar de corte marcial frente al derecho a un plazo razonable	23
3.3. Pertinencia y utilidad de la audiencia preliminar de corte marcial	27
CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFÍA	32

RESUMEN

El presente artículo se ocupa de analizar la audiencia preliminar a juicio de corte marcial, la cual fue adicionada en la Ley 1407 de 2010 (código penal militar), a través de la reforma efectuada en el año 2015 (Ley 1765 de 2015 Art. 107). Desde esa fecha, se modifica el sistema penal oral acusatorio previsto en la justicia penal militar; al incluir una audiencia previa a la preparatoria en la cual; según el cuerpo normativo, el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado debe señalar fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial. Para desarrollar dicha argumentación, en primera instancia se hace un recorrido histórico sobre esta jurisdicción especializada, compilando el marco normativo aplicable y el sustento constitucional a través del cual le es posible administrar justicia, adicionalmente, se identifican los principales cambios en relación con la justicia ordinaria que trae la ley procesal militar con tendencia acusatoria, para finalmente verificar las implicaciones jurídicas que podría tener dicha audiencia desde la perspectiva de la pertinencia y eficacia en el contexto de la administración de justicia, todo lo anterior, bajo el enfoque metodológico cualitativo, el cual facilitó el desarrollo de cada uno de los objetivos propuestos, determinando las implicaciones jurídicas que tiene para el procedimiento penal militar la inclusión de una audiencia adicional ajena a la tradición procesal que se impuso desde el nacimiento de la Ley 906 de 2004.

ABSTRACT

This article is responsible for analyzing the preliminary court-martial hearing, which was added to Law 1407 of 2010 (military penal code), through the reform carried out in 2015 (Law 1765 of 2015 Art. 107). Since that date, the accusatory oral criminal system provided for in military criminal justice has been amended; by including a pre-high school hearing in which; according to the regulatory body, the Military and Police Criminal Judge of Knowledge or Specialized Knowledge will indicate the date and time for the preliminary hearing to the Court of Martial Trial. To develop this argument, a historical tour of this specialized jurisdiction will be made in the first instance, compiling the applicable regulatory framework and constitutional livelihood through which it is possible for it to administer justice. In addition, the main changes in relation to ordinary justice brought by military procedural law with an accusatory tendency will be identified, in order to finally verify the legal implications that such a hearing could have from the perspective of relevance and effectiveness in the context of the administration of justice, all of the above, under the qualitative methodological approach, which will facilitate the development of each of the proposed objectives, determining the legal implications for criminal proceedings to facilitate the inclusion of an additional hearing outside the procedural tradition imposed since the birth of Law 906 of 2004.

Palabras clave: Audiencia, corte marcial, preparatoria, juicio oral, responsabilidad.

Keywords: Hearing, court-martial, high school, oral judgment, responsibility.

INTRODUCCIÓN

Contexto del problema

La justicia penal militar es una jurisdicción tan antigua como lo es la fundación misma del Estado (Valencia, 1993), su función primordial está ligada a garantizar la cohesión y subordinación al poder civil para quienes ostentan el monopolio de las armas, garantizando a través de su articulado, la protección de bienes jurídicos como la disciplina y el servicio, indispensables para la existencia de institución jerarquizada que cimenta su estructura en el cumplimiento de las órdenes (Bolívar, 2004).

Partiendo de esa premisa, a lo largo de la historia se han construido diversas normas de contenido sustantivo y procesal que han permitido administrar justicia en el seno de la fuerza pública, función delegada a tribunales militares que desarrollan el concepto de juez natural según el cual, las conductas cometidas por personal militar o policial en servicio activo que tengan relación con el servicio deben ser conocidas por los jueces y fiscales castrenses (Corte Constitucional Sentencia C084, 2016).

Aquella función, contenida en el artículo 221 constitucional, deriva en el fuero militar una prerrogativa, en virtud de la cual: “los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo no son investigados y juzgados por los fiscales y jueces a los cuales están sometidos la generalidad de los ciudadanos, sino por jueces y tribunales militares, con arreglo al Código y leyes penales militares, en aquellos eventos en los que incurren en conductas punibles al ejecutar o desarrollar sus funciones legales y constitucionales” (Corte Constitucional Sentencia C084, 2016).

Institución foral que se erige como una garantía de seguridad jurídica, para quienes, en cumplimiento de su función constitucional, cumplen una loable labor en defensa del Estado, actividad en la que incluso, están dispuestos a entregar su vida por la paz y tranquilidad de los colombianos (Gómez, 1969).

Descripción del problema

El Congreso en desarrollo de su potestad de configuración legislativa, crea toda una gama de normas penales militares que le dan vida al procedimiento y permiten adelantar una actuación desde la noticia criminal hasta la sentencia, procedimiento en el que hoy confluyen dos cuerpos normativos (Dulce, 2018), a la espera de la implementación de la oralidad en el año 2022 (República de Colombia. Decreto 1768, 2020).

En esas normas procesales, aparece el sistema penal oral como una novedosa forma de administrar justicia bajo la influencia del derecho anglosajón (Sirvent, 1996), una adaptación de la ritualidad vigente en la jurisdicción ordinaria (República de Colombia. Ley 906 de 2004); ajustada a la justicia penal militar, mediante la inclusión de algunos aspectos que plantean un acercamiento acusatorio, dentro de ellos se destaca el control material de la acusación (República de Colombia. Ley 1407 de 2010, art. 479),

Adicionalmente, partiendo de lo señalado en el artículo 107 de la Ley 1765 de 2015 se incluye la audiencia preliminar al juicio de corte marcial en la que, recibida la actuación, el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado señala fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial, asimismo, resuelve las solicitudes de impedimentos, recusaciones, impugnación de competencia, medidas de protección, descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión y fijará fecha y hora para la audiencia preparatoria. A partir de este momento se entenderá iniciada la etapa de juicio (República de Colombia. Ley 1407, 2010 art. 483A).

Esta novedosa audiencia, se torna repetitiva en atención a que contiene elementos que ya se ventilaron en otras oportunidades procesales, o se tocaran después, es el caso de la audiencia preparatoria, escenario ideal para el descubrimiento por parte de la defensa y para el debate adversarial en punto a la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios de conocimiento que se pretenden hacer valer en juicio, lo cual, además de ser atentatorio al derecho a la defensa y vulnerar el principio de preclusividad de las etapas procesales, también afecta el plazo razonable y con ello, el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas.

Pregunta de investigación

Dicho lo anterior, la pregunta de investigación que se responderá con este trabajo es:

¿Qué implicaciones genera la inclusión de la audiencia preliminar al juicio oral en el sistema penal acusatorio por implementar en la justicia penal militar?,

Justificación de la investigación

Esta investigación es importante, porque se pretende poner en el debate el sistema penal acusatorio por implementar en la justicia penal militar, a fin de anticiparnos a las posibles implicaciones que surgen desde las modificaciones e inclusiones planteadas por el legislador y de esta manera se puedan tomar las medidas necesarias a efectos que garantizar los principios esenciales en los cuales se cimienta el sistema de administración de justicia destinado para la investigación y sanción de los miembros de la fuerza pública.

Adicionalmente, porque advierte la existencia de duplicidad de actuaciones en el proceso penal militar por iniciar, especialmente en la etapa de juicio, donde se repiten aspectos que tiene que ver con el descubrimiento probatorio y los criterios de admisibilidad de los medios de conocimiento, esto resulta relevante por cuanto todo lo que se diga en torno a este nuevo proceso adversarial es novedoso, prácticas que al hacerse evidentes, pueden comenzar a ser subsanadas en el ejercicio de la actividad judicial cotidiana, una vez se implemente el sistema penal oral acusatorio en la jurisdicción penal militar y policial.

Objetivo general

Caracterizar las implicaciones que genera la inclusión de la audiencia preliminar al juicio oral en el sistema penal acusatorio por implementar en la justicia penal militar.

Objetivos específicos

Efectuar una revisión de la Justicia Penal Militar, su historia, marco normativo, con el fin de evidenciar la realidad actual de esta jurisdicción que investiga y juzga a los miembros de la fuerza pública que cometan conductas relacionadas con el servicio.

Identificar las características del proceso penal acusatorio, desde la perspectiva comparada frente a la inclusión de la audiencia preliminar del artículo 483A.

Establecer las implicaciones que conlleva para el proceso castrense la inclusión de la audiencia previa a la preliminar de corte marcial.

Metodología de la investigación

El enfoque de la investigación es cualitativo, por cuanto busca “comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, pág. 364), partiendo de la actividad que deben cumplir las partes en el desarrollo de la actividad judicial, en un escenario adversarial propio del nuevo sistema penal acusatorio por implementar en la justicia penal militar.

Para cumplir con el fin perseguido en la investigación, el método es de tipo jurídico-descriptivo y exploratorio, partiendo de tres momentos, en el primero se recopiló la información disponible sobre el tema, proveniente de doctrina y jurisprudencia especializada, en el segundo, se analizó la información compilada y se organizó según su naturaleza e importancia, y finalmente el ciclo investigativo permitió la construcción del argumento, partiendo de un estudio comparado de lo que ocurre en las distintas etapas procesales vivibles en la jurisdicción ordenada desde la Ley 906 de 2004.

1. LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN COLOMBIA, PASADO Y PRESENTE DE ESTA JURISDICCIÓN

La primera aplicación de la justicia penal militar en Colombia la relata Valencia (2002) al señalar:

La primera aplicación conocida de la Justicia Militar ocurrió durante la Primera República y se sujetó al Derecho español. Cuando Antonio Nariño, investido del mando del Ejército Unido de la Nueva Granada adelantaba la campaña del Sur, tres militares europeos, Manuel Roergaz de Serviez, Cortés de Campomanes y el barón de Schanbourg incurrieron en conductas que hicieron pensar al Comandante en Jefe en una insubordinación con perfiles de conjura contra él. De inmediato ordenó abrir un expediente, ordenó separarlos del Ejército y los remitió a Santafé para que fueran juzgados, todo dentro de la normatividad del Derecho español (Valencia Á., 2002, pág. 58).

Lo anterior, hace evidente la importancia de la justicia penal militar en la tradición histórica colombiana, su papel relevante como instrumento de cohesión para aquellos que ostentan el monopolio de las armas y como pieza indispensable en la subordinación del órgano castrense al poder civil, ello, ha sido la premisa esencial que ha permitido continuar con la hegemonía

democrática del Estado y consolidado al país como un órgano encargado de garantizar el respeto de los derechos humanos para todos los ciudadanos (Bolívar, 2004).

En ese contexto, la justicia penal militar se erige como una jurisdicción especializada que ha investigado, investiga y juzga a los miembros de la fuerza pública que en ejercicio de su función cometen delitos relacionados con el servicio (República de Colombia. Constitución Política, 1991 art. 221), que ha evolucionado a partir de decisiones jurisprudenciales desde la creación de la Corte Constitucional precedente que se relaciona con el nuevo modelo de Estado.

Entre los cambios significativos, se encuentra la defensa técnica; que hasta la sentencia C592 de 1993 estaba en cabeza de oficiales activos de la fuerza pública, que, a lo sumo, tenían una preparación militar y por ende desconocían el alcance de las leyes, además, tenían sujeción jerárquica y funcional con el juez de la causa, lo que se prestaba para múltiples injusticias en la aplicación de las normas jurídicas, no había una independencia que permitiera desarrollar libremente el litigio (Marcial, 2007).

En la decisión mencionada la Corte Constitucional estipuló:

La calidad de militar en servicio activo resulta incompatible con los elementos de la noción de defensa técnica a que se refiere el artículo 29 de la Carta, puesto que como tal el funcionario de las Fuerzas Militares se debe a una permanente relación jerárquica, propia de las estructuras orgánicas de aquella naturaleza, y debe cumplir como militar con la orden del superior; ésta lo exime de responsabilidad y, por tanto, con la investidura que confiere el servicio activo puede reducir la autonomía, la independencia y la capacidad de deliberación que reclama el carácter técnico de la defensa que garantiza la Constitución. La defensa y la asistencia penales no pueden adelantarse por quien no sea abogado y el militar en servicio activo no puede ser abogado defensor, pues está sometido a una relación jerárquica inadmisibles con aquel encargo (Corte Constitucional, Sentencia C-592, 1993).

Posteriormente, esta corporación fija el alcance en torno al término: “relación con el servicio”, concepto al que alude el artículo 221 de la Constitución, frente a este aspecto la Corte señaló:

(...) son aquéllos que ocurren en desarrollo de las actividades militares orientadas al cumplimiento de su misión constitucional; es decir que, en ejercicio de una función inherente al cargo, el militar excede la órbita propia de las funciones que constitucional o legalmente le han sido asignadas. Esto no ocurre, cuando en cumplimiento de una misión oficial, el militar aprovecha su investidura para cometer hechos punibles. Por ejemplo, si durante un operativo el servidor público aprovecha la circunstancia para cometer un secuestro, una desaparición forzada, una tortura, un acceso carnal violento o un hurto, estos hechos son cometidos con ocasión o por causa del mismo (conexidad ocasional según la dogmática penal), pero no se trata de una actividad relacionada con el servicio (Corte Constitucional, Sentencia C-358, 1997).

Desde esa perspectiva, se deja claro por parte de la Corte Constitucional, que el artículo 221 de la Constitución, sólo podía ser aplicable cuando, una vez verificado el elemento personal, esto es calidad de militar o policía en servicio activo, se debe demostrar con toda claridad que la conducta antijurídica tuvo un vínculo próximo con el servicio, es decir, la actividad a él encomendada dentro del desarrollo de una actividad lícita, que se sustenta en una orden, cuya naturaleza no puede desligarse de la misión que el constituyente primario delegó en las Fuerzas Armadas (Dulce, 2018).

Todas esas transformaciones por vía jurisprudencial, la inclusión de nuevos postulados dogmáticos, el modelo de Estado y la necesidad de independizar del mando el ejercicio de la labor judicial, dieron lugar a la creación de un nuevo código penal militar, (Ley 522 de 1999), norma que entró en vigencia el 12 de agosto de 2000, con un aporte esencial a la hora de desligar las funciones de comando de la labor judicial, la creación mediante el Decreto 1512 de 2000 de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, como órgano encargado de proveer o complementar las políticas, ejecutar los planes, programas y decisiones adoptadas por el Ministro de Defensa en materia de Justicia Penal Militar (Bolívar, 2004).

Esta reforma legislativa, permitió dividir las funciones de investigación, calificación, acusación y juzgamiento, logrando dar los primeros avances hacia un sistema de corte acusatorio, lo anterior, por cuanto desde la Constitución de 1991 en su artículo 250, se incluía la reserva judicial de las libertades públicas, mediante la cual la restricción de derechos fundamentales quedó en forma exclusiva en cabeza de los jueces, permitiendo la creación de funcionarios que conservan la misma categoría jurisdiccional por cuando hacen parte de la primera instancia, con funciones particulares delegadas por la normatividad (Corte Constitucional, Sentencia C-873, 2003).

Esta codificación, continúa vigente hasta el año 2010 (en lo sustancial), cuando fue necesaria una nueva modificación (Ley 1407 de 2010) en virtud a los cambios estructurales que sufrió la jurisdicción ordinaria en materia sustantiva y procesal, el primero, en virtud de la codificación del código penal ordinario Ley 599 de 2000, cuya naturaleza jurídica de origen continental europeo, introdujo postulados de la escuelas finalistas y funcionalistas del derecho (Restrepo, 2010), y el segundo; por cuanto la influencia del derecho anglosajón, permitió la configuración de la norma procesal acusatoria, a partir de la reforma del código de procedimiento penal en la Ley 906 de 2004 (Riveros, 2008).

Estos cambios rezagaron a la ley penal militar, la cual hasta ese momento, siempre había tomado la delantera en la codificación de las normas punitivas (Quiñónez, 2014), por lo que el Legislador vio necesario la inclusión de nuevos postulados; concordantes con las modernas tendencias del derecho, especialmente en lo atinente al esquema dogmático, la estructura del proceso penal y la tipificación de comportamientos orientados a proteger bienes jurídicos típicamente militares (Camelo, 2006).

Bajo dicho postulado, el legislador como ya se señaló, incluyó dentro de la nueva codificación castrense (Ley 1407 de 2010), el contenido de los mismos artículos que compiló en la Ley 906 de 2004; es decir, la misma ritualidad procesal prevista la justicia ordinaria (Quiñónez, 2014),

procedimiento que está a la espera de implementación por fases como lo estipula el Decreto 1768 de 2020, norma que establece:

Artículo 1. Modifíquese el artículo 2.2.2.2. del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa, que en adelante tendrá el siguiente contenido:

Artículo 2.2.2.2. Fases. Las cuatro (4) fases territoriales de implementación del Sistema Penal Acusatorio en la Justicia Penal Militar y Policial, iniciarán en el año 2022, así:

FASE I: Año 2022: Bogotá D.C.

FASE II: Año 2023: Boyacá, Caldas, Cauca, Cundinamarca, Huila, Nariño, Quindío, Risaralda, Tolima y Valle del Cauca.

FASE III: Año 2024: Antioquia, Atlántico, Bolívar, San Andrés y Providencia, Cesar, Chocó, Córdoba, Guajira, Magdalena, Norte de Santander, Santander y Sucre

FASE IV: Año 2025: Amazonas, Arauca, Caquetá, Casanare, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, Vaupés y Vichada.

Partiendo de esa premisa, desde el año 2022 la justicia penal militar y policial tendrá en la ciudad de Bogotá un sistema procesal de tendencia acusatoria con la misma ritualidad prevista en la Ley 906 de 2004, salvo algunas modificaciones que fueran incluidas en la Ley 1765 de 2015, por ejemplo, el control material de la acusación (art. 479), lo que significa que la audiencia se presenta y sustenta por parte del fiscal ante el juez penal militar y policial con función de control de garantías.

Control material que implica, una constatación profunda del escrito presentado por el fiscal, los hechos jurídicamente relevantes que lo sustentan y la verificación del pleno ejercicio de las garantías constitucionales para las partes e intervinientes de la actuación (Corte Suprema de Justicia. Sentencia Casación Penal 34370, 2010), independencia del escenario ideal del debate probatorio, cual es; el juicio oral, lo que evita contaminación por parte del fallador de instancia (Ferrer, 2017).

Adicionalmente, como otra diferencia relevante, se incluye la posibilidad de que el juez de conocimiento pueda ordenar pruebas de oficio. En ese sentido, la norma señala que, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el juez penal militar considera que se hace necesaria la práctica de otras pruebas no pedidas por las partes que pudieren tener esencial influencia para el resultado del juicio, ordenará su práctica (República de Colombia. Ley 1407, 2010 art. 499).

Esta norma fue analizada por la Corte Constitucional, declarada exequible por cuanto a juicio de la corporación no viola la Constitución Política, destacando al igual que otorgarle la potestad de decretar pruebas de oficio al juez militar, no afecta los principios esenciales que cimentan el proceso penal militar, en palabras de la Corte:

(...) esta prerrogativa otorgada legalmente al juez no afecta su imparcialidad, en su componente institucional y procesal, ya que no lo pone en situación de prejuzgar el asunto, ni lo involucra en la etapa de investigación y acusación. Se concluyó que no existe vulneración de la igualdad de armas, garantía del debido proceso, porque la labor probatoria del juez no le otorga un poder especial a una de las partes, o no le concede un trato distinto, ya que no

va dirigida a favorecer a una de las partes, fiscal penal militar o defensa, sino a garantizar la verdad y justicia del proceso y de su decisión. En este sentido, esta facultad contribuye a generar confianza en la justicia penal militar (Corte Constitucional, Sentencia C-205, 2016).

En el mismo sentido, el legislador en la Ley 1765 de 2015, incluye en el trámite procesal del sistema acusatorio militar por implementar, una nueva audiencia, previa a la preparatoria que constituye el preámbulo del juicio oral. En el sistema acusatorio de la justicia ordinaria, la etapa de juicio inicia en la audiencia de formulación de acusación, en el militar y policial, es a través de la audiencia preliminar al juicio de corte marcial donde se entiende iniciada la etapa de juicio.

Este último aspecto, se erige como una de las principales diferencias existentes entre la justicia ordinaria y militar, constituye una innovación legislativa colombiana, por cuanto esta audiencia es extraña a la realidad judicial, su constitucionalidad no ha sido analizada por la Corte y las implicaciones que podría tener en el devenir procesal hasta ahora no ha sido medidas por cuanto no se ha empezado a administrad justicia bajo esa ritualidad.

Lo anterior sustenta la necesidad del estudio de esta inclusión procesal, sus implicaciones, el alcance jurídico, todo lo anterior de cara al nuevo sistema penal que va a gobernar la actividad judicial en la justicia penal militar.

2. SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Como se ha señalado, a partir del nacimiento en la realidad judicial de la Ley 1407 de 2010, en la justicia penal militar se introduce (por lo menos de manera escrita) el sistema penal de tendencia acusatoria, la forma de administrar justicia cambia y el relacionamiento de las partes. Adicionalmente, se crean nuevas audiencias y nuevos cargos un proceso que se vislumbra más expedito, garante del fuero militar.

Este procedimiento, tiene algunas características que modifican la tradición judicial que ha gobernado la justicia penal militar (sistema inquisitivo), en el que hasta el de 2019 en la ciudad de Bogotá se manejaban algunas instituciones que van a cambiar con ocasión de la nueva realidad adjetiva. Cambios como la implementación de la oralidad (República de Colombia Ley 1407, 2010 art. 180), la separación de funciones entre distintos organismos del Estado, en esencia la función investigadora y de ejercicio de la acción penal a cargo de la fiscalía penal militar y policial, y una función juzgadora y de ejecución de la pena a cargo de los jueces cuyos cargos y funciones quedaron matizados en la Ley 1765 de 2015.

De esas características se erige y materializa el principio de la reserva judicial de las libertades públicas según la cual: “solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad” (Corte Constitucional, Sentencia C-879, 2011), función que no podrá asumir el fiscal penal militar y policial, cuyo papel está orientado y dirigido a ejercer la acción en representación del Estado y en ejercicio del *ius puniendi* (Luquin, 2014).

Asimismo, se plantea la intermediación judicial en el debate probatorio, ello implica un cambio radical en el sistema inquisitivo; forma de administrar justicia donde el juez debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad (Corte Constitucional, Sentencia C-874, 2003).

En ese sentido, hasta ahora en la ley procesal castrense existe la permanencia de la prueba, donde lo practicado en la etapa de instrucción permanece incólume y es validado por el juez de conocimiento en la sentencia (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005), en contraposición al principio de intermediación según el cual:

(...) la prueba es practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral. En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

Adicionalmente, el proceso de ser reservado a las partes en la investigación y calificación (República de Colombia, Ley 522, 1999 art. 461), se convierte en público y contradictorio (Zabaleta, 2017), esto significa que las audiencias deberán ser públicas y cualquier persona que considere que ese tema es de su interés; puede ingresar a la actuación judicial, salvo en situaciones donde se existan aspectos de seguridad nacional o de afectación de víctimas que obliguen a llevar de manera reservada la diligencia (Hinestroza, 2012).

Además de lo anterior, en el nuevo sistema a implementar en la justicia penal militar como ya se ha referido, a la Fiscalía compete el ejercicio de la acción penal, el nuevo sistema procesal consagra, como regla general, la aplicación del principio de legalidad, según el cual la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento “cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo” (Corte Suprema de justicia, Casación Penal 48759, 2017).

En ese sentido, el juez no puede iniciar una investigación de oficio, antes, con la Ley 522 de 1999, en la unidad militar o policial se podía acercarse cualquier integrante de la comunidad castrense a poner en conocimiento del juez de instrucción los hechos que considera podrían ser de conocimiento de la justicia penal militar, a partir del próximo año en Bogotá, será la fiscalía y el cuerpo técnico de investigación quienes recepciones todas las denuncias o querrelas y en ejercicio de la acción penal, inicie las actuaciones ante los jueces en la etapa respectiva (Ámbito Jurídico, 2011).

Aunado a lo antes expuesto, es importante mencionar que existen aspectos de la parte procesal que por vía del principio de favorabilidad se han venido observando (pese a la no implementación del sistema) por el operador de justicia militar, y allí está la dificultad, especialmente en temas de restricciones a la libertad, por cuanto el artículo 522 (Ley 522 de 1999) y 466 (Ley 1407 de 2010) tiene exigencias jurídicas distintas y propias de cada sistema en particular, pero obligadas por vía jurisprudencial a adoptar en los procesos actuales, como se evidencia en la siguiente decisión del Tribunal Superior Militar:

El instituto de la detención preventiva está regulado en las dos legislaciones, pero siendo más garantista y de suyo más benéfico lo regulado en el nuevo digesto punitivo castrense, visión que no puede dejar de lado lo establecido en el canon 93 superior, que nos remite al pacto internacional de derechos civiles y políticos, cuyo artículo 15.1 en su parte final indica que si la ley posterior consagra una pena más leve, el reo será favorecido con los alcances de dicha norma. A su turno, el Pacto de San José de Costa Rica cuyo artículo 9º en su último párrafo expresamente declara que debe aplicarse la sanción ms leve si la nueva ley así lo prescribe. Así las cosas, la favorabilidad como parte integrante del debido proceso, es decir, como derecho fundamental, no pueden tener restricción frente a los medios que la dinamizan, como son la ultraactividad y la retroactividad, razón por la cual para resolver el problema planteado por el recurrente, daremos aplicación a lo preceptuado en el canon 466 de la ley 1407 de 2010 (Tribunal Penal Militar, 2011)". (Subrayado fuera de texto).

Esta obligación, que nace de los postulados constituciones y el principio de favorabilidad, permiten una aplicación más garantista que va de la mano con el modelo de Estado (Torres, 2017). En ese sentido, se advertía un problema porque estos dos sistemas se contraponen, es decir, la ley penal militar es especial, diametralmente diferente a la ordinaria, posee bienes jurídicos que para el común de la gente siquiera superarían el juicio de lesividad porque se tornarían en una bagatela sancionable por vía administrativa (Vacas, 2018), no obstante de pertinaz importancia para una comunidad militar que cimenta su naturaleza y existencia en esos valores propios de su estructura piramidal, por eso la Corte Constitucional en sus decisiones anteriores a la entrada en vigencia de la ley 1407 de 2010 los encontró ajustados a los postulados constituciones (Sabogal, 2016).

Con fines ilustrativos, a efecto de tener claridad de los tipos penales que guardan relación con la restricción a la libertad visibles en las dos codificaciones, 522 y 466, para dilucidar mejor las características de cada uno resulta conveniente ilustrarlas mediante el siguiente cuadro comparativo:

Artículo 522 de la Ley 522 de 1999	Artículo 466 de la Ley 1407 de 2010
Medidas de aseguramiento y requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con	Requisitos. El juez penal militar de control de garantías, a petición del Fiscal Penal Militar, 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

base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.	inferir razonablemente que el indiciado o acusado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga..
Se exige como requisito un indicio grave de responsabilidad.	Se exige inferencia razonable de autoría o participación.
La detención preventiva se aplica como una medida a los tipos penales que atenten contra la disciplina y el servicio.	La detención preventiva se aplica como una medida a los tipos penales que atenten contra la disciplina y el servicio
No se establece nada diferente del indicio grave de responsabilidad.	Se deben cumplir alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado o acusado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado o acusado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública. 3. Que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Fuente: (Gutierrez, 2019)

Como se puede apreciar, cada norma jurídica trae consigo unas características propias, concordantes con el modelo procesal aplicado, en el primer evento (artículo 522 de 1999) se exige solamente un indicio de responsabilidad que puede surgir de las pruebas obrantes dentro del plenario (Londoño, 1990), teniendo en cuenta que allí se aplica la permanencia de la prueba como ya se indicó.

En el otro procedimiento, además de la inferencia razonable de autoría o participación que surgen por supuesto de la construcción de los hechos jurídicamente relevantes a partir del análisis de los elementos de la conducta punible (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), se establecen tres requisitos excluyentes uno del otro, copia idéntica de la ley 906 de 2004, es decir, se aplican los mismos criterios para la imposición de la medida de aseguramiento existente en la justicia ordinaria, en una jurisdicción diferente, que tiene unos valores propios destinados a garantizar como se ha venido resaltando el cumplimiento de los fines del Estado (Quiñónez, 2014).

Estas normas de la jurisdicción ordinaria que fueron transcritas taxativamente en la ley penal militar, son de dos clases, unas privativas de la libertad y otras que no lo son, todas ellas consagradas en el Artículo 307 de la ley 906 de 2004, esto le da al operador judicial una gama amplia de variables que le permiten en la medida de lo posible impartir justicia, restringiendo de la menor forma posible derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, ya que no solo el

sindicado goza de estos beneficios que en ningún momento pierde por su condición, sino al igual lo goza la víctima para evitar por ejemplo, el tema de la doble victimización.

2.1. El derecho a la defensa y su garantía en el nuevo sistema penal militar y policial

De cara a verificar las implicaciones jurídicas que la nueva audiencia procesal previa al preparatorio de juicio oral o corte marcial pueda tener en relación con derechos y garantías, resulta imperioso verificar los contenidos y postulados del derecho a la defensa y la materializaron del mismo a través de un sistema de carácter acuario como el que se pretende implementar en la justicia penal militar y policial a partir del próximo año.

Derecho de defensa cuyo enfoque amplio no puede ser desconocido en la jurisdicción penal militar, en especial porque los temas aquí ventilados surgen de la excepcionalidad del ámbito de competencia, limitado como se ha destacado a los delitos que guarden relación directa con la misión constitucional delegada y sean cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo.

Lo primero en señalar es que este derecho tiene su origen en el derecho internacional de los derechos humanos (Mejía, 2017), instrumentos orientados a proteger las garantías mínimas de las que goza una persona por el solo hecho de serlo; un ejemplo de lo anterior, está señalado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos norma que en torno a este tema establece:

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo...

Fundamento internacional concordante con lo señalado en la Convención Americana de Derechos Humanos donde se obliga a los estados signatarios a otorgar garantías judiciales:

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

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

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

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

Instrumentos internacionales que fueron el origen y fundamento de la Constitución Política colombiana, en especial del artículo 29 que obliga al Estado y a las autoridades que ejercen el poder jurisdiccional (art. 116) a garantizar la defensa técnica y material, así lo plantea la Corte al señalar:

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado (Corte Constitucional, Sentencia C-025, 2009).

Partiendo de esa premisa, se establecen dos clases de defensa; defensa material, que “es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado” (Romaniello, 2012), y la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél; “un profesional del derecho, científicamente preparado, conocedor de la ley aplicable y académicamente apto para el ejercicio de la abogacía. En nuestro sistema procesal penal, el derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública” (Corte Constitucional, Sentencia C-025, 2009).

Derecho que se hace visible en la Ley Penal Militar por implementar (República de Colombia, Ley 1407, 2010) en el artículo 179, norma procesal que entre otros aspectos establece el derecho que le asiste al procesado, en especial a:

- e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;
- g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;
- i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;

Que se debe garantizar en cada una de las etapas procesales previstas, desde la misma imputación cuando adquiere la calidad de parte y se extiende por toda la actuación hasta que esta fenezca, sea por sentencia condenatoria, absolutoria o alguna de las formas previstas en las normas para terminar anticipadamente la actuación (preclusión, aceptación de cargos).

Además de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, en especial de los previstos en los principios rectores, el imputado o procesado, según el caso, dispondrá de las mismas atribuciones asignadas a la defensa (art. 292), en palabras de la Corte:

(...) el imputado y su defensor integran “una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa conjunta, con el fin de contrarrestar la acción punitiva estatal, haciendo uso del derecho de solicitar la práctica de pruebas, de contradecir las que se le opongan, de presentar alegatos, proponer incidentes e impugnar las decisiones que juzgue contraria a sus intereses, con las excepciones que prevé la ley procesal (Corte Constitucional, Sentencia T-1137, 2004).

En ese contexto, una de las formas de garantizar el debido proceso y, concretamente, el derecho de defensa del procesado es la contenida en el artículo 29 de la Carta, que le permite al sindicado la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento (Corte Constitucional, Sent. C-025, 2009). Cuando el sindicado está presente en el proceso penal, el derecho de defensa comprende la actividad concurrente de ambos sujetos procesales -el procesado y su defensor-, quienes gozan de amplias facultades para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva, solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen, presentar alegaciones, interponer recursos, etc. (Corte Constitucional, Sentencia C-488, 1996).

Adicionalmente, ha señalado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, que el ejercicio de tales atribuciones no es, sin embargo, plenamente coincidente para ambos sujetos, pues en relación con algunas actuaciones, como la indagatoria, la confesión o la terminación anticipada del proceso, sólo el procesado puede ejercer en forma directa su derecho, aunque asistido por su defensor; en otras oportunidades prevalecen los criterios del defensor sobre los del procesado, esto sucede cuando existen peticiones contradictorias entre ambos sujetos procesales (art. 137 C.P.); y en relación con la sustentación del recurso de casación, la facultad del defensor es exclusiva (República de Colombia, Ley 1407, 2010 art. 345).

Situación que se matiza en cada una de las actuaciones que corresponden en el desarrollo de la actuación procesal penal militar, desde el desarrollo mismo de las audiencias premilitares que se realizan ante el juez penal militar y policial con función de control de garantías, donde se destacan audiencias como legalización de la captura (art. 455), formulación de imputación (art. 444), solicitud de medida de aseguramiento (art. 464) y la audiencia de formulación de acusación (art 479).

Hasta el desarrollo de la Corte Marcial (art. 507), pasando por la audiencia preparatoria (art. 497) y por supuesto, la audiencia preliminar al juicio de corte marcial (art. 483A) en cuya realización interviene el juez como director de la audiencia, la fiscalía como ente acusador, el ministerio público la víctima y el defensor y su apoderado. Audiencia que está orientada desde la perspectiva de la defensa a elevar las solicitudes de impedimentos, recusaciones, impugnación de competencia, medidas de protección, descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, solicitando su admisibilidad o exclusión.

Bajo esa premisa, la defensa en ejercicio de las potestades otorgadas por el legislador puede en desarrollo de la audiencia preliminar al juicio de corte marcial plantear la presencia de un impedimento y en consecuencia recusar al juez de la causa, a efectos de garantizar la independencia e imparcialidad del funcionario judicial, entendidas estas como:

(...) independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, [...] a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales”. Sobre la imparcialidad, ha señalado que esta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-496, 2016).

Asimismo, puede impugnar la competencia cuando considere que el juez del asunto no le corresponde (por factor territorial o de conexidad o por que la conducta no tiene relación con el servicio), adelantar la corte marcial (Birgin, 2011), en estos eventos el Tribunal Superior Militar debe resolver tal petición en efecto suspensivo (art. 484), asignando la causa al competente o enviando según el caso el proceso a la justicia ordinaria directamente o al Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria a efectos de verificar el contenido y alcance de lo que constituye juez natural, aspecto que resalta los contenidos del fuero militar y que implica en palabras de la corte que este:

(...) es concebido como una prerrogativa, en virtud de la cual los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo no son investigados y juzgados por los fiscales y jueces a los cuales están sometidos la generalidad de los ciudadanos, sino por jueces y tribunales militares, con arreglo al Código y leyes penales militares, en aquellos eventos en los que incurrir en conductas punibles al ejecutar o desarrollar sus funciones legales y constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia C-084, 2016).

Partiendo de lo anterior, del contenido y alcance preliminar de la audiencia incluida en la ley castrense, no se advierte ninguna afectación para el ejercicio de la defensa técnica y material ya citado, en cada uno de los incidentes procesales que están previstos en la Ley para esta audiencia tiene plena participación el defensor o el acusado según el caso, es decir, no se vulnera el derecho a la defensa, por el contrario, se advierte una participación activa.

2.2. Exposición de motivos de la Ley 1765 de 2015

El para la fecha Ministro de la Defensa (Juan Carlos Pinzón Bueno), presenta el proyecto de ley orientado a implementar el sistema penal oral con tendencia acusatoria en la justicia penal militar y policial, todo ello con el fin de dar alcance a lo que quedara pendiente en la Ley 1407 de 2010, esto es, en cuanto a la creación de cargos, la asignación de competencias propias del nuevo sistema adjetivo y la materialización del esputo constitucional plasmado en el acto legislativo No 1 a través del cual se reforma el artículo 21 constitucional cuando en su inciso final señala: “La Justicia Penal Militar o Policial será independiente del mando de la Fuerza Pública”.

Aparte constitucional, a través del cual se pretende acallar algunas críticas provenientes de decisiones internacionales, en donde se ha indicado que la Justicia Penal Militar por su dependencia directa del Ministerio de Defensa no puede cumplir con los estándares de justicia, y por ello, sus decisiones en cuanto a bienes jurídicos diversos a los contenidos en el Código Penal Militar deben ser cuestionadas, en palabras de la Corte Interamericana:

(...) en un Estado democrático de derecho, la intervención del fuero militar ha de ser restrictiva y excepcional de manera que se aplique únicamente en la protección de bienes jurídicos de carácter castrense que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas militares en el ejercicio de sus funciones (Corte IDH, 2012).

Desde esa perspectiva, en la exposición de motivos se integran algunos apartes cuyo contenido resulta importante compilar a efectos de entender la reforma normativa que llega a la realidad de la justicia penal militar a partir de la implementación del sistema penal oral acusatorio, inicialmente, se advierte el alcance de la construcción, ligada al Acto Legislativo No 3 de 2002, en donde se cambia la forma de administrar justicia en Colombia.

Lo anterior, implica desde el contenido de la exposición de motivos, la necesidad de armonizar las normas penales militares a los postilados vigentes desde la Constitución Política (Art. 250) y el alcance mismo de la evolución del derecho procesal penal a nivel nacional, postulados que debe incluir el legislador en ejercicio de su potestad de configuración, servidor a quien la misma Corte Constitucional le ha delegado la facultad de incluir en los textos normativos castrenses (Corte Constitucional. Sentencia C928, 2007), las garantías propias de un sistema adversarial incluido desde la Ley 1407 de 2010, dentro de las cuales está la construcción misma de las etapas preclusivas, una de ellas la audiencia intermedia cuya pertenencia y eficacia está siendo verificada en la presente argumentación.

Adicionalmente, se advierte en la exposición de motivos una reforma específica en punto de la competencia de los servidores judiciales llamados a administrar justicia, “a partir de los criterios objetivo y territorial y no del subjetivo y funcional” (República de Colombia, Gaceta del Congreso 710, 2013), desde esa perspectiva, se incluyen nuevas categorías de funcionarios que administraran justicia en la jurisdicción especializada, *verbi gracia*, el juez penal militar de control de garantías y el juez de conocimiento ante quien se desarrolla el inicio de la corte marcial (juicio oral), precisamente con la audiencia previa a la preparatoria.

En esa misma línea, en la exposición de motivos se advierte las razones para mantener la doble instancia en los procesos adelantados en la ritualidad de la Ley 1407 de 2010, bajo esa premisa se mantiene el Tribunal Superior Militar, quien se encargará del recurso de apelación que se desata en segunda instancia, interpelaciones que pueden surgir en las audiencias preliminares tales como la solicitud de media de aseguramiento, acusación, o frente a las causas de competencia del Juez Penal Militar de Conocimiento o de conocimiento especializado, el cual como lo establece la citada ley es el encargado de señalar fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial (República de Colombia. Ley 1407, 2010. Art. 483A).

En punto de la modificación aquí analizada, en la exposición de motivos, en relación con esta nueva audiencia establece:

Se adiciona así mismo un artículo 483 “A” a la Ley 1407 de 2010 para la celebración de una Audiencia Preliminar al Juicio de Corte Marcial y se modifica el artículo 486 en el sentido que una vez agotados los trámites de dicha audiencia, el juez de conocimiento debe fijar fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a treinta (30) siguientes a su señalamiento (República de Colombia, Gaceta del Congreso 710, 2013, pág. 31).

Lo cual incluye en la realidad jurídico penal como se ha podido señalar una nueva audiencia, la cual nace desde la premisa de la exposición de motivos como una forma intermedia de intervención del juez de conocimiento, al cual le es enviado el procedimiento una vez se surte el respectivo trámite ante el juez penal militar con función de control de garantías, esta audiencia, tiene un contenido eminentemente administrativo, ya que se erige como una modificación del artículo 486 que aun continua vigente como se advierte en el articulado de la Ley 1407 de 2010, esta audiencia surge como una reiteración de lo que acontece en la audiencia de formulación de acusación, incluso preparatoria de acuerdo a la lectura de la exposición de motivos y que se hizo visible en la redacción del artículo 483A cuya utilidad en el nuevo sistema penal acusatorio se deprecia.

Desarrolla algunos aspectos que se ventilan en la audiencia de acusación y preparatoria, debate anticipado de pertinencia y conducencia de los medios de prueba, que es propio de la audiencia preparatoria, lo cual puede representar una vulneración a la igualdad de armas en punto al descubrimiento de la defensa, adicionalmente, se habla de impugnación de competencia, impedimentos o recusaciones incluso nulidades, aspectos ya están incluidos en la manifestación, interpelación y opciones que son propias de la audiencia de formulación de acusación y que para el procedimiento penal militar se deben realizar frente al Juez Penal Militar con funciones de control de garantías, lo cual afecta los principios generales que gobiernan cualquier procedimiento como lo son; el de eficacia y eficiencia a la hora de administrar justicia especializada al interior de los procesos desarrollados en la Justicia Penal Militar y Policial.

3. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR DE CORTE MARCIAL

A efecto de predecir las afectaciones que no solo para la defensa sino para los demás intervinientes en la actuación, a continuación se hará una verificación de las posibles implicaciones que trae para la realidad procesal la inclusión de esta audiencia, incluso su eliminación, primero bajo un enfoque de la eficaz y recta administración de justicia, verificando el concepto de plazo razonable y su desarrollo en el sistema acusatorio, una mirada desde el principio de eficiencia y celeridad que esta compilado en lo que en materia general se conoce como el derecho a un juicio justo.

Adicionalmente, desde la perspectiva de la pertinencia y utilidad de esta audiencia en el sistema penal militar y policial, a efectos de verificar si algunas de las actuaciones que están previstas en ella son innecesarias porque se podría dar duplicidad con otras etapas procesales, o

sencillamente porque esta se torna innecesaria de cara a la realidad judicial nacional, que muestra una justicia ordinaria totalmente colapsada (Ámbito Jurídico, 2016), situación que se espera no se repita en un sistema procesal como el castrense que debe aprender de las experiencias vivenciales de los jueces y fiscales en las audiencias orales.

3.1. Audiencia de formulación de acusación y preparatoria una mirada a la Ley 906 de 2004

Resulta importante señalar que la construcción de la Ley 1407 de 2004, se observó la misma ritualidad, audiencias, y contenidos de la Ley 906 de 2004, esta premisa fáctica se mantuvo en el contenido y desarrollo de la audiencia de formulación de acusación y audiencia preparatoria, todo ello hasta la sanción de la Ley 1765 de 2015, en donde se modificó la ritualidad, se incluyó una audiencia adicional (preliminar a la preparatoria) y se reagruparon aspectos propios y relevantes de cada una de estas etapas preclusivas.

Desde esa perspectiva, en la Ley 906 de 2004, se incluyen algunos presupuestos con los cuáles hoy por hoy se administra justicia, en especial si se tiene presente lo que se entiende por acusación, que en palabras de la Corte Suprema es:

El acto de formulación de acusación, en estricto sentido, es el paso subsiguiente, previo y necesario para dar inicio al juzgamiento del imputado en un debate oral, público, contradictorio, concentrado y con inmediación de las pruebas que sustentan, de una parte, los hechos jurídicamente relevantes cuya ejecución (por acción u omisión) la Fiscalía atribuye al sujeto activo de la acción penal, y por otra, cuando sea del caso, aquéllas en las que encuentra respaldo la oposición o réplica del procesado a los hechos atribuidos en los que se predica su responsabilidad (Corte Suprema de Justicia, Casación 34022, 2011).

Su estructura y contenido están ligados a los presupuestos normativos cuyo alcance desde la configuración de la Ley 1407 de 2010, trae los mismos requisitos establecidos en los artículos 339 y siguientes de la Ley 906 de 2004, los cuales han sido decantados ampliamente por la jurisprudencia de la sala penal, de ellos resulta factible identificar que, en esta audiencia, el saneamiento del proceso, aclaración, adición y corrección al escrito de acusación, formulación de acusación, el descubrimiento probatorio por parte del fiscal, medidas de protección a la víctima entre otros aspectos, constituyen el eje central del argumento (Corte Suprema de Justicia, Casación 52311, 2018).

Esa misma redacción y contenido, llegó al proceso penal militar en el artículo 482, mismo que fuera reformado con la Ley 1765 de 2015 (Art. 106), en la nueva codificación se mantienen muchos de los institutos de la Ley 906 de 2004 y del artículo original de la Ley 1407, por ejemplo, el traslado del escrito de acusación, las causales de nulidad si las hubiere y las observaciones sobre el escrito de acusación, dejando para otra audiencia, la audiencia cuya utilidad se analiza temas de descubrimiento probatorio.

Además de lo anterior, se deja por fuera de la audiencia de acusación el reconcomiendo de la víctima, el cual aparece en otra audiencia de conformidad con lo señalado en el artículo 483, cuya redacción es la siguiente:

Art. 483. En esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 294 de este Código, se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya. De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral.

Esto advierte al aparición de una nueva audiencia, porque en el artículo 482 se establece que el Juez de Garantías enviará todo lo actuado al juez de conocimiento, esto significa que se elimina un paso de la audiencia de acusación presente en la ley ordinaria (Ley 906 de 2004) y se obliga a otra audiencia lo cual puede afectar el plazo razonable, no se entiende porque no se permite ese reconcomiendo por parte del juez de garantías, se extiende dicha posibilidad al juez de conocimiento, lo cual contribuye a congestionar la actuación y demorar las resultas que ahora solo se complican con la inclusión ventilada de la Ley 1765 de 2015.

En esta nueva audiencia (la preliminar a preparatoria), se ventilan temas que como sucede en la ordinaria debieron ser objeto de análisis y debate en la audiencia de acusación como sucede en la ordinaria, más aún, si lo que se pretendía por parte del Legislador era un control material de la acusación, los demás temas que inescindiblemente están ligados a este análisis también deberían estar presentes, a efectos de evitar contaminación o intromisiones arbitrarias por parte del juez en asuntos que le atañen a la fiscalía desde su rol funcional.

En especial, porque en esa audiencia se resuelven solicitudes que están directamente relacionadas con las nulidades que ya fueron objeto de debate en la audiencia de acusación, eso se torna repetitivo e inocuo, un desgaste que afecta la celeridad esta vez por una inclusión excesiva en la ritualidad carente de sustento lógico, lo cual se complica aún más, cuando se verifica el artículo 487 que no fuera modificado y que en su redacción está diseñado para la audiencia inicial, en este artículo se ordena el inicio del descubrimiento en la audiencia de acusación, lo cual pasa nuevamente en la audiencia preliminar de la preparatoria, otra redundancia injustificada que exacerba el procedimiento y complica la función de las partes e intervinientes.

En la Ley 906 de 2004, ese descubrimiento le corresponde a la fiscalía y a la víctima en la respectiva audiencia de acusación, ello permite además que la defensa desde ese momento tenga los elementos de prueba de su adversario, para desarrollar su teoría defensiva partiendo de la contradicción (Corte Suprema de Justicia, Casación 44599, 2017), al revisar la nueva redacción incluida en el artículo 483A, se advierte que en esa audiencia es el lugar donde se debe efectuar el descubrimiento probatorio, la norma señala de manera taxativa “descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión” (República de Colombia. Ley 1407, 2010).

Nótese que en ningún momento señala a quien le corresponde ese descubrimiento, lo cual daría lugar a que las partes deberían hacer el descubrimiento, desligando ese papel inicial que desde

la Ley 906 de 2004, y que luego fuera desarrollado por la redacción inicial de la Ley 1407 de 2010 le correspondía a la fiscalía, ello de cara al ejercicio de la defensa, porque la fiscalía hasta ese momento tuvo la oportunidad de recaudar todos los elementos de prueba para demostrar su tesis, no así la defensa que solo cuenta desde ese momento con 45 días (Ley 906 de 2004, Art. 175 inciso 3, concordante con el artículo 338 de la ley 1407 de 2010).

Adicionalmente, en esta misma audiencia (Art. 483A), se invaden temas propios de la audiencia preparatoria, al revisar lo señalado en el artículo 355 y siguientes de la Ley 906 de 2004, la oportunidad procesal para las solicitudes probatorias y el debate en torno a su pertinencia, conducencia y utilidad, es precisamente la audiencia preparatoria (Casación 46153, 2015), esa misma redacción quedó señalada en el artículo 499 de la ley 1407 de 2010, en donde se expresa de manera taxativa: “el juez penal militar dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión” (República de Colombia. Ley 1407, 2010).

Al revisar la redacción del artículo 483A, se señala “descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión” (República de Colombia. Ley 1765, 2015), coloca dentro de la audiencia este tema que es propio de la audiencia preparatoria, partiendo de esa premisa, a las partes les corresponde entonces efectuar en dos momentos respectivos todo el tema del descubrimiento probatorio y las solicitudes en punto de pertinencia, conducencia y utilidad, lo cual contraría el artículo 310 de la Ley 1407 de 2010 que obliga a la celeridad de las actuaciones.

Es evidente que, en la actualidad, existen en la justicia ordinaria audiencias preparatorias que fácilmente pueden durar cuatro años por la complejidad misma de la técnica de cara al debate adversarial (Corte Suprema de Justicia, Casación 1821, 2017), lo cual, si se acompasa con la nueva realidad legislativa incluida en la Ley 1765 de 2015 genera por lo menos preocupación, ya que en el contenido y redacción de la norma, existen etapas preclusivas que se repiten, temas propios de acusación que fácilmente podrían ser ventilados ante el juez de control de garantías y hoy se deben repetir en punto a la nueva audiencia, o porque no decirlo de la audiencia preparatoria, desarrollados ante el Juez de Conocimiento que por estricta observancia de la normas adjetivas, deberán cumplir y acatar, aunque sin lugar a dudas se tornen repetitivos.

3.2. Audiencia preliminar de corte marcial frente al derecho a un plazo razonable

La postura que se pretende sustentar, está dirigida a señalar que la inclusión de esta audiencia genera mora en la actividad judicial y con ello la afectación al derecho a un plazo razonable, en ese contexto, la normativa nacional e internacional coinciden en afirmar que toda persona tiene derecho a que se le juzgue dentro de un plazo y un límite temporal previamente establecido, estos plazos se tornan más exigüos en la medida que la persona se encuentre privada de la libertad, por cuanto cada día que pase sin el goce de este derecho, más se afecta la presunción de inocencia, toda vez que van desapareciendo las razones por las cuales se interpuso la restricción,

y la privación deja de ser una medida provisional ajustada a un fin constitucional para convertirse en una pena (Rubio, 2007).

Situación que se reafirma cuando la persona se encuentra privada de la libertad, partiendo de la premisa según la cual entre más tiempo se prolongue una medida privativa de la libertad antes de la sentencia, más se asemeja a una pena y con ello la restricción se hace injusta (Ospina, 2015), en ese sentido, el artículo 5.3 del “*Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales*”, aprobado en Roma en 1950 por el Concejo de Europa, afirma:

“Toda persona detenida preventivamente...tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad (...).” (Negrilla fuera de texto).

Esa misma rigurosidad en su tratamiento ha sido resaltada por Quispe (2010), quien, respecto del derecho a un plazo razonable, manifestó:

Se trata de un derecho que se hace más exigible o delicado en el ámbito penal por cuanto está relacionado con el derecho a la libertad y la presunción de inocencia. Toda persona acusada de una infracción penal, tenga la condición de detenido o no, exige a la autoridad que su causa sea resuelta dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas (Quispe, 2010, pág. 392).

Principio recogido desde el siglo XVII, así lo justificaba y explicaba “Cesare Beccaria” en su obra “de los delitos y las penas” al señalar:

Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere al delito cometido. Digo más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crecen con el vigor de la imaginación y con el principio de la propia flaqueza; más justa porque siendo una especie de pena la privación de la libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga. La cárcel es solo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto sea declarado reo; y esa custodia, siendo por naturaleza penosa, debe durar el menor tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda (Beccaria, 1750, pág. 50).

Situación que Solórzano (2005) reafirma como un postulado esencial ligado al debido proceso y a las garantías inherentes al ser humanos, en su obra al señalar:

Es evidente que el juicio oral garantiza una mayor eficacia y le da celeridad al proceso penal en la medida que permite un desarrollo más ágil; esto además le da fortaleza y equilibrio al proceso, ya que conduce a que el proceso termine en un periodo razonable, lo que además le da credibilidad a la administración de justicia frente a la sociedad que ve que los procesos terminan ágilmente, evitando además que sectores inconformes acudan a mecanismos extralegales para hacerse justicia por su propia mano (Solórzano, 2005, pág. 39).

Celeridad pretendida que podría verse afectada, al incluir una audiencia en el sistema acusatorio militar, una excesiva ritualidad procesal puede ser interpretada como una conducta irregular de las autoridades judiciales propiciada por el legislador, que añade un paso más al proceso

de por si complejo, aspecto que afecta el procesado especialmente si este se encuentra privado de la libertad, por cuanto no tiene porque sortear cargas adicionales, en especial, frente a vistas públicas que se repiten en su contenido como ya se pudo advertir.

Esta inclusión desde lo formal, podría ir en contravía de los postulados previstos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su jurisprudencia ha desarrollado los elementos para verificar si el proceso se vulneró el plazo razonable, en ese sentido; a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (CIDH, 2009), podrían ser elementos a valorar a efectos de señalar que una audiencia adicional puede configurar mora y limitar el derecho que le asiste a las partes a un juicio justo.

En ese contexto, el artículo 29 Constitucional; en uno de sus apartes consagra el derecho a que durante la investigación y el juzgamiento; el proceso se desarrolle sin dilaciones injustificadas (Ardila, 2009), si bien es cierto aquella dilación esta justificada en la ley, su desarrollo y alcance podría tornarse injusto si se empiezan a dar los plazos entre audiencia y audiencia que hoy caracterizan la justicia ordinaria (Quiroz, 2016), donde por agenda y evidente congestión los plazos se prolongan de manera irracional.

Mora que además de debido proceso, vulnera los postulados del artículo 228 Constitucional, norma superior que trae implícita una sanción para quien afecte los términos procesales, en este caso propiciados por la libertad de configuración legislativa según la cual:

(...) el legislador dentro de su órbita de libertad de configuración y atendiendo razones de política criminal y, sin introducir distinciones arbitrarias e irrazonables, puede estimar que existen unos bienes jurídicos de mayor relevancia que otros así la punibilidad sea menor, atendiendo la naturaleza misma de la institución que se está regulando y la especialidad de los delitos militares (Corte Constitucional Sentencia C702, 2002).

Para el caso concreto, estimó la inclusión de una audiencia adicional a la realidad jurídica militar, con el fin de cumplir pasos y procesos que en el sistema ordinario están previstos en otras audiencias, incluso, modificando la misma ley militar que para ese momento aún no se había implementado, sin realizar ningún estudio desde la perspectiva de la política criminal, característica que gobierna la forma en la cual se construyen las normas penales y procesales en Colombia (Comisión asesora de política criminal, 2012).

Reflexión que surge del estudio de la política criminal elaborado por la Comisión Asesora de Política Criminal, según la cual:

En la mayor parte de los casos, ni el Gobierno ni el Congreso, al adoptar las decisiones de política criminal, han evaluado previamente o han hecho un seguimiento ulterior sobre los impactos de las medidas tomadas, ya sea i) a nivel normativo sobre la coherencia del sistema penal, o ya sea a nivel empírico sobre ii) la carga de trabajo de los operadores de justicia, o

iii) sobre el sistema carcelario y penitenciario, o iv) sobre la evolución misma de los fenómenos criminales (Comisión asesora de política criminal, 2012).

Situación que se hace evidente en la inclusión de la audiencia preliminar, cuyos impactos se esperan en la implementación del sistema penal militar, por cuanto al hacer una revisión de la exposición de motivos y de los debates suscitados en el Congreso con ocasión del trámite legislativo que surtió la Ley 1765, desde que fuera presentada por el Ministerio de Defensa hasta su promulgación y sanción en el año 2015, no se advierte ningún comentario, explicación, debate o mención de las razones por las cuales se incluyó esta nueva audiencia en la realidad judicial especial.

Aspecto que ha sido señalado incluso por la Corte Constitucional al decretar el estado de cosas constitucionales en torno al sistema penitenciario, al respecto la corporación manifestó que “la política criminal colombiana necesita con urgencia crear y fortalecer los precarios sistemas de información sobre la criminalidad y sus dinámicas, para poder presentar propuestas que retroalimenten las diversas respuestas institucionales a los fenómenos criminales (Corte Constitucional, Sentencia T-762, 2015).

Lo anterior si se suma a la tendencia al endurecimiento punitivo como una característica de la política criminal colombiana, que afecta sustancialmente los tiempos previstos para adelantar una actuación acusatoria y vulnera de manera sistémica el derecho a un juicio justo, en tendido este como el derecho a que en cada proceso penal que se celebra se debe poner a prueba el compromiso del Estado con la justicia y el respeto por los derechos humanos. Independientemente del delito cometido, cuando a una persona se la somete a un juicio injusto, no se imparte justicia ni al acusado, ni a la víctima, ni a la sociedad (Amnistía Internacional, 2016).

Fortalece el argumento pretendido, en el sentido que la inclusión de la audiencia preliminar se vulnera le plazo razonable, lo anterior si se tiene en cuenta que las dilaciones no se pueden justificar bajo ningún criterio por circunstancias atribuibles al Estado:

Ello por dos motivos. Primero, porque las personas no tienen por qué soportar la ineficacia e ineficiencia del Estado. Segundo, porque se viola el principio de igualdad material, según el cual, como ya la ha establecido esta Corporación, las situaciones iguales se tratan de manera idéntica y las situaciones diferentes se tratan de manera desigual (Corte Constitucional, Sentencia C-893, 2012).

Para el caso concreto, si en la justicia ordinaria que cuenta para desarrollar su procedimiento con menos audiencias y en la actualidad esta congestionada (Quiroz, 2016), que podría esperarse del sistema penal acusatorio militar, en el que el legislador incluyó una audiencia adicional que da inicio al juicio de corte marcial y cuyo alcance y contenido podría fácilmente desarrollarse como se preveía en la Ley 1407 en su redacción inicial; esto es, cuando sale del Congreso en el año 2010.

La sociedad espera de la justicia probidad y celeridad, esa exigencia se fortalece cuando se trata de la Justicia Penal Militar, jurisdicción que ha sido cuestionada de manera reiterada por su carencia de independencia e imparcialidad, esa celeridad debe imperar si se quiere retomar la

credibilidad y garantía de un juicio justo, al cual tiene derechos aquellos que se someten al imperio de la ley y a la dignidad de la justicia.

3.3. Pertinencia y utilidad de la audiencia preliminar de corte marcial

Pertinencia, “es la oportunidad, adecuación y conveniencia de una cosa. Es algo que viene a propósito, que es relevante, apropiado o congruente con aquello que se espera” (RAE, 2019), para el caso concreto, es la conveniencia y relevancia de incluir en el sistema penal acusatorio militar la audiencia preliminar de corte marcial (art. 483A), de cara a la administración de justicia y a los postulados de un juicio justo.

A su turno, se entiende por utilidad la “capacidad que tiene una cosa de servir o de ser aprovechada para un fin determinado” (RAE, 2019), en el caso, el aprovechamiento de la audiencia preliminar de corte marcial, en relación con los fines del proceso penal militar, en el entendido que el proceso penal se promueve para atender las demandas sociales de justicia y de negación de la impunidad planteadas por el delito, pero también para sostener la presunción de inocencia que ampara a quienes han sido ajenos a la comisión de conductas punibles (Burbano, 2011, pág. 112).

Partiendo de estas dos definiciones ajustadas al caso concreto, lo procedente es resaltar nuevamente cual es la finalidad de la audiencia preliminar, con el fin de destacar o desvirtuar su pertinencia y utilidad, para tal fin, el ejercicio de comparación de lo que existía en la Ley militar antes de la reforma (que es exactamente lo mismo que se reglamenta en la Ley 906 de 2004), será el criterio de verificación de los conceptos ya expuestos.

En ese sentido, en el artículo 483A quedo contemplado dentro de la ley penal militar de la siguiente manera:

Artículo 483A. audiencia preliminar al juicio de corte marcial. Recibida la actuación, el Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar al juicio de Corte Marcial, dentro de la cual resolverá las solicitudes de impedimentos, recusaciones, impugnación de competencia, medidas de protección, descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión y fijará fecha y hora para la audiencia preparatoria. A partir de este momento se entenderá iniciada la etapa de juicio (República de Colombia, Ley 1407, 2010).

En dicha codificación se establece que en esta audiencia el juez de conocimiento deberá resolver las solicitudes sobre impedimentos y recusaciones, actuación que se entiende fue incluida a raíz de que la audiencia de formulación de acusación ya no se realiza ante el juez de conocimiento, en este caso, la presencia del impedimento o causal de recusación se hace visible desde que el juez de conocimiento asume la competencia del asunto, esto es precisamente en la audiencia preliminar.

Para el caso, esta actuación que recibe el juez de conocimiento claramente podría ser ventilada en la misma audiencia preparatoria donde se va a efectuar el debate respectivo, argumento que cobra sentido si se tiene en cuenta que el tramite sobre lo pretendido por las partes,

debe ser resuelto por el superior jerárquico para el caso concreto el Tribunal Superior Militar, quien deberá resolver de plano lo pertinente dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de lo actuado en el efecto suspensivo.

Esta suspensión del proceso, cuya regla esta señala que *“Desde cuando se presente la recusación o se manifieste el impedimento del funcionario de la Justicia Penal Militar hasta que se resuelva definitivamente se suspenderá la actuación”* (República de Colombia, Ley 1407, 2010, art. 237), implica una demora adicional al proceso que podría minimizarse si se propone de una vez en la audiencia preparatoria, lo contrario significa que se debe esperar a que se resuelva el impedimento y ahí si programar la audiencia siguiente. Lo anterior, constituye un paso innecesario que podría ser minimizado en la preparatoria, donde en materia penal militar inicia el juicio de corte marcial.

Esta misma premisa, podría extenderse en lo atiente a la impugnación de competencia; en donde se debe analizar si el juez del asunto es el que la ley dispuso para adelantar el tramite según factores territoriales y legales fijados por la misma ley; por ejemplo, la clase de delito a investigar que hace una marcada la diferencia entre un juez de conocimiento y conocimiento especializado.

Otro aspecto que se desarrollará en la audiencia preliminar, está relacionado con las medidas de protección, en materia penal militar esta actuación quedo regulada de la siguiente manera:

Artículo 485. medidas de protección. Una vez formulada la acusación el juez podrá, a solicitud de la Fiscalía Penal Militar, cuando se considere necesario para la protección integral de las víctimas o testigos, ordenar:

1. Que se fije como domicilio para los efectos de las citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía, quien las hará llegar reservadamente al destinatario.
2. Que se adopten las medidas necesarias tendientes a ofrecer eficaz protección a víctimas y testigos para conjurar posibles reacciones contra ellos o su familia, originadas en el cumplimiento de su deber testifical.

Artículo del cual se infiere que el Fiscal Penal Militar puede solicitar la protección de los testigos o víctimas del delito, actuación que en la ley ordinaria se realiza una vez formulada la acusación (República de Colombia, Ley 906, 2004 art. 342), mismo razonamiento que fuera contemplado en la Ley 1407 de 2010 cuando fue promulgada antes de la modificación del 2015.

Bajo dicho criterio normativo, no se entiende porque esa misma posibilidad no se le delegó al Juez de Control de Garantías Militar y Policial, quien asume la acusación y el respectivo control material (Ley 1407, 2010 art. 481), no existe ninguna razón jurídica, para que aquel conoce de la acusación como sucede en la justicia ordinaria independientemente que se trate de un juez de garantías o de conocimiento sea el mismo que ordene las medida de protección, esperar para tales efectos una nueva audiencia, podría incluso poner en peligro la integridad de las víctimas y testigos eje central del sistema de enjuiciamiento criminal colombiano (Corte Constitucional, Sentencia C-473, 2016).

Finalmente, frente a lo que señala el artículo 483A en relación con el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión, la norma militar contempla que dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba (República de Colombia, Ley 1407, 2010 art. 487), norma concordante con lo señalado en el artículo 480; que señala el contenido del escrito de acusación donde le corresponde al fiscal hacer el descubrimiento de las pruebas (numeral 5).

El descubriendo en ese contexto se entiende como: “uno de los pilares del sistema penal acusatorio” (Corte Suprema de Justicia, Casación Penal 44925, 2015), derivado, entre otros, del principio de igualdad de armas. También es expresión de otros principios como los de lealtad, defensa, contradicción, objetividad, legalidad y garantiza que ninguno de los intervinientes sea sorprendido por los elementos de prueba que va a pedir su oponente para el juicio oral. Apunta a que fiscalía y defensa conozcan oportunamente cuáles son los elementos de prueba sobre los cuales su contraparte fundará su teoría del caso y, de ese modo, cada uno asuma la estrategia connatural a su rol (Corte Suprema de Justicia, Casación Penal 44925, 2015).

Pilar que puede ser develado ante el juez de control de garantías en la audiencia de acusación, escenario histórico donde la misma ley militar establece dicha posibilidad, pese a las reformas de 2015 aun, en el artículo 487 de la Ley 1407 de 2010 se establece que es en la acusación donde se debe efectuar el descubrimiento, no se entiende entonces porque en la audiencia preliminar prevista en el artículo 483A nuevamente se establece dicha posibilidad.

Aquello, esta vez propiciado por el legislador, va en contravía del deber de respetar los principios de celeridad y eficacia en los procesos judiciales, en especial si se tiene en cuenta lo que se tiene sentado por la jurisprudencia del Consejo de la Judicatura donde se establece que actuar deliberadamente para entorpecer el normal desarrollo de una actuación judicial constituye falta disciplinaria, ya que se incumple abierta y conscientemente con el deber que tiene todo abogado de evitar el desgaste innecesario del aparato judicial y procurar dar cumplimiento a los principios de celeridad y eficacia (Burbano, 2011).

Principios (celeridad y eficacia) que se ven limitados por la duplicidad de actuaciones que se deberían desarrollar en la misma audiencia y ahora son ventiladas en dos o más diligencias orales. Ejemplo de ello, es lo atiente a la admisión y exclusión de los elementos materiales de prueba, cuya petición como se infiere quedó señalada para la audiencia preliminar, desconocimiento que la misma ley procesal establece que esta petición se puede hacer por las partes en la audiencia preparatoria.

En tal sentido, el artículo 501 establece que “las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez penal militar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba”.

Petición que se realiza en el desarrollo de la audiencia preparatoria, esta situación avizora una contradicción para quien ejercite esta posibilidad procesal, en la medida que deberá hacer dicha solicitud en la audiencia preliminar y nuevamente en la preparatoria, cuando se conozca entre otros aspectos los elementos de prueba que la defensa pretende incluir para el debate de corte marcial.

Duplicidad de momentos que tornan por un lado innecesaria la audiencia preliminar cuyo estudio ha ocupado estas líneas y afecta de manera significativa el plazo razonable, en especial porque esta modificación implica que el juez se debe ocupar en dos momentos diferentes de un mismo tema, el cual históricamente se ha desarrollado tanto en la justicia ordinaria como en la ley miliar cuando salió en el año 2010, estaba limitado a la audiencia preparatoria al juicio de corte marcial.

Esta nueva realidad, que llega desde la reforma legislativa incluida en la Ley 1765 de 2015 y sus resultas, solo podrán ser verificadas en punto a su eficacia y eficiencia, una vez comience el sistema penal acusatorio a funcionar en la Justicia Penal Militar, lo cual, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1575 de 2017 debería ser en el año 2020. Aplicación que se convierte en un desafío de cara a la celeridad en punto de comparación con la justicia ordinaria, debe marcar una diferencia de cara al país, mostrando que esa reforma legislativa y la inclusión de la audiencia preliminar a la preparatoria, constituye una garantía a un juicio justo, esperando que no se cumplan las preocupaciones aquí ventiladas, donde como se pudo advertir por la redacción misma de los artículos citados, se torna repetitiva y violatoria al derecho a la defensa de cara a la igualdad de armas.

CONCLUSIONES

La Justicia Penal Militar y policial, es una jurisdicción tan antigua como lo es la justicia ordinaria, su existencia se remonta a la fundación misma del Estado, y desde su creación siempre ha sido gobernada por el principio de especialidad, que permite la protección de bienes jurídicos; que, como la disciplina y el servicio, son indispensables para la existencia de la institución jerarquizada, manteniendo a la fuerza pública cohesionada y subordinada al poder civil.

Desde esa perspectiva, se han creado normas penales y procesales, a través de las cuales el Estado ejerce el *ius puniedi*, ritualidad propia de la justicia especializada que permite llevar una noticia criminal desde su inicio hasta su finalización en una sentencia, ritualidad adjetiva que se fue modificada con la Ley 1407 de 2010 y la Ley 1765 de 2015, incluyendo etapas procesales extrañas para la tradición judicial colombiana.

Con estas normas se pretende implementar en la justicia penal militar el sistema penal oral con tendencia acusatoria, una nueva forma de entender el proceso penal que se caracteriza por la oralidad, publicidad a través de audiencias, copia idéntica (salvo las modificaciones de la ley 165 de 2015) de la Ley 906 de 2004 norma con la cual se administra justicia en la jurisdicción ordinaria, cuenta con tres etapas: indagación, investigación y juicio y desaparece el juez de instrucción penal militar y el fiscal militar cambia de función, además aparecen otros funcionarios que en la actualidad

no existen en la justicia penal militar, tales como juez de control de garantías, juez de ejecución de penas.

Una de esas modificaciones, está prevista en el artículo 483A de la Ley 1407 de 2010, norma en virtud de la cual se crea la audiencia preliminar a la corte marcial, audiencia adicional que llega al proceso penal por implementar de manera innecesaria, por cuanto su ritualidad contiene aspectos que fácilmente se pueden ventilar en otras audiencias o incluso, están ya previstos, lo cual genera duplicidad y desgaste innecesario para la administración de justicia, fenómeno propiciado por el legislador.

Uno de los ejemplos más evidentes es lo que acontece en la audiencia de formulación de acusación, en este caso en la justicia penal militar no queda claro cuando se hace el descubrimiento por parte de la fiscalía, ya que el escenario natural debería ser la audiencia de acusación, si a esto le sumamos la verificación de impedimentos, nulidades, factores de competencia y el reconocimiento de víctima claramente se advierte una duplicidad en las actuaciones ya que se bien es cierto se modificaron algunos aspectos, otros quedaron tan cual como salió la norma en el 2010, lo cual es contradictorio porque esas normas posteriores están diseñados para una audiencia que está liderada por el juez de conocimiento con las mismas implicaciones.

Esta misma consideración se aplica para momentos relevantes del debate adversarial, me refiero a lo que ocurre en la audiencia preparatoria, en esta audiencia en la Ley 906 de 2004 se ventila el debate de solicitud probatoria y lo atiente a la conducencia, pertinencia y utilidad, esa misma premisa quedo en la Ley 1407 de 2010 y no fue modificada por la Ley 1407 de 2010, el problema surge en la audiencia del artículo 483A, donde se establece que en esta audiencia el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, su admisibilidad o exclusión, temas que son tratados nuevamente en el escenario natural que es precisamente la audiencia preparatoria en las dos normas, ordinaria y penal militar.

Asimismo, genera violación al derecho a un plazo razonable ya que incluye etapas procesales adicionales, lo que demora aún más el juicio de corte marcial y afecta la celeridad y eficacia que debe caracterizar el proceso penal militar si se quiere que funcione sin impunidad, aspecto que se potencializa cuando la persona se encuentra privada de la libertad y ahora, por cuenta del legislador debe optar una carga adicional, derivada de la inclusión de una nueva audiencia a todas luces, innecesaria.

La exclusión del ordenamiento jurídico penal militar y policial de esta audiencia preliminar, no generaría ninguna clase de traumatismo, por el contrario, daría mayor celeridad al procedimiento, lo que permite que este se ajuste cada vez más a los estándares internacionales creados para un juicio justo.

BIBLIOGRAFÍA

- Ámbito Jurídico. (2011). sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar se implementará gradualmente, a partir del 2012. *Ambito juridico.com*.
- Ámbito Jurídico. (2016). Las preocupaciones de la justicia ordinaria sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. *Ambito juridico.com*.
- Amnistía Internacional. (2016). *Manual de juicios justos*. Bélgica: Administia Internacional org.
- Ardila, M. (2009). La prohibición de dilaciones injustificadas en la jurisprudencia constitucional. *Revista derecho del Estado*, 68-88.
- Beccaria, C. (1750). *De los delitos y las penas*. Bogotá D.C.: Skla.
- Birgin, H. (2011). *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*. Bogota D.C.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Bolivar, M. (2004). *Fundamentos del derecho penal militar*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Burbano, J. (2011). *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad*. Bogota D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Camelo, J. (2006). *Proceso de Evolución de las Cortes marciales*. Bogota: Dike.
- Casación Penal 48759 (Corte Suprema de Justicia 25 de enero de 2017).
- Centro de Memoria Histórica. (2013). Guerra y Justicia en la Sociedad Colombiana. Bogota: Imprenta Nacional. Obtenido de http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap3_196-257.pdf
- CIDH, Caso Masacre de las dos Erres Vs Guatemala (Corte Interamericana de los derecho humanos 24 de Noviembre de 2009).
- Comisión asesora de política criminal. (2012). *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá D.C.: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Corte Constitucional Sentencia C084 (Corte Constitucional 24 de febrero de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-084-16.htm>

Corte Constitucional Sentencia C702 (Corte Constitucional 3 de septiembre de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C928 (Corte Constitucional 7 de noviembre de 2007).
Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-928-07.htm>

Corte IDH, Caso Nadege Drozema v. República Dominicana (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Octubre de 2012). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Casación Penal 34370 (Corte Suprema de Justicia 13 de Diciembre de 2010).

Dulce, C. (2018). *EL fuero militar en Colombia: pasado, presente, futuro*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas DIKE.

Ferrer, J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. *Revus*, 107-126.

Gómez, R. (1969). *La vida heroica del general Córdoba*. Bogotá: Nuevo siglo.

Gutierrez, N. (2019). Bogotá D.C.

Hernández, R., Fernandez, C., & Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. Mexico: The McGraw-Hill Companies.

Hinestroza, F. (2012). *Derecho Procesal Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Libre.

Londoño, H. (1990). El indicio grave de responsabilidad. *Nuevo Foro Penal*.

Luquin, E. (2014). *Repensando el ius puniendi*. Madrid: Universidad de Salamanca.

Marcial, R. (2007). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Bogotá D.C.: PUCP, Fondo Editorial.

Mejía, M. (2017). El derecho internacional de los derechos humanos, un nuevo concepto. *Justicia*, 38-63.

Montul, L. (1966). *Antecedentes Históricos de la Deserción*. Marid: Doctrina Romana.

Ospina, G. (2015). *La inconstitucionalidad de la detención preventiva*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.

Quiñónez, M. (2014). *Análisis comparativo Ley 1407 de 2010 - Ley 906 de 2004*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

- Quiroz, A. (2016). *Diagnóstico de la situación de la justicia ordinaria*. Bogotá D.C.: Editorial Ibañez.
- Quispe, F. (2010). *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia: Tirant Loblanch.
- RAE. (17 de noviembre de 2019). *Real Academia de la Lengua Española*. Obtenido de <https://www.rae.es/>
- República de Colombia, Gaceta del Congreso 710. (11 de noviembre de 2013). *PROYECTO DE LEY NÚMERO 85 DE 2013*. Bogotá D.C.
- República de Colombia. Ley 1407. (2010). *Código penal militar y policial*. Bogota. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1407_2010_pr011.html#483
- República de Colombia. Ley 1765. (2015). Bogotá D.C. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1765_2015.html
- Restrepo, D. (2010). Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano. *Revista Nuevo Foro Penal*, 131-193.
- Riveros, J. (2008). Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la ley 906 de 2004. *Vniversitas*, 173-200.
- Rodríguez, F. (1984). *Estado de derecho y jurisdicción penal militar*. Madrid: Compoarte.
- Romaniello, C. (2012). *Teoría general del proceso*. Roma: Youcanprintself.
- Rubio, M. (2007). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Bogota D.C.: PUCP, Fondo Editorial.
- Sabogal, M. (2016). *Sistema penal militar acusatorio y fuero penal militar: (acto legislativo 01 de 2015, Ley 1765 de 2015, marco jurídico para la paz)*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Sentencia C-025 (Corte Constitucional 27 de enero de 2009). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm>
- Sentencia C084 (Corte Constitucional 24 de febrero de 2016). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-084-16.htm>

Sentencia C205 (Corte Constitucional 27 de abril de 2016). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-205-16.htm>

Sentencia C358 (Corte Constitucional 5 de Agosto de 1997). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>

Sentencia C373 (Corte Constitucional 12 de mayo de 2011). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-373-11.htm>

Sentencia C488 (Corte Constitucional 26 de septiembre de 1996). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-488-96.htm>

Sentencia C-496 (Corte Constitucional 14 de septiembre de 2016). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-496-16.htm>

Sentencia C591 (Corte Constituconal 9 de junio de 2005). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>

Sentencia C592 (Corte Constitucional 9 de Diciembre de 1993). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-592-93.htm>

Sentencia C873 (Corte Constitucional 30 de septiembre de 2003).

Sentencia C874 (Corte Constitucional 30 de septiembre de 2003). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-874-03.htm>

Sentencia C879 (Corte Constitucional 22 de noviembre de 2011).

Sentencia C893 (Corte Constitucional 31 de Octubre de 2012). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-893-12.htm>

Sentencia T1137 (Corte Constitucional 11 de Noviembre de 2004). Obtenido de
<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1137-04.htm>

Sentencia T275 (Corte Constitucional 15 de junio de 1994). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-275-94.htm>

Sentencia T-762 (Corte Constitucional 16 de Diciembre de 2015). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

Sentencia, C473 (Corte Constitucional 31 de agosto de 2016). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-473-16.htm>

- Sirvent, C. (1996). *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Mexico: Oxford University Press Harla.
- Solorzano, C. (2005). *Sistema acusatorio y técnicas de juicio oral*. Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.
- Torres, J. (2017). La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Revista de Derecho*, núm. 47.
- Tribunal Penal Militar, 156613 (Tribunal Superior Militar 2011).
- Vacas, L. (2018). *Estudio Sistemático de la jurisprudencia militar*. Madrid: Reus.
- Valencia, A. (1993). *Historia de las fuerzas militares de Colombia*. Bogotá D.C.: Planeta.
- Valencia, A. (2001). Vision Histórica de la Justicia Penal Militar. *Revista de la Justicia Penal Militar*, 4.
- Valencia, A. (2002). Fuero Militar y Justicia Penal Militar, Una tradición historia de la jurisprudencia colombiana. *Credencial Historica* 45, 108 - 109.
- Valencia, Á. (2002). Historia de la Justicia Penal Militar. *Credencial*. Obtenido de <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/agosto2002/fuero.htm>
- Zabaleta, Y. (2017). La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano. *CES Derecho*, 172-190.