



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, 12 de junio de 2018

Señores
CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
Ciudad

El suscrito:

ANTONIO JOSÉ MUÑOZ DELGADO, con C.C. No. 15.265.571 autor de la tesis y/o trabajo de grado titulado RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR Y SU COHERENCIA CON EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, presentado y aprobado en el año 2018 como requisito para optar al título de MIGISTER EN DERECHO PÚBLICO.

Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

Estudiante: ANTONIO JOSÉ MUÑOZ DELGADO

Vigilada Mineducación



TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR Y SU COHERENCIA CON EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
MUÑOZ DELGADO	ANTONIO JOSÉ

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
OLANO GARCÍA	HERNAN ALEJANDRO

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
GÓMEZ GARCÍA	CARLOS FERNANDO

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO

CIUDAD: NEIVA **AÑO DE PRESENTACIÓN:** 2018 **NÚMERO DE PÁGINAS:** 173

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general Grabados___ Láminas___
Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones___ Tablas o Cuadros



DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	2 de 3
---------------	---------------------	----------------	----------	-----------------	-------------	---------------	---------------

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento:

MATERIAL ANEXO: TABLAS Y FIGURAS

PREMIO O DISTINCIÓN (*En caso de ser LAUREADAS o Meritoria*): MERITORIA

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>	<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
1 RÉGIMEN	REGIME	6 COHERENCIA	COHERENCE
2 LIBERTAD	FREEDOM	7 INTERAMERICANO	INTERAMERICAN
3 JURISDICCIÓN	JURISDICTION	8 DERECHOS HUMANOS	HUMAN RIGHTS
4. CONVENCIONALIDAD	CONVENTIONALITY	9 FUERO	FUERO
5. PENAL MILITAR	MILITARY CRIMINAL	10 ACTUALIZACIÓN	UPGRADE

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

Es necesario hacer una aproximación a la evolución y adaptación en diferentes contextos históricos del fuero penal militar, en especial con su origen castrense y religioso, donde la disputa en ese entonces consistía en quien aplicaba este derecho destinado a los diferentes regimientos militares, tanto en tiempos de paz como en campaña.

Al preguntar ¿Las medidas cautelares de detención, conminación y caución impuestas dentro del trámite procesal a miembros activos de la fuerza pública, cumplen con los criterios establecidos en el Código Penal Militar y si estas guardan coherencia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

Para responder es necesario abordar el tema desde el ordenamiento jurídico interno y transversalmente a través del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el cumplimiento de instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 7, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 9, con el desarrollo jurisprudencial que existe al respecto de la Corte Interamericana y altos tribunales nacionales.

Identificados los criterios indispensables para la imposición de una medida restrictiva de la libertad en la Jurisdicción Especial Penal Militar, es procedente cuestionarse: ¿Los criterios establecidos en la normatividad penal militar, guardan armonía con los fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Superior Penal Militar? La respuesta es que la coherencia se logra en la medida que exista materialmente autonomía e independencia judicial en la jurisdicción especial penal militar y policial.



ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

It is necessary to make an approximation to the evolution and adaptation in different historical contexts of the military criminal jurisdiction, especially with its military and religious origin, where the dispute at that time consisted of who applied this right destined to the different military regiments, both in times of peace as in campaign.

When asking: The precautionary measures of detention, injunction and bail imposed during the procedural process to active members of the public force, meet the criteria established in the Military Penal Code and if these are consistent with the Inter-American Human Rights System?

In order to respond, it is necessary to address the issue from the domestic legal system and transversally through the Inter-American Human Rights System, with compliance with international instruments such as the American Convention on Human Rights, in its art. 7, and International Covenant on Civil and Political Rights art. 9, with the jurisprudential development that exists in this respect of the Inter-American Court and high national courts.

Identified the indispensable criteria for the imposition of a restrictive measure of freedom in the Special Military Criminal Jurisdiction, it is appropriate to question: The criteria established in the military criminal regulations, keep harmony with those established by the jurisprudence of the Constitutional Court, Supreme Court of Justice, Inter-American Court of Human Rights and Military Criminal Superior Court? The answer is that coherence is achieved to the extent that there is material autonomy and judicial independence in the special military and police criminal jurisdiction.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado: ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

Firma:

Nombre Jurado: ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

Firma:

**RÉGIMEN DE LA LIBERTAD Y SU RESTRICCIÓN EN LA JURISDICCIÓN
PENAL MILITAR Y SU COHERENCIA CON EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

ANTONIO JOSÉ MUÑOZ DELGADO

Autor

Prof. Dr. **HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA**
Director trabajo de grado

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
NEIVA – HUILA
2018**

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer ante todo a mi familia que con su apoyo y colaboración, han hecho posible el desarrollo del presente trabajo de investigación, igualmente a las instituciones: Maestría en Derecho Público de la Universidad Surcolombiana y a la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

También agradecer al Profesor Dr. Hernán Alejandro Olano García por su apoyo, acompañamiento y asesorías permanentes para la elaboración del presente trabajo de grado, a la Doctora Berledis Banquez Herazo Relatora del Tribunal Penal Militar, quien me colaboró suministrando los estratos jurisprudenciales.

TABLA DE CONTENIDO

	Páginas
INTRODUCCIÓN	7
<u>CAPÍTULO PRIMERO.</u>	
ANÁLISIS DE LA MEDIDA RESTRICTIVA A LA LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN CASTRENSE Y POLICIAL DE ACUERDO A LOS CRITERIOS IDENTIFICADOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	17
1. El derecho penal Militar	17
1.1 El fuero penal Militar y su evolución	19
2. La restricción a la libertad en el proceso penal militar	23
3. La detención preventiva como medida de aseguramiento	31
4 Exigibilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	34
4.1. Criterios en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	42
<u>CAPÍTULO SEGUNDO.</u>	
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y NORMATIVOS PRESENTES EN LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR NECESARIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD	54
1 Criterios normativos	54
2 Criterios presentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	61
3 Criterios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	73
4 Criterios presentes en la jurisprudencia del Tribunal Superior Militar	79

CAPÍTULO TERCERO.

LA COLATERALIDAD JURÍDICA PROVENIENTE DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS PENALES MILITARES EN COLOMBIA PARA AÑOS 1979, 1985 Y 2003	87
1. Consecuencias jurídicas provenientes de la privación de la libertad	87
2 “Operación Ballena Azul” las armas del Cantón Norte 1979	94
2.2 La sentencia de la justicia penal militar	95
2.3 La situación jurídica de los investigados	97
3 La retoma del Palacio de Justicia 6 noviembre de 1985	97
3.1 La sentencia	99
3.2 Situación jurídica del procesado	100
4 Caso de la Guaca de las FARC EP en Caquetá para el año 2003	101
4.1 La sentencia de la justicia penal militar	102

CAPÍTULO CUARTO.

LAS DECISIONES DE LOS JUECES DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR AL MOMENTO DE RESOLVER LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PROCESADO.

106

1 Determinación del universo y selección de la muestra	106
1.1 Universo_	106
1.2 Muestra	113
2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	118
2.1 Análisis documental	118
3. Exposición casos revocados por el Tribunal Superior Penal Militar	127
CONCLUSIONES	139
BIBLIOGRAFÍA	148
ANEXOS	157

LISTA DE FIGURAS

Páginas

Figura 1. Sentencias juzgados de Instrucción Penal Militar- muestra	119
Figura 2. Sentencias juzgados de Instrucción Penal Militar	121
Figura 3. Consolidado de resultados	122
Figura 4. Análisis autos confirmados	125
Figura 5. Análisis autos revocados	126

LISTA DE TABLAS

Páginas

Tabla 1. Procedencia medida de aseguramiento en la Ley 1407 de 2010	33
Tabla 2. Procedencia medida cautelar según CIDH	49
Tabla 3. Procedencia medida de aseguramiento en la Ley 522 de 1999	56
Tabla 4. Procedencia detención preventiva en la Ley 1407 de 2010	59
Tabla 5. Procedencia medida cautelar según Corte Constitucional	71
Tabla 6. Procedencia medida según la Corte Suprema de Justicia	78
Tabla 7. Universo y selección de la muestra	107
Tabla 8. Muestreo por estratos	115
Tabla 9. Sentencias del Tribunal Superior Militar	123
Tabla 10 Ficha de análisis de sentencias	167

INTRODUCCIÓN

En Colombia por mandato constitucional se estableció en los artículos 116, 152, 221 y 250, que la Justicia Penal Militar es un equivalente jurisdiccional, que no pertenece a la rama judicial, que administra justicia a través de sus jueces y fiscales, al igual que sus decisiones son verdaderas sentencias que tienen como órgano de cierre el máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación penal.

Esta investigación cuenta con un análisis documental de tipo descriptivo, cualitativo y hermenéutico, en donde se identifican los criterios normativos y jurisprudenciales necesarios para imponer una medida restrictiva de la libertad en la Jurisdicción especial Penal Militar y su coherencia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al igual que la incidencia de la Ley 1407 de 2010 y la Ley 1765 de 2015, en las decisiones de los jueces de Instrucción Penal Militar al resolver la situación jurídica del investigado.

Vale preguntarse ¿Las medidas cautelares de detención, conminación y caución impuestas dentro del trámite procesal a miembros activos de la fuerza pública, cumplen con los criterios establecidos en el Código Penal Militar y si estas guardan coherencia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

Para responder a la anterior pregunta, es necesario abordar el tema desde el marco jurídico de la Justicia Penal Militar en el ordenamiento jurídico interno y desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través del cumplimiento de instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, en su art. 7, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 9, en adelante PIDCP, con

el desarrollo jurisprudencial que existe al respecto de la Corte Interamericana y altos tribunales nacionales.

Por medio del análisis micro-comparativo, se eligieron 16 decisiones de la CIDH, 13 que corresponden a los casos donde el Estado colombiano ha sido declarada su responsabilidad contenciosa por de graves violación a la CADH, y 3 de otros países como el caso Almonacid Arellano Vs Chile, párrafo 194 donde se fija una herramienta para poder aplicar la jurisprudencia de la Corte en la normatividad de los estados, el caso Gelman Vs. Uruguay en los cuales se concluyó por parte de la CIDH en manifestar la “obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados” y finalmente el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, donde se señala la responsabilidad que recae en la judicatura a la hora de dar aplicación de las decisiones de la CIDH, que al interior del Sistema Interamericano dan el derrotero a seguir para lograr la armonía que debe existir entre el ordenamiento interno y los sentencias de los jueces, en especial a la jurisdicción castrense y policial, para determinar la coherencia jurisdiccional, propiciando de esta manera conocimiento jurídico que sirva de apoyo al juez instructor al resolver los casos en donde se afecte o no el derecho fundamental a la libertad de un militar o de un policía, dentro de un tratamiento punitivo especial.

Colocado de presente que con la entrada en vigencia de las normas rectoras y principios de la Ley 1407 de 2010, su aplicación en la indagación, investigación, acusación y juzgamiento de los delitos militares como en los delitos comunes, el análisis fáctico y jurídico que debe hacer el operador judicial, tanto de primera como de segunda instancia implica mayor rigurosidad, debido a que el nuevo sistema procesal en su esencia imbrica

condiciones más garantistas para los procesados, en lo que respecta al proceso y al procedimiento, mediante trámites sustanciales y procesales más expeditos semejantes a los establecidos en la Ley 906 de 2004.

Para el efecto, el capítulo primero hace una aproximación a la evolución y adaptación en diferentes contextos históricos del fuero penal militar, en especial con su origen castrense¹ y religioso donde la disputa en ese entonces consistía en quien aplicaba este derecho destinado a los diferentes regimientos militares, tanto en tiempos de paz como en campaña, destacando que aún hoy la guerra sigue siendo la manera unilateral y hostil de los países más fuertes someter a los más débiles, pero lo más complejo se presenta en el momento que la fuerza pública choca para contrarrestar cualquier forma de oposición y protesta social que atenten contra la tranquilidad, seguridad y moralidad pública de los colombianos.

Se hace alusión al fuero penal militar, en el sentido que previo y posterior a la independencia de Colombia, se utilizaba para protección de las nuevas clases elitistas originadas tras la confrontación a los ejércitos españoles, el cual se adquiría a través del parentesco, más no por el cargo o función, como se conoce y se encuentra regulado al día de hoy en la legislación interna del Estado colombiano.

El concepto de fuero no puede entenderse como sinónimo de impunidad en un Estado Social de Derecho, en donde existen instituciones públicas fuertes, conformadas por funcionarios elegidos democráticamente por el pueblo, es allí donde tiene su nicho el fuero penal militar, es un tratamiento diferencial a ciertos funcionarios públicos que por su labor constitucional y

¹ La definición de castrense tiene su origen en el latín castrum que significa campamento, donde el plural castra orum, se definía como "campamento fortificado del ejército" con el paso del tiempo el significado del plural se convirtió en singular, de donde se derivó el término militar castrense para todo lo que tuviera relación con el ejército.

legal se pueden ver sometidos a investigaciones que requieren conocimientos y experiencias especiales por parte de un Juez natural, que hace parte o perteneció la fuerza pública, con el fin de decidir sobre un derecho tan importante como la libertad.

En el capítulo segundo previo a la identificación de los criterios indispensables para la imposición de una medida restrictiva de la libertad en la Jurisdicción Especial Penal Militar, se desarrolla a través de la pregunta: ¿Los criterios establecidos en la normatividad penal militar, guardan armonía con los fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Superior Penal Militar? Para responder a este cuestionamiento es fundamental hacer un análisis teórico comparativo entre los diferentes pronunciamientos sobre el tema en particular.

Es preciso manifestar que cuando concurren los presupuestos del artículo 522 de la Ley 522 de 1999 para imponer en contra del indiciado medida de aseguramiento, conforme a los numerales del artículo 529 y numeral siguientes del artículo 439 del Código Penal Militar, así como el artículo 466 de la misma normatividad, donde se contemplan los requisitos para imponer medida de aseguramiento, el Juez Penal Militar procederá a imponer medida cautelar de conminación, caución y/o detención preventiva, según corresponda.

No obstante, concurriendo los requisitos formales y sustanciales el Juez Penal Militar, debe consultar los fines de la medida como la proporcionalidad, la razonabilidad y la necesidad, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas, victimarios y la sociedad en general, contribuyendo a la materialización de intereses universales predicables en todas las actuaciones judiciales.

Veamos como la Ley 522 de 1999 establece cuatro criterios generales, el primero cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años, procederá la medida de aseguramiento frente a todos aquellos delitos penales militares cuya pena mínima sea o exceda de dos años.

El segundo criterio, hace alusión a los delitos contra el servicio, la disciplina y el honor militar, donde procederá la medida de aseguramiento frente a todos aquellos delitos que atenten contra el servicio, la disciplina y el honor militar, donde el factor a tener en cuenta no es el mínimo o el máximo de la pena, sino la clasificación o categorización de delito, como lo sería en el punible que hipotéticamente afecte el servicio, la disciplina y el honor militar.

El tercer criterio corresponde a la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión, donde la medida de aseguramiento procedería para todos aquellos delitos dolosos por mandamiento expreso de la norma penal.

Por último, el cuarto criterio que corresponde a que injustificadamente el procesado se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria, impuestos como medidas de aseguramiento en lo estipulado en el artículo 529 del Código Penal Militar, que a mi modo de ver se entendería que la detención preventiva en su orden sería subsidiaria a la caución prendaria o juratoria.

Luego se abordará la Ley 1407 de 2010 Código Penal y de Procedimiento Penal Militar, donde se encuentra que los tres (03) criterios para la procedencia de detención preventiva están condicionados por el cumplimiento de uno de los tres (03) requisitos establecidos en el artículo

466 del mismo estatuto penal militar, siempre y cuando el Fiscal Penal Militar solicite la medida al Juez de Control de garantías, quien la concederá cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

Pero no basta con identificar los criterios en las normas penales Militares, es de allí donde nace la imperiosa necesidad de consultar a la Corte Constitucional con relación a la restricción a la libertad, donde ha recalcado la importancia del artículo 29 de la Constitución Política, debido proceso y presunción de inocencia, donde establece que las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad.

Para lo cual se fijan dos reglas a saber:

Los requisitos formales, es decir, la necesidad de su adopción mediante providencia o auto interlocutorio, la cual deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios en que sustentan la adopción de la medida.

Los requisitos sustanciales concurrentes en los indicios graves de responsabilidad sustentados en las pruebas legalmente producidas dentro del trámite procesal, la procedencia de la detención no se sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que además, para decretarla debe atenderse a los fines u objetivos que, de acuerdo con la Constitución, se hayan establecido para la misma.

El máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, con relación a la restricción a la libertad, se ha enmarcado en el debido proceso y en la presunción de inocencia. La procedencia de la detención no se sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que además, para decretarla debe atenderse para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena, siempre y cuando, además, su aplicación sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente al contenido de la Carta Constitucional.

Pero ¿qué ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la restricción a la libertad en los ordenamientos internos? Como lo veremos más adelante, de sus pronunciamientos se ha identificado el principio de *pacta sunt servanda*, el principio de convencionalidad, actualización normativa y acceso a la administración de justicia, donde la procedencia de la detención no se sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento interno de cada Estado impone, sino que además, para decretarla debe guardar armonía con la interpretación y alcance realizado de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de la CIDH a través de su jurisprudencia, el anterior planteamiento es bien interesante, al momento de someter las decisiones de la judicatura al control contencioso de la Corte.

Finalizando con una exposición de la jurisprudencia perteneciente al Tribunal Superior Militar, donde indica claramente cuáles son los criterios utilizados por el Tribunal, para proferir, confirmar o revocar una medida de aseguramiento de detención preventiva, donde este manifiesta que no basta con que se estructuren los indicios de responsabilidad e hipótesis objetivas, sino que es indispensable que concurra prueba demostrativa que se cumpla

alguno de los requisitos establecidos en el artículo 466 de la Ley 1407 de 2010, además que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Si hay prueba de responsabilidad y se presentan además los otros requisitos objetivos, pero no aparece prueba indicativa de que el imputado pueda quebrantar los fines de la detención, es improcedente la medida de aseguramiento, lo anterior debe ser matizado con un análisis transversal de lo establecido a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de allí radica la importancia de hacer una lectura minuciosa de las posturas adoptadas en las sentencias producidas por los diferentes tribunales.

Lo anterior hace la avanzada para introducirnos al capítulo tercero en donde se presenta la colateralidad jurídica proveniente de las decisiones judiciales en los procesos penales militares en Colombia para años 1979, 1985 y 2003. Hechos que marcaron la historia y la literatura judicial en la justicia penal militar, como lo fue la Operación Ballena Azul en el año de 1979 que consistió en el apoderamiento por parte del M-19 de un depósito de armas que se encontraban guardadas en el Cantón Norte de la ciudad de Bogotá.

El Operativo que fue realizado por los rebeldes del M-19 sin disparar una sola bala, sin sufrir una sola baja entre sus filas, situación que generó una crisis profunda en el gobierno de turno y en las fuerzas militares, al menospreciar la capacidad y los alcances que pudiera tener el M-19. Se ordenaron privaciones de libertad indiscriminadamente, hasta el punto de llevarse a cabo tratos inadecuados a los sindicatos por parte de la fuerza pública, con el fin de lograr la confesión y recuperación de las armas sustraídas del fuerte militar, desafortunadamente en este caso la justicia

penal militar quedó en deuda al no impulsar a prevención las investigaciones a funcionarios comprometidos en los presuntos abusos y violaciones a los Derechos Humanos.

Como si fuera poco a los seis años de haber ocurrido los hechos con el Cantón Norte, se presenta la Toma al Palacio de Justicia para el 6 de noviembre de 1985 por parte de integrantes del M-19, donde un comando armado ingresa al complejo judicial de manera violenta y proceden a asesinar y tomar rehenes, desplegándose una operación militar con tanques blindados que buscaba la retoma y recuperación del Palacio de Justicia.

Acción que culminó con un número indeterminado de desaparecidos y con más de 100 muertos, fue catalogado como el mayor holocausto en vigencia del Estado de Derecho de Colombia. Infortunadamente la justicia Penal Militar es materializada para que asumiera casos que por las conductas cometidas era más que obvio que escapaban al fuero penal militar, como en su momento se intentó con el proceso adelantado al Coronel retirado Luis Alfonso Plazas Vega.

Luego se presenta el caso de la guaca de las FARC en el Caquetá en el año 2003, donde un grupo de militares que desarrollaban operaciones para la ubicación de unos norteamericanos secuestrados, accidentalmente se encuentran con una caleta de dinero al parecer de propiedad de las FARC, quienes no informan a los superiores el hallazgo y por el contrario se apropian del dinero, siendo llevados a Corte Marcial donde fueron condenados por el delito de peculado.

No obstante, la misma Corte Suprema de Justicia en recurso de casación dejó entrever las irregularidades tanto sustanciales como procesales que se presentaron en el proceso penal, lo que dejaría muchas dudas en la

actuación desempeñada por la jurisdicción castrense y policial; sin embargo, el alto Tribunal confirmó en su gran mayoría la sentencia proferida en su momento por el Juzgado de conocimiento de instancia de Brigada.

Con la información que fue recopilada a través de gestiones administrativas realizadas ante la Relatoría del Tribunal Superior Penal Militar, con sede en la ciudad de Bogotá, se conformó la población de 59 autos que se exponen a lo largo- del capítulo cuarto de las diferentes decisiones tomadas por los jueces de instrucción al momento de resolver la situación jurídica al procesado y que llegaron en apelación al Tribunal, entre el periodo que comprende los años 2010 y 2015, donde se identifican una serie de criterios utilizados por los operadores judiciales de primera y segunda instancia al decidir si es procedente o improcedente imponer una medida restrictiva de la libertad, después de haber realizado no solo una valoración al acervo probatorio allegado a través de los medios de conocimiento al proceso, para el caso objeto de decisión judicial.

De los anteriores autos proferidos por los jueces de instrucción penal militar, al momento de resolver la situación jurídica del procesado y su posterior valoración por parte del Tribunal Superior Militar, se evidencia una línea de pensamiento sobre la necesidad o no de restringir la libertad del investigado aun concurriendo los requisitos sustanciales y procesales; sin embargo, a la luz de una interpretación garantista la medida como tal podría catalogarse como innecesaria, como se infiere del examen de los autos que versen sobre situaciones jurídicas concretas resueltas por los juzgados de Instrucción de la Justicia Penal Militar en un rango de 5 años, por cuanto es en este periodo que entran en vigencia la Ley 1407 de 2010 y la Ley 1765 de 2015, donde se observa cuál es la variación en la línea de pensamiento del Tribunal en las decisiones que versan sobre el derecho a la libertad.

Si bien es cierto, existen unos derroteros o reglas de juego que se establecen a través del ordenamiento jurídico interno, también lo es que la administración de justicia se presta a través de instituciones conformadas por hombres y mujeres que plasman en las decisiones jurisdiccionales la idiosincrasia de la sociedad en el momento histórico en que se vive; muestra de ello se evidencio en el estudio de todos y cada uno de los autos objeto de estudio de esta investigación, que fueron proferidos por los jueces de menor jerarquía de la justicia penal militar, donde algunos se separan sustancialmente de la línea de pensamiento del Tribunal Superior Militar

Tratar de entender las vicisitudes por las cuales pasa un funcionario judicial, al momento de resolver una situación jurídica, implica poner en marcha todo un universo normativo y jurisprudencial que traspasa las fronteras físicas del Estado, donde los requisitos formales y sustanciales señalados en el Código Penal Militar vigente para la ocurrencia de los hechos, no son suficientes, siendo indispensable recurrir a un análisis normativo integral para lograr una aproximación al valor justicia y no simplemente limitarse a imponer medidas cautelares u omitir hacerlo en un estéril ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Finalmente, se podrá identificar a lo largo del desarrollo de los cuatro capítulos, como el régimen de la libertad y su restricción en la justicia penal militar, se ha tomado como una herramienta disuasoria, ejemplarizante y necesaria para los integrantes de la fuerza pública, ya que de esta forma es posible el ejercicio del mando por parte de los superiores jerárquicos sobre la tropa, de tal manera que se pueda dar cumplimiento a los postulados constitucionales y legales.

CAPÍTULO PRIMERO. ANÁLISIS DE LA MEDIDA RESTRICTIVA A LA LIBERTAD EN LA JURISDICCIÓN CASTRENSE Y POLICIAL DE ACUERDO A LOS CRITERIOS IDENTIFICADOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. El derecho penal militar

En la actualidad los tratados y convenios internacionales exigen a los estados parte, aplicar el derecho doméstico de manera ordenada, lógica y coherente adecuando su legislación interna de tal manera que pueda asegurar el goce y el disfrute de los derechos fundamentales a sus administrados, asunto que tiene efectos en todos los ámbitos incluyendo la facultad jurisdiccional que ejerce la rama ejecutiva a través de la Justicia Penal Militar en materia de imposición de medidas restrictivas de la libertad, siempre y cuando se consulten los criterios matizados por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7° (en adelante la Convención ADH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 9° (en adelante PIDCP), y la Constitución artículos 28 y 32².

Colombia actualmente cuenta con la fuerza pública (Ejército, Fuerza Aérea, Armada y Policía Nacional) más numerosas del sur del continente americano, debido a factores de naturaleza histórica, social, económico y política, que han originado un fortalecimiento y crecimiento de la fuerza legítimamente constituida, surgiendo la necesidad de juzgar todas aquellas conductas punibles originadas como consecuencia del choque constante de los militares y los policías con grupos armados irregulares y la población civil. Es por ello que de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza

² La imposición de medida restrictiva de la libertad de los Militares y Policías sometidas a un proceso no debe ser regla general.

pública en servicio activo y en uso de buen retiro, y que tenga relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales penales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar vigente para la ocurrencia de los mismos.

No obstante, el enjuiciamiento de miembros de la fuerza pública en servicio activo y en uso de buen retiro por la justicia penal militar ha sido objeto de constantes cuestionamientos a nivel interno e internacional, como sucede en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en donde menciona que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que estaba en presencia de una ejecución extrajudicial, entendiendo que “por su naturaleza y estructura, la jurisdicción penal militar no satisface los estándares de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8(1) de la Convención Americana, y que resultan aplicables del todo al presente caso” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001). Igual conclusión llega algunos doctrinantes al decir que “la jurisdicción militar no constituía un fuero apropiado para investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos” (Ariza, 2013, p. 29), situación que deja entredicho la autonomía e independencia, que son predicables de la jurisdicción especial Penal Militar por cuanto al no cumplir con los estándares de autosuficiencia la consecuencia sería que todas las sentencias proferidas por sus jueces podrían ser cuestionables ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por falta de emancipación e imparcialidad.

Esta posición que cuestiona la libertad e independencia del órgano jurisdiccional produce inestabilidad e inseguridad jurídica de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia por los jueces penales militares, no obstante dichos cuestionamientos han venido siendo superados con el

artículo 2° y 3° de la Ley 1407 de 2010 Código Penal Militar³ al acercarse a una definición de delitos relacionados con el servicio y delitos no relacionados con el servicio, normatividad que desarrolla los artículos 116, 152, 221 y 250 de la Constitución Política de Colombia con relación a los delitos que no son de conocimiento de la Justicia Castrense y policial.

1.1 El fuero penal militar y su evolución

En contexto, un fuero puede ser y de lo hecho lo es, objeto de constantes reformas desde su creación o aparición, como lo explica Chaparro cuando se despojó a los uniformados de la transmisión de fuero por herencia junto con sus beneficios que tenía sus orígenes en la Colonia, siendo restringido por la Constitución de 1821 (Chaparro, 2010), puesto que respondía era a beneficios elitistas y de estatus de las familias para conservar el lugar privilegiado dentro del nuevo orden que empezaba a surgir en la estructura política de Colombia.

Al consultar la obra Novísimo Manual de Procedimientos Jurídico-Militares del autor López, concluye que el fuero de guerra, no es otro que el fuero militar, no se puede considerar como un privilegio, sino como una necesidad de la fuerza pública, toda vez que de esta manera se genera un ambiente propicio para que el Ejército cumpla con el deber que le fue encomendado (López, 1888), como lo reafirma Federico Madariaga en el Prólogo al libro el Nido y Torres, Código de Justicia Militar, quien argumenta con naturalidad que el fuero militar en la actualidad es inherente a la fuerza pública y a su naturaleza, por lo que se debe guardar un equilibrio de tal forma que no haga imposible la vida por fuera de la fuerza pública, para la materialización de los fines para los cuales existe el Ejército (Madariaga, 1910). Se puede afirmar

³ De la Ley 1407 de 2010 se aplica sólo el derecho sustancial el procesal no se ha implementado por factores presupuestales.

que estos autores tienen conclusiones similares al considerar que fuero y la jurisdicción penal militar son la atmósfera en la cual puede subsistir la milicia para el cumplimiento de fines previamente establecidos en la Constitución o en la ley.

¿Qué sería de los tribunales penales militares sin un fuero real?, Por lo tanto el autor propone como respuesta que cuando la función de estos está encaminada al juzgamiento de personas en razón de la materia sobre el cual se adelanta el juicio y no en razón a la persona que cobija el proceso, por la comisión de delitos contempladas en las leyes y reglamentos connaturales a la fuerza pública, juicios que cuentan con un ritualismo riguroso estipulado en la ley (Gonzáles, 1991), donde se puede ver que el fuero penal militar y los tribunales militares conforman una sola estructura orgánica, con fines previamente establecidos.

Por tanto, la corrección por parte del juez capaz de castigarlos, no dejará espacio alguno entre la falta y la sanción imposible de escapar (Rivacoba, 1969), puesto que la severidad en las decisiones del Juez, no darán lugar a la existencia de impunidad alguna por cuanto se trata de una administración de justicia especial y especializada, por la función que cumplen los militares y policías.

Es por ello, que las controversias de derecho penal son el resultado de la aplicación cotidiana de la vivencia (Moreau, 1880), en el entendido que dichas vivencias naturales de las cuales habla el autor, se darán con exclusión en la justicia penal militar, las cuales se les da el carácter de normalidad por el ambiente natural de la fuerza pública donde las mismas se presentan, sin olvidar que las decisiones tomadas por las Cortes Marciales tienen el mismo peso y obligatoriedad, cuando para el ciudadano del común las conductas son de poca monta, como la desobediencia o la cobardía,

razones que son más que suficiente para expresar la incompatibilidad entre los Tribunales ordinarios y las Cortes Marciales Militares (Díaz, 1988), es de allí de donde se predica que el juez natural de un militar y de un policía va más allá de su propia definición, debido a que este juez comparte una visión del mundo similar a la del que va a juzgar, y por ende la justicia estará en manos de un par, de una persona que hace parte de la tropa y que entiende con mayor facilidad las vicisitudes del soldado, del militar y del policía.

No obstante, la expresión de Ballbé (1983) “luchaban unos por limitar el fuero Militar, que juzgaban fuente de privilegios en ese entonces era normal que otros abogaran por el mantenimiento de unas excepciones que estimaban necesarias y sólo privilegiadas en la mente de sus detractores” (p. 201), el tema de fuero penal militar y de policía ha tenido detractores al considerar que este es una fuente de privilegios para determinadas personas, pero sin tener en cuenta que es necesaria para la existencia del Estado y así contribuir al aseguramiento de las garantías individuales y colectivas (Madariaga, 1910).

A lo largo de la historia de la justicia Penal Militar se identifican figuras jurídicas como el fuero, donde el operador judicial no era el juez ordinario, en el comienzo del cristianismo los cargos judiciales estaban proveídos por paganos y los juicios estaban influenciados por prácticas gentílicas. Los obispos y presbíteros eran los jueces de la gentilidad, pero cuando el Catolicismo llega a ser religión del Estado, pasó de ser un fuero a una verdadera jurisdicción (Hinojosa, 1857). Los fueros siempre han existido, unos más fuertes o importantes que otros, pero se han manifestado como la excepcionalidad a lo normal y ordinario, con el fin de proteger o darle relevancia a determinado grupo de personas que desempeñan funciones especiales que se salen del rol normal y cotidiano de la vida en sociedad.

No obstante, se concluye que el acceso de los militares a los administradores de justicia de la jurisdicción ordinaria, desencadenó en el restablecimiento de la jurisdicción castrense con renovación por periodos de siete años, dependiendo de la duración de los pontificados (Martínez, 1974), probablemente el tema de acceso a los administradores de justicia no fue nada más y menos que un motivo utilizado por los militares para restablecer la jurisdicción castrense en oposición a la ordinaria.

En dicha jurisdicción eclesiástica castrense, se describe como estaba integrada por el patriarca, el vicario general de los ejércitos, los tenientes vicarios subdelegados, los regimientos de tierra y marina, quienes conocían de causas civiles y criminales del fuero eclesiástico que se originaran en los sujetos que beneficiaban con el fuero militar (Vicente, 1853), se observa una estructura y organización interna de la jurisdicción eclesiástica castrense, que conocía de asuntos civiles y criminales de los individuos que sin duda debían ser militares o tener un vínculo con el régimen castrense.

El excelentísimo señor General Edgar Peña en sus estudios plantea un concepto suficiente de fuero penal militar:

No debe entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública por los delitos que cometen con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el otorgamiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia (Peña, 2012, p. 2)

En la Ley 1407 de 2010 en los artículos 1°, 2° y 3° se realiza una definición discreta del fuero penal militar diciendo que son los delitos

cometidos por los integrantes de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, donde delimita que estos delitos pueden ocurrir dentro o fuera del territorio nacional derivados directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos le ha asignado. Seguidamente realiza una lista enunciativa de los delitos que no tienen relación con el servicio como tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario, en los términos de los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que por su sola comisión rompan con el nexo funcional del gendarme con el servicio, son elementos fundamentales para poder decir que opera el fuero como tal.

La actualización normativa, se hace visible en la modificación incorporada por el artículo 3° del Acto Legislativo 2 de 2012, por medio del cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia, en especial el inciso 2°, el cuál quedo de la siguiente manera, artículo 3. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así: En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las Cortes Marciales o tribunales militares o policiales⁴.

2. La restricción a la libertad en el proceso penal militar

Frente a la libertad personal según Olano en su obra Aproximación al pensamiento de Nicolás Gómez Dávila sobre los derechos fundamentales, Revisión de su obra De Iure, citando a Gómez Dávila, donde la libertad

⁴ Acto Legislativo 2 de 2012

jurídicamente es una libertad desigual, la libertad jurídica sin dudarlo es acordar o terminar el convenio, pero la validez del convenio no puede sujetarse a la igualdad material de las libertades en colisión (Olano, 2010: Caps. I) a las personas no les importa ser libres, sino creer que lo son, lo que cercena la libertad no los preocupa, si no se lo cuentan⁵. Las personas no podrán ser privadas de la libertad, salvo por los motivos y procedimientos establecidos en la ley. Se pregona de la libertad como una regla general, la cual cuenta con excepciones las cuales deben no solo consultar la ley, sino también los convenios suscritos por el Estado parte.

El régimen de la libertad y su restricción en el procedimiento penal militar debe ser acorde a exigencias internacionales en materia de derechos humanos en virtud a los tratados y convenios suscritos por el Estado colombiano. ¿La imposición de una medida restrictiva de la libertad, sin que exista fallo condenatorio debidamente ejecutoriado, violaría derechos fundamentales como el derecho a la libertad y la presunción de inocencia? No obstante, existen criterios utilizados en la legislación interna que deben responder con coherencia a garantías internacionales fijadas en el bloque de constitucionalidad.

Es necesario precisar que los cambios normativos contemplados en la Ley 1407 de 2010, nuevo estatuto castrense, responden al robustecimiento de la jurisdicción militar en regiones como latinoamérica y de esta manera a necesidades domésticas con disposiciones constitucionales, legales y convencionales que complementan los derechos fundamentales como la libertad dentro de un contexto jurídico (Palomino, 2011).

Es primicia general establecer que todo individuo tiene derecho a la

⁵ Los seres humanos no son libres porque no quieren aceptar el engaño de lo que les han enseñado como verdades absolutas.

libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta⁶, donde toda regla general tiene sus excepciones, como lo sería la restricción a la libertad, siempre y cuando se le exija armonía y coherencia con los requisitos para imponer medidas que restrinjan la libertad por parte del operador judicial.

Es mediante un proceso respetuoso de la Constitución, la Ley y la convencionalidad, como se le puede garantizar los derechos fundamentales a una persona, sin importar distinción alguna como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, pero desafortunadamente es también mediante un proceso que se le pueden vulnerar los derechos a los sujetos procesales que en ellos intervienen.

De lo anterior se concluye que son las partes a través del operador judicial los llamados al constante monitoreo del proceso penal, en los cuales se disponga de la medida cautelar de restricción de derechos fundamentales como la “libertad” toda vez que es el mismo texto constitucional quien establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

Mientras en la Ley 522 de 1999 establece una ritualidad y reglas para la restricción de la libertad en los eventos de captura en flagrancia, captura facultativa, orden escrita de captura, captura para resolver la situación jurídica y la imposición de medida de aseguramiento, si hubiere lugar a ella, una vez se resuelve la situación jurídica con el lleno de los requisitos formales y sustanciales, para que proceda la detención preventiva contemplada en el artículo 529 del Código Penal Militar, previa valoración

⁶ El derecho a la libertad en una sociedad civilizada debe ser considerado como inviolable ni sujeto a transacción alguna, en detrimento de la misma garantía.

fáctica y jurídica realizada por el Juez de instrucción Penal Militar.

Se debe tener mucho cuidado debido a que dichos requisitos son taxativos, es decir, solo los que están contemplados por la ley, no obstante, de proceder los requisitos es menester sujetar la decisión al examen jurisprudencial, buscando ante todo la coherencia y la armonía con el principio de convencionalidad frente a la procedencia de tal medida restrictiva de la libertad, respetando de esta manera la libertad de configuración legislativa por el órgano competente.

Debe hacerse claridad que el artículo 529 del C.P.M., no ha sido derogado tácitamente por la Ley 1407 de 2010, por cuanto todavía se sigue aplicando los numerales contemplados por parte del operador judicial al momento de decidir sobre la procedencia de medida cautelar de detención preventiva, en los siguientes supuestos:

- a. Cuando se proceda por delitos que tengan prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años.
- b. Cuando se trate de delitos que atenten contra el servicio o la disciplina, cualquiera que sea la sanción privativa de la libertad.
- c. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.
- d. Cuando el procesado, injustificadamente, se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga, o del que resuelva el recurso de reposición, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.

La Corte Constitucional resolvió en demanda de inconstitucionalidad y planteó en su momento la exequibilidad del artículo 529 del C.P.M., al no ser

contrario al artículo 13 de la Carta Política:

Si el legislador desconoció el artículo 13 de la Constitución Política, al excluir el beneficio de la condena de ejecución condicional y de la libertad provisional, y no permitir la aplicación de la caución juratoria o prendaria como medida de aseguramiento y, por el contrario, consagrar la detención preventiva para los delitos contra la disciplina, el servicio, el honor, en bienes destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la fuerza pública y de inutilización voluntaria, dando un tratamiento diverso en relación con otros delitos tipificados en el Código Penal Militar en los cuales pueden incurrir los miembros de la Fuerza Pública con ocasión del servicio, como son el de devastación, saqueo y peculado, en los que sí sería viable el otorgamiento de los beneficios penales. (C.Const. C-709/2002, A. Beltrán).

La situación fue resuelta al decir que el legislador aplicó el principio de libertad de configuración legislativa en materia punitiva al excluir del beneficio de ejecución condicional de la sentencia de libertad provisional, al no tener en cuenta la consideración de otorgar al procesado o sindicado cualquier tipo de caución, fijando directamente la privación de la libertad para los injustos penales que atentaran contra la disciplina, el servicio, y en igual sentido todo lo que versara sobre el honor militar, aunque pareciere un tratamiento punitivo desigual, el mismo responde a la categoría misma que representa el bien jurídico de la seguridad, en cabeza de la fuerza pública.

En su momento se pretendió que las conductas punibles antes mencionadas fueran erradicadas con el fin de favorecer la finalidad y existencia de la misma fuerza pública integrada por Militares y Policías, entre los que se referencia la soberanía, la convivencia, asegurando de tal manera las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de todas las personas residentes en Colombia.

Donde la Corte no encuentra que las normas acusadas sean discriminatorias, ni violen los principios de proporcionalidad y racionalidad, ya que las normas se encuentran acordes a los fines esenciales del Estado, donde el tratamiento especial en la jurisdicción castrense y policial es el adecuado a la importancia misma que representa la fuerza pública para el mantenimiento de las condiciones necesarias que aseguren un ambiente propicio para el ejercicio de la democracia.

Ahora bien, en Sentencia C-928 de 2007, se analiza una demanda de inconstitucionalidad sobreviniente de carácter global contra la totalidad del libro III del Código Penal Militar, mediante el cual se regla el procedimiento penal militar, en donde la hipótesis que se planteó en su momento fue que esta normatividad no se ajusta a nuevos postulados del artículo 250 constitucional, a la luz del Acto Legislativo 3 de 2002 mediante el cual se fijó el sistema procesal con tendencia acusatoria en Colombia.

El nuevo artículo superior contempla un conjunto de nuevas garantías judiciales que deben ser aplicables a todos los procesos penales en Colombia, como lo es la existencia de un juez de control de garantías que garantice derechos fundamentales en las intervenciones de la Fiscalía en materia de restricción de la libertad, como contar con juicio oral, público, contradictorio y con la inmediatez de pruebas, donde la Corte resolvió que la voluntad del constituyente derivado no fue aquella de establecer un sistema acusatorio para todas las jurisdicciones y procesos penales existentes en Colombia de manera inmediata, puesto que es normal que se dé una implementación gradual de acuerdo a las necesidades propias de las jurisdicciones, donde en unas el juicio oral, público, contradictorio con inmediatez no serán perentorios para la administración de justicia, como ocurre en la jurisdicción especial penal militar.

Es menester indicar que el sistema procesal de juzgamiento utilizado por la Corte Suprema de Justicia para altos dignatarios del Estado, no impide que existan otros sistemas procesales como el aplicado por la justicia ordinaria y por la Jurisdicción especial Penal Militar, es por ello que los principios aplicables en cada una de ellas no pierde su esencia, sino que deben evitarse interpretaciones generalizadas que desdibujen su naturaleza y finalidad, declarando exequible la norma acusada.

En la Ley 1407 de 2010, se prevé en los artículos 464 a 467 los requisitos formales y sustanciales, para que proceda la detención preventiva, el juez penal militar de control de garantías, a petición del Fiscal Penal Militar⁷, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

De lo anterior se infiere la existencia una trascripción normativa de la Ley 906 de 2004 para ser aplicada en una jurisdicción especial, donde se advierte que la Ley 1407 de 2010 sólo está vigente a frente a su estructura sustancial ya que el procedimiento se encuentra postergado por factores logísticos y presupuestales, lo que ha exigido que el sistema continúe con el procedimiento escritural inquisitivo establecido en la Ley 522 de 1999, el cual aparte de ser suficiente es fiscalmente sostenible.

Se ha identificado que algunos operadores imponen las medidas cautelares (detención, conminación, caución) y otros se abstengan de hacerlo, en supuestos de hechos similares, es un claro reflejo de la

⁷ La Fiscalía fue elevada a rango Constitucional con el acto legislativo 02 de 2015 “Reforma de equilibrio de poderes” que se hará efectiva en julio de 2016

existencia de una dificultad por parte del operador judicial a la hora de resolver sobre la medida preventiva, ya sea por el desconocimiento de criterios o por la falta de armonía y coherencia normativa, infringiendo de esta manera el ordenamiento jurídico, viéndose inmerso en investigaciones penales y disciplinarias.

En sentencia con radicado 45632 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite formal del proceso se ordenó la captura del sindicado con fines de indagatoria, al no ser ubicado se dispuso el emplazamiento, para posteriormente ser declarado persona ausente, son herramientas jurídicas que tienen los jueces penales militares para cumplir con la rigurosidad del proceso, cuenta con una medida restrictiva de la libertad, que a la luz del de una lógica en el procedimiento tiene coherencia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el entendido que toda regla tiene su excepción, donde la medida fue necesaria una vez se agotan materialmente todos los medios disponibles por el operador para lograr la ubicación y comparecencia del sindicado al proceso.

Sin embargo, al tratarse de una medida que versa sobre el derecho a la libertad es necesario consultar la necesidad e idoneidad de la misma, por parte del Juez de Instrucción Penal Militar o del Fiscal según sea el caso. En sentencia C-022 de 1996 la Corte Constitucional colombiana al referirse en el fallo al principio de proporcionalidad, expreso que:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios

constitucionalmente más importantes. (C.Const. C-022/1996. C, Gaviria).

Lo cierto es que, el operador judicial cuenta con las medidas cautelares para los imputables como lo son: la conminación, la caución y la detención preventiva, establecidas en el Código Penal Militar Ley 522 de 1999, siendo menos lesivas de derechos fundamentales la conminación y la caución, con las cuales se puede satisfacer la comparecencia al proceso y el cumplimiento de la decisión judicial sin sacrificar el derecho a la libertad personal como bien jurídico tanpreciado o más importantes como se dijo en la mencionada Sentencia C-022 de 1996.

3. La detención preventiva como medida de aseguramiento

La ritualidad de la Ley 522 de 1999 dispone que el proceso se desarrolla en tres etapas instrucción, calificación y juzgamiento, la primera que corresponde a la investigación o practica de pruebas el Juez de Instrucción Penal Militar, realiza un desarrollo integral, investiga tanto lo favorable como lo desfavorable,⁸previamente recibida la diligencia de indagatoria, acompañado por un abogado de confianza o de oficio, el funcionario judicial debe resolverle la situación jurídica al imputado donde debe tomar una de las dos opciones, proferir medida de aseguramiento o abstenerse.

Si profiere la medida de aseguramiento debe consultar los requisitos del artículo 525 del Código Penal Militar, de no existir mérito para imponer la medida de aseguramiento el proceso debe continuar hasta la terminación de la etapa de instrucción previa recepción de la diligencia de Indagatoria, asistido de abogado defensor, o la declaración de persona ausente (Código Penal Militar, art. 519), debiendo el instructor penal militar tomar una de la dos decisiones, proferir medida de aseguramiento o abstenerse de hacerlo.

⁸ Art. 469 Código Penal Militar

Si opta por la medida de aseguramiento, se deben observar los requisitos del artículo 522 del Código Penal Militar.

Las medidas de aseguramiento para los imputables son: la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales serán aplicadas cuando contra el procesado resulte por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. Si no hay mérito para la medida de aseguramiento de todas maneras el proceso continuara hasta el cierre de la etapa de instrucción.

Teniendo en cuenta que la caución, la conminación y la detención preventiva no son contrarias al principio de presunción de inocencia, donde su correcta aplicación hace parte de la persecución punitiva del Estado a través de la Justicia Penal Militar, sin dejar de obviar que su aplicación indudablemente restringe derechos fundamentales consagrados en la Carta Política como la libertad; es por ello, que cuando las pruebas señalan la existencia de al menos un indicio grave de responsabilidad del procesado, la procedencia de la imposición de la medida debe responder a la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la misma.

Como se abordará y explicará en los capítulos siguientes, son numerosas las decisiones tomadas por el operador judicial sin hacer un análisis riguroso de las pruebas existentes, donde la sana crítica y las reglas de la experiencia no fueron aplicadas conforme a la lógica y coherencia del proceso, donde se privilegió una medida cautelar con relación al derecho fundamental a la libertad del procesado al momento de resolver la situación jurídica.

Se puede ver la detención preventiva como medida más gravosa frente a la caución y la conminación, procede en los términos establecidos en el artículo 529 de la Ley 522 de 1999, no obstante, las dos medidas antes

mencionadas, afectan el derecho a la libertad, por cuanto representan restricciones de índole individual, sin embargo guardan armonía con el derecho de presunción de inocencia.

Tabla 1:

Procedencia medida de aseguramiento en la Ley 1407 de 2010

No.	Criterios	Delito Ley 1407 de 2010
1	Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años	Artículo 103. Abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.
2	Cuando se trate de delitos contra el servicio, la disciplina y el honor.	Artículo 112. Delito del centinela. Incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.
3	Captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión.	Artículo 101. Amenazas. Incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años
4	Injustificadamente, se abstenga de caución.	Incumplimiento de caución prendaria o caución juratoria

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Frente al primer criterio cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años procederá la medida de aseguramiento de todos aquellos delitos penales militares cuya pena mínima sea o exceda de dos años, como el caso del artículo 103 abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones cuya pena oscila entre 2 a 5 años, delito que cumple con el primer y segundo criterio por tratarse de un delito contra el servicio.

Luego el segundo criterio cuando se trate de delitos contra el servicio, la disciplina y el honor militar, procederá la medida de aseguramiento frente a todos aquellos delitos que atente contra la misionalidad institucional, como el punible del artículo 112 delito del centinela, donde no importa la pena, sino la

categorización como punible del servicio.

El tercer criterio corresponde a la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión, donde la medida de aseguramiento procederá en delitos como el contemplado en el artículo 101 amenazas, que es doloso y al mismo tiempo está clasificado como delitos contra la disciplina que corresponde al criterio dos.

Por último, el cuarto criterio que corresponde a que injustificadamente el procesado se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria, impuestos como medidas de aseguramiento en los términos del artículo 529 del Código Penal Militar, que en términos académicos se entendería que la detención preventiva en su orden sería subsidiaria a la caución prendaria o juratoria.

4. Exigibilidad del Sistema Interamericano Derechos Humanos.

En América Latina la formación de los Estados nacionales tuvo su origen en un proceso de creación desde la independencia y que aún hoy continua, donde se adoptaron modelos de constituciones escritas como la francesa y la norteamericana, donde se hace una adaptación de las instituciones desde el derecho francés que imperaron durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX (Quinche, 2013), en igual sentido, Kaplan (1969) se refiere sobre "el Estado nacional que se construye a partir de la emancipación, refleja la nueva situación de satelización, la estructura socioeconómica y el clima cultural-ideológico en emergencia" (p. 199).

Frente a los países andinos,⁹ el derecho fue un fenómeno bastante complejo, puesto se hizo notoriamente visible en situaciones del diario vivir

⁹ La expresión "países andinos" se usa aquí en referencia a Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia

cuya solución se encontraba tan solo consultando el Código, y simplemente mirando el derecho doméstico de acuerdo con el principio de legalidad o supremacía de la ley, pero actualmente el derecho local ha sido superado por disposiciones del Derecho Internacional. En contexto, la naturaleza normativa del texto constitucional como norma jurídica de aplicación directa con preferencia a la ley, el principio de legalidad es desplazado por la supremacía de la Constitución, donde solamente serán aplicados las leyes y los enunciados legislativos cuando no contradigan la norma de normas.

Al respecto Ferrajoli (2003) identifica esta dinámica jurídica con el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, donde "La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa" (p. 19) por tanto, la ley será válida en la medida que no sea contraria a los principios constitucionales y así mismo dependerá su permanencia o no dentro del ordenamiento jurídico.

Durante los albores del siglo XX y XXI Colombia da muestras de una internacionalización del derecho, cuando el derecho interno empieza a ser matizado por normas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional mediante tratados suscritos y ratificados por Estado.

La noción de legalidad fue modificada nuevamente, al dar mayor fuerza vinculante a la aplicación del Derecho Internacional, bajo el postulado de la supremacía de la Convención, como se hace visible en la Constitución de 1991 en el artículo 93 al establecer que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Luego en el artículo 94 manifiesta que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Al contextualizar, existe una regla jurídica de subordinación del derecho interno al Derecho Internacional, constante en todos los tratados, donde los Estados parte quedan obligados en las convenciones a ajustar sus normas de derecho local, a las normas de Derecho Internacional, donde este tipo de cláusulas han cobrado eficacia bajo el supuesto de la complejidad del derecho y de las teorías que lo sustentan. El artículo 2 de la Convención ADH, establece el compromiso de los Estados parte adoptar las disposiciones de derecho interno conforme a los compromisos internacionales, que ha servido de fundamento para establecer la responsabilidad internacional de diferentes Estados (Quinche, 2013) de donde se puede considerar que el artículo 2 de la Convención representa una cláusula general de compromiso de todos los Estados incorporan instrumentos internacionales a sus ordenamientos jurídicos internos.

La jurisdicción penal militar es compleja, no obstante no ha podido escapar ileso a las tendencias constitucionalizadas del derecho, como lo son los Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos donde no se limitan a una lista cerrada, puesto que los mismos son enunciaciones de derechos que no implica la negación de otros que puedan existir por fuera de los ordenamientos de cada país y que son incorporados mediante convención de instrumentos internacionales, como lo hace saber el tratadista Zamudio (2009) al decir que “resulta imposible señalar, así sea de manera sucinta, los derechos fundamentales consagrados en las

Constituciones latinoamericanas, pero podemos afirmar que coinciden en su mayoría con el reconocimiento de los derechos esenciales de la persona humana” (p. 15) de esta manera se cumple en gran medida con una de las finalidades de la Constitución, que no es otra, que el reconocimiento de la condición humana dentro de un marco normativo garantista.

De donde se puede colegir que tanto el derecho sustancial como procesal de la jurisdicción Penal Militar debe responder a postulados internos e internacionales sobre la protección a los Derechos Humanos, en las decisiones que afecten o restrinjan derechos como la libertad mediante actos jurisdiccionales, toda vez que si no se cumplen con dichas garantías la consecuencia podría estar en demandas contenciosas por privación injusta de la libertad contemplada en instrumentos internacionales, como lo refiere el siguiente autor “en un inicio, la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, tuvo como soporte normativo la Convención ADH (Pacto de San José), la cual fue aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, entrando en vigor para el país el 18 de julio de 1997” (Aguilar, 2012, p. 31) lo anterior debe traducir en la existencia de una coherencia del derecho interno con el derecho supranacional, para el caso en concreto el régimen de la libertad y su restricción en la justicia penal militar deberá estar acorde a la Convención ADH y al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Es así que se puede comprender que no basta con la adopción por parte de los países latinoamericanos de diferentes instrumentos internacionales relacionados con derechos humanos influenciando considerablemente los ordenamientos jurídicos locales, sino se ha dado permanencia a los medios efectivos de tutela para hacerlos valer; esta posición se encuentra en la obra de Zamudio cuando expone que es insuficiente el desarrollo de instrumentos internacionales cuando no son eficaces para la tutela de derechos, quedando

todo relegado a la teoría de las buenas intenciones.

Es por ello que el ordenamiento jurídico interno realmente debe responder con coherencia a las exigencias internacionales en materia de Derechos Humanos, al momento de imponer medidas restrictivas de la libertad en enjuiciamientos castrenses, puesto de no hacerlo, sería una clara denegación de justicia, con las consecuencias internacionales antes mencionadas.

En el artículo 7 de la Convención ADH, se establece el derecho a la libertad personal, como un elemento inalienable a la condición humana, cuya limitación solo procede por las causas y condiciones contempladas por la Constitución y la ley, donde la detención o encarcelamientos deben responder a las exigencias necesarias establecidas previamente por el legislador quien desarrolla la Carta Superior, con las limitaciones que corresponden cuando se trata de derechos humanos, como sucede en el caso de Colombia que debe ser tramitada mediante ley estatutaria con aprobación en una sola legislatura.

El debido proceso y el principio de inmediatez juegan un papel preponderante, por cuanto se deben explicar los motivos o fundamentos de la privación de la libertad en un tiempo que de ser razonable debe estar precedido por la oportunidad de controvertir a través de su apoderado las pruebas, evidencias o elementos materiales probatorios que incriminan a la persona con relación a la presunta comisión de una conducta punible contemplada como tal en el ordenamiento jurídico.

La persona detenida debe ser puesta a disposición sin demora injustificada ante la autoridad judicial competente, para que esta lo procese o resuelva sobre su libertad dentro de un trámite que no implique dilaciones

que afecten los derechos fundamentales de la persona, cuando se está en condición de vulnerabilidad, quien deberá indicar la procedencia de medidas judiciales que aseguren la comparecencia al proceso y que sean menos gravosas como la privación de la libertad, pero que en esencia cumplen la misma finalidad, consistente en que el procesado acuda oportunamente a los llamados y requerimientos de la autoridad judicial competente. Situación que materialmente refleja el aseguramiento de las garantías y prerrogativas por los Estados hacia la sociedad en general.

La libertad tiene relación directa con la posibilidad de quien estuviere privado de la misma, de apelar las decisiones ante juez o tribunal, para que se pronuncie en un tiempo prudencial sobre la legalidad de su detención, los recursos podrán ser interpuestos por sí o por otra persona, sin más requisitos que los necesarios para quien tenga la obligación legal de resolverlo, conozca sumariamente de primera mano los pormenores que comprenden los hechos que dieron origen a una medida cautelar restrictiva de la libertad, es por ello, que los recursos, en especial el de alzada hacen parte fundamental de las garantías mínimas que deben cumplir los Estados hacia sus administrados.

En principio se consagra que en material civil el patrimonio del deudor es prenda general de los acreedores, situación que responde lógicamente a la importación de la dignidad humana con relación a que la persona como tal no puede ser prenda que asegure el pago de una obligación. Puesto que esto sería una forma de cosificar a los individuos y respondería a una forma de esclavitud, la cual se encuentra abolida en las legislaciones modernas.

No obstante, en los casos de incumplimientos de obligaciones alimentarias las autoridades judiciales deben garantizar las mismas desde la persecución al patrimonio de la persona a través de órdenes judiciales.

Los jueces en su interpretación no deben sujetarse únicamente al principio de legalidad, debido a que la mayoría de las veces la dinámica del legislador no implica celeridad y su actuar, es lento a la hora de actualizar y tener al orden del día las normas necesarias y suficientes en el mercado legislativo, es por ello que “independientemente de las reformas legales que realice cualquiera de los Estados Parte en su normatividad interna, les corresponde a las autoridades judiciales y demás autoridades públicas, con base en el control de convencionalidad, aplicar las disposiciones de la CADH y las decisiones imperativas de la CIDH dentro del marco de las competencias internas de cada operador de justicia” (Olano, 2016)

Por lo tanto, los jueces penales militares de primera y segunda instancia les corresponde buscar la coherencia entre las normas penales sustanciales y procesales aplicables en el procedimiento escritural inquisitivo de la Ley 522 de 1999 y el nuevo sistema penal oral acusatorio establecido mediante Ley 1407 de 2010, de donde se desprende la tarea intelectual más compleja, pero se garantiza que quienes sean procesados tengan la firme convicción que el aparato judicial militar responde con coherencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Cuando sus decisiones sean objeto de algún tipo de cuestionamiento jurídico cuenten con el suficiente sustento para soportar su revisión, según Toro (2015) pudo “confirmar que la Justicia Penal Militar sí cumple con los principios procesales de Independencia e Imparcialidad después de la separación de las funciones de jurisdicción con las de comando” (p.117) lo que da plenas garantías al procesado por la jurisdicción Penal Militar en virtud a la innovación y profesionalización de jueces y fiscales penales Militares.

Es por ello que existió la imperiosa necesidad de establecer requisitos para el desempeño de sus cargos, como al crear una Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena materialidad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.

Al respecto existe la reglamentación, sin embargo la implementación como tal estará sujeta a la disponibilidad presupuestal del gobierno nacional a través del Ministerio de Defensa.

De donde de acuerdo al Decreto 027 del 12 de enero de 2017 del Ministerio de Defensa Nacional, expresa que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal en providencia del 05 de agosto de 2015, radicación No. 46.296 M.P Eider Patiño Cabrera, reiterando jurisprudencia referida en la Ley 906 de 2004, señaló que si bien la Ley 1407 entró a regir el 17 de agosto de 2010, como en su momento la Ley 906 de 2004, el 01 de enero de 2005, ello quedo condicionado a un proceso de implementación territorial de modo que “el Sistema Oral Acusatorio se aplicará solamente en aquellos territorios donde se hubiere puesto en funcionamiento de conformidad con el proceso que al efecto estableció el artículo 530 de dicho ordenamiento”.

Por lo expuesto, se hizo necesario ampliar el cronograma de implementación del Sistema Penal Acusatorio en la Jurisdicción Especializada, del Decreto 1070 del 26 de mayo de 2015, en 4 fases territoriales, iniciando en el año 2018

FASE I: Año 2018 Bogotá D.C.

FASE II: Año 2019 Boyacá, Caldas, Cauca, Cundinamarca, **Huila**, Nariño,

Quindío, Risaralda

FASE III: Año 2020: Antioquia, Atlántico, Bolívar, San Andrés y Providencia, Cesar, Chocó, Córdoba, Guajira, Magdalena, Norte de Santander, Santander y Sucre.

FASE IV: Año 2021: Amazonas, Arauca, Caquetá, Casanare, Guainía, Guaviare, Meta, Putumayo, Vaupés y Vichada.

Como se puede observar la fase uno iniciara en el año 2018 cubriendo la zona central del país donde está ubicada la capital, seguidamente empieza la segunda fase para el año 2019 en ocho departamentos de la geografía colombiana, luego para el año 2020 la tercera fase corresponderá la implementación en trece departamentos, finalizando para el año 2021 con cuarta fase donde quedaría cubierto todo el territorio con el Sistema Penal Acusatorio en la Jurisdicción Especializada en un procedimiento administrativo logístico muy similar al aplicado con la Ley 906 de 2004.

4.1. Criterios en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, comparte pronunciamientos de la Corte Constitucional en el entendido que “la detención preventiva es una medida cautelar, no punitiva, cuya función es asegurar la eficiencia de las investigaciones penales, pero debe ser ejercida bajo ciertos requisitos precisos tendientes a proteger el principio de inocencia” de la persona que está siendo objeto de tratamiento punitivo por parte del órgano judicial competente, en observancia de las garantías propias de los procesos penales, que se desarrolla a través de la potestad jurisdiccional de los estados. (C.Const, C-774/2001, R. Escobar).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual:

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (C.Cons. C-774/2001, R. Escobar).

Lo anterior es incorporado vía constitución en el año de 1991, especialmente en los artículos 28 y 29 de la Carta, de donde se desprende todo un andamiaje de garantías no solo en las actuaciones públicas sino también en las actividades que impliquen autonomía de la voluntad de los particulares.

Podría decirse que la presunción de inocencia en el derecho penal, en ocasiones es aplicada a la inversa, toda persona sindicada o acusada de un delito se presume culpable hasta que se demuestre lo contrario, lo que en definitiva termina vulnerando el mismo derecho de presunción de inocencia y el debido proceso, situación que si se observa a la luz del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, genera una clara vulneración a los Derechos Humanos, generando responsabilidad contenciosa del Estado frente a los compromisos adquiridos con la adopción de los instrumentos internacionales.

Es de allí de donde se debe analizar si el ordenamiento jurídico interno colombiano aplicable en la jurisdicción penal militar, cumple con los requisitos planteados por la Convención Americana, teniendo en cuenta que la Ley 522 de 1998 y Ley 1407 de 2010, fueron proferidas con posterioridad a la entrada en vigencia de estos instrumentos internacionales ratificados por

el Estado colombiano mediante trámite legislativo.

Al analizar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968 se concluye lo siguiente:

Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 precisa: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas (C.Const. C-774/2001, R, Escobar).

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana, ordena que las causas y condiciones para que se imponga la detención o prisión debe ser fijadas en las constituciones políticas de los Estados o en las leyes dictadas con apego a la Carta Política.

Vemos como la Corte Interamericana ha ido indicando a través de su jurisprudencia a los estados parte cuales son los criterios mínimos que deben estar presentes en el ordenamiento interno, para ello es necesario consultar el párrafo 194 de la sentencia Almonacid Arellano vs Chile, donde se fija una herramienta para poder aplicar la jurisprudencia de la Corte en la normatividad de los estados, así:

- a) Principio de convencionalidad
- b) Aplicar convenios y tratados
- c) Estos convenios y tratados se aplican de acuerdo a la interpretación que la Corte interamericana haga sobre los mismos.

Se infiere razonablemente: “primero que la Convención internacional positiviza las exigencias de justicia que como derechos humanos se formulan en torno a la Persona; y segunda, se ha de reconocer que con base en ese contenido positivado, la Convención y no la Constitución, define lo que es jurídicamente válido en el seno de un Estado” (Álvarez Ledesma, et. al, 2013, p. 84).

Es a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que se decide que es contrario Convención dentro del ordenamiento jurídico interno de los estados, donde la Constitución y la ley responden a un estímulo aparentemente externo que es vinculante y a la vez dinamizador de los derechos de las personas, por medio de las instituciones estatales fundadas para garantizar derechos fundamentales.

Como lo manifiesta el caso La Cantuta vs. Perú, la CIDH concluyó que la adecuación de las normas internas a la CADH compromete el acogimiento de medidas en dos líneas:

- a) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (CIDH, Caso La Cantuta vs. Perú, 2006, párrafo 172).

Es por ello que la posición de los estados debe ser deconstructora y constructora, en la primera hace alusión de acabar con todas aquellas normas y prácticas que auspician o incentivan la violación de la Convención y la segunda es la producción normativa amplia y suficiente favoreciendo o estimulando practicas pertinentes a la efectiva observancia de las garantías

fundamentales como la libertad y la presunción de inocencia.

Lo mencionado anteriormente se hace visible al leer en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, donde se señala la responsabilidad que recae en la judicatura a la hora de dar aplicación de las decisiones de la CIDH, puesto que:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México).

Esto no es más que la reiteración en aplicación del principio de convencionalidad por parte de los jueces en sus providencias, toda vez que la Convención Americana fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante una ley que surtió su trámite en el congreso, lo que reafirme su fuerza obligatoria.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México).

En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Frente a las decisiones jurisdiccionales que afecten derechos fundamentales como la libertad y la presunción de inocencia en la jurisdicción penal militar y policial, no es aplicable otra interpretación por parte del operador judicial, que la indicada por la Corte Interamericana, quien en definitiva cuenta con la potestad de indicar el alcance de la Convención.

Al hacer una lectura de los dos casos, López Mendoza Vs Venezuela y en el Caso Atala Riffo Vs. Chile, la CIDH se identifica la regla según la cual, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia (Bazán 2014, 302).

Es de allí que se colige que los jueces penales militares a la hora de decidir sobre la restricción de derechos fundamentales como la libertad y la presunción de inocencia, vía aplicación del artículo 93 de la Constitución Política pueden dar conceptualización a los alcances e interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana, sin temor a incurrir en un prevaricato.

Estos argumentos fueron tratados en los casos Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia¹⁰ y, Gelman Vs. Uruguay¹¹, en los cuales se concluyó por parte de la CIDH en manifestar la “obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados” (CIDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, 2012, párrafos 142 a 144) garantías que pueden ser predicables desde la expedición de la Ley 522 de 1999, Ley 1407 de 2010 y Ley 1765 de 2015, con sujeción a las mismas leyes o en aplicación de garantías extensivas vía jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para los Estados Partes del sistema interamericano:

Han asumido que si su ordenamiento jurídico interno no se adecua a las obligaciones generales, deben adoptar las medidas necesarias para concretar dicha adecuación, lo que implica modificar la Constitución, o adoptar preceptos legales, resoluciones administrativas, desarrollar prácticas políticas y administrativas, como así mismo, emplear las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales en su respectivo ámbito competencial para concretar los estándares mínimos convencionales (Alcalá, 2016).

Los criterios que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la procedencia de la medida de aseguramiento se recopilan en la tabla que aparece a continuación y que indica número, criterio y requisito como tal.

¹⁰ CIDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C # 259, párrafos 142 a 144.

¹¹ CIDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239.

Tabla 2:

Procedencia de la medida cautelar según Corte CIDH

No.	Criterios	Requisitos
1	Pacta sunt servanda	Obligación de cumplir los imperativos mandatos de los tratados y más cuando éstos se refieran a la protección de los derechos fundamentales
2	Principio de convencionalidad	a) Las obligaciones internacionales deben ser cumplidos de buena fe. b) Prohibición de alegar el derecho interno para incumplirlas
3	Actualización normativa	Artículos 28 y 29 de la Constitución Política Artículos 522 y 529 de la ley 522 de 1999 Artículos 464 a 467 ley 1407 de 2010.
4	Acceso a la administración de justicia	Artículos 228 y 229 de la Constitución Política

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la restricción a la libertad ha girado en torno a los criterios de Pacta sunt servanda, principio de convencionalidad, actualización normativa y acceso a la administración de justicia.

La procedencia de la detención no se sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento interno de cada Estado impone, sino que además, para decretarla debe guardar armonía con la interpretación y alcance realizado de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de la CIDH a través de su jurisprudencia.

Cuando Alcalá (2006) cita que "toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúa en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete" (p.7) hace alusión a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Almonacid Arellano¹² donde el Estado vulneró flagrantemente las obligaciones establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención ADH, de actualizar las normas internas de acuerdo a los compromisos adquiridos en las convenciones como derecho duro o legal.¹³

En la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, donde fue víctima Almonacid Arellano y otros vs Chile, ordena al Estado adecuar su derecho interno a la Convención ADH, instrumento internacional que fue incorporado por la Ley 16 de 1972, donde Colombia ha sido condenada en los casos de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Escué Zapata Vs. Colombia, La masacre de La Rochela Vs. Colombia, La Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, Las Palmeras Vs. Colombia, Los Diecinueve (19) Comerciantes Vs. Colombia, Gutiérrez Soler Vs. Colombia, Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia y la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, por el incumplimiento a la CADH.

Los criterios necesarios para imponer una medida cautelar al resolver la situación jurídica y que se desprenden de las anteriores sentencias proferidas por la CIDH, se pueden clasificar en cuatro literales a saber:

¹² CIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 130

¹³ Calificativo utilizado por Lord McNair y definir derecho suave y derecho duro.

a) Pacta sunt servanda.

Corresponde a una locución latina, la cual significa que lo pactado obliga, donde toda convención debe ser cumplida a cabalidad por las partes de acuerdo a lo convenido. Constituye un principio básico del derecho civil y del derecho internacional.

El artículo 75 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969. Luego el artículo 26 de la Convención de Viena, establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe.

b) Principio de convencionalidad

La Corte IDH ha precisado que el control de convencionalidad puede implicar la expulsión de normas contrarias a la CADH, o bien, su interpretación conforme a la misma. Uno de los aspectos controvertidos del control de convencionalidad es el parámetro con que debe realizarse el referido control. La Corte IDH ha señalado que no solo la Convención Americana, sino que también su propia jurisprudencia, es parte del parámetro.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Sentencia de

Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

c) Actualización normativa

El Estado de Colombia ratificó el pacto de Derechos Civiles, Políticos y Económicos - Pacto de San José de Costa Rica, aceptando la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, el 21 de julio de 1985. En rigor a lo anterior, el Estado se obligó internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte IDH y a dar cabal cumplimiento a la parte resolutive de las sentencias proferidas por este órgano internacional, lo que implica adecuar la legislación interna a las nuevas exigencias internacionales a través de un proceso de actualización legislativo.

d) Acceso a la administración de justicia.

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia reconoce que el cumplimiento a las sentencias judiciales hace parte de la obligación de materializar el derecho a la administración de justicia. Su fundamento está señalado en el artículos 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales integran el bloque de constitucionalidad en concordancia con el artículo 93 de la Constitución. Es por ello que para satisfacer el derecho a la administración de justicia, no es suficiente con que en los procesos se profieran decisiones de fondo, puesto se necesita que existan herramientas eficaces para concretar las decisiones y garantizar un goce efectivo de los derechos.

La denegación de justicia por parte de los Estados, aun adelantando las investigaciones por parte de los órganos internos encargados de hacerlo

(justicia ordinaria – justicia penal militar), si la legislación no está acorde a los compromisos internacionales o las garantías que se brindan a los sujetos procesales e intervinientes, no son las esperadas, por ese solo hecho se infringe la Convención ADH, como precisamente ocurrió en cada uno de los casos anteriormente referenciados, ya que algunos Estados ratificaron la Convención ADH pero desafortunadamente no completaron el trabajo consistente en la depuración del ordenamiento jurídico interno del conjunto de normas que obviamente eran contrarias al instrumento internacional, y al momento de ser llamados a responder ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, soportaron sus defensas en argumentos como la vigencia, ratificación de la Convención y prevalencia del derecho interno.

La actualización normativa por parte del legislativo a través del control de constitucionalidad como lo explica Fajardo (2006) es un importante el filtro que hace la Constitución de 1991 en el sistema jurídico colombiano, donde la función primordial del bloque es la de ser instrumento de recepción del derecho internacional, exigiendo la coherencia de la normatividad interna con las obligaciones adicionales, funge como respaldo a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Podría decirse que el marco normativo que atañe a la jurisdicción penal militar cuenta con la coherencia predicada desde la Convención ADH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos desde el ámbito legislativo, producto de las reformas de las que ha sido objeto la actual Jurisdicción Penal Militar.

CAPÍTULO SEGUNDO. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y NORMATIVOS PRESENTES EN LA LEGISLACIÓN PENAL MILITAR NECESARIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD

1. Criterios normativos

En la actualidad los tratados y convenios internacionales exigen a los Estados parte, aplicar el derecho doméstico de manera ordenada, lógica y coherente adecuando su legislación interna de tal manera que pueda asegurar el goce y el disfrute de los derechos fundamentales a sus administrados, asunto que tiene efectos en todos los ámbitos incluyendo la facultad jurisdiccional que ejerce la rama ejecutiva a través de la Justicia Penal Militar en materia de imposición de medidas restrictivas de la libertad, siempre y cuando la jurisdicción especial sus decisiones estén sujetas a los criterios matizados por la Convención ADH en su artículo 7° y PIDCP artículo 9°, Constitución Política artículos 28 y 32. La imposición de medida restrictiva de la libertad de los militares y policías sometidas a un proceso no debe ser regla general.

Mientras la Ley 522 de 1999 establece una ritualidad y reglas para la restricción de la libertad en los eventos de captura en flagrancia, captura facultativa, orden escrita de captura, captura para resolver la situación jurídica y la imposición de medida de aseguramiento, si hubiere lugar a ella, una vez se resuelve la situación jurídica con el lleno de los requisitos formales y sustanciales, para que proceda la detención preventiva contemplada en el artículo 529 del Código Penal Militar, previa valoración fáctica y jurídica realizada por el Juez de Instrucción Penal Militar; se debe ser muy cuidadoso debido a que dichos requisitos son taxativos, es decir,

solo los que están contemplados por la Ley, no obstante, de proceder los requisitos es menester someter la decisión al examen jurisprudencial, buscando ante todo la coherencia y la armonía con el principio de convencionalidad frente a la procedencia de tal medida restrictiva de la libertad.

El artículo 529 de la Ley 522 de 1999 no ha sido derogado por la Ley 1407 de 2010, razón por la cual su aplicación es obligatoria, norma que trae unos numerales que deben ser observados por parte del operador judicial al momento de resolver su situación jurídica y decidir sobre la aplicación de la medida de detención preventiva, cuando el delito contemple pena de prisión con mínimo o superior a dos años, en los delitos penales militares que afecten el servicio o la disciplina, sin importar el mínimo o el máximo de la dosificación de la pena, si el sujeto es capturado en flagrancia por conducta punible que le corresponda pena de prisión. Finalmente cuando el procesado sin justificación alguna incumpla la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que lo ordena, igualmente en el caso del auto que desate el recurso horizontal de reposición, por el incumplimiento total o parcial del acta de caución, donde la ley establece que como consecuencia perderá la caución prendaria sufragada.

Llama la atención cuando se trata de delitos netamente penales militares que afecten el servicio o la disciplina no se tendrá en cuenta la pena que establezca el injusto penal para imponer la medida cautelar, que puede ser medida de aseguramiento de detención preventiva, caución o conminación, aunque las dos últimas pareciere que no afectan el derecho fundamental a la libertad, no significa que no lo restrinjan, puesto en caso de incumplimiento no solo se pierde la caución prendaria prestada, sino que se hará acreedor de una medida de detención preventiva.

La detención preventiva procede en los términos establecidos en el artículo 529 de la Ley 522 de 1999, así:

Tabla 3:

Procedencia medida de aseguramiento en la Ley 522 de 1999

No.	Criterios	Delito Ley 522 de 1999
1	Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años	o Artículo 137. Cobardía. Incurrirá en prisión de cinco (5) a veinte (20) años.
2	Cuando se trate de delitos contra el servicio, la disciplina y el honor.	Artículo 147. Ataque al centinela. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.
3	Captura flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión.	o Artículo 153. Sabotaje por destrucción o inutilización. Incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.
4	Injustificadamente, la caución.	Incumplimiento de caución prendaria o juratoria

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Frente al primer criterio cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años procederá la medida de aseguramiento de todos aquellos delitos penales militares cuya pena mínima sea o exceda de dos años, como el caso del artículo 137 de la cobardía cuya pena oscila entre 5 a 20 años, delito que cumple con el primer y segundo criterio, por tratarse de un delito contra el servicio, la disciplina y el honor Militar.

Luego el segundo criterio se cumple cuando se trate de delitos contra el servicio, la disciplina y el honor militar, procederá la medida de aseguramiento frente a todos aquellos delitos que atente contra el servicio, la disciplina y el honor, como se predicaría del punible del artículo 147 ataque al centinela, donde el factor a tener en cuenta no es el mínimo o el máximo de la pena, sino la clasificación del delito como delito contra el servicio, la disciplina y el honor.

El tercer criterio corresponde a la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión, donde la medida de aseguramiento procederá en delitos como el contemplado en el artículo 153 Sabotaje por destrucción o inutilización, que es un delito doloso.

Por último, el cuarto criterio que corresponde a que injustificadamente el procesado se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria, impuestos como medidas de aseguramiento en lo estipulado en el artículo 529 del Código Penal Militar, que en términos generales se entendería que la detención preventiva en su orden sería la excepción a la caución prendaria o juratoria.

Al leer detenidamente la Ley 1407 de 2010 Código Penal y de Procedimiento Penal Militar, encontramos otros criterios establecidos por el legislador para ser aplicados en el procedimiento penal militar frente a la procedencia de la detención preventiva, siempre y cuando se cumpla con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 466, donde el juez penal militar de control de garantías, a petición del Fiscal Penal Militar, concederá la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado

puedan ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- ❖ Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado o acusado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
- ❖ Que el imputado o acusado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública.
- ❖ Que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Una vez se cumpla con uno de los tres requisitos mencionados anteriormente, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

- ❖ Cuando se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad.
- ❖ En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años.
- ❖ Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

La detención preventiva procede en los términos establecidos en el artículo 467 de la Ley 1407 de 2010, siempre y cuando estemos en presencia de la aplicación concreta de la nueva norma, debido a que en la actualidad la nueva estructura no es usada, donde se prevé que el sistema acusatorio en la justicia penal militar, entrará en marcha de manera gradual a través de fases como se indicó anteriormente, pero los requisitos que exige la Ley para la medida cautelar son los siguientes así:

Tabla 4:

Procedencia de la detención Preventiva en la Ley 1407 de 2010

No.	Criterios	Ley 1407 de 2010
1	Delitos contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad	Artículo 93. Insubordinación. Incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.
2	Delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años.	Artículo 96. Desobediencia. Incurrirá en prisión de dos (2) a tres (3) años.
3	Captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.	Artículo 100. Ataque al inferior. Incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Frente al primer criterio, cuando se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, como en el caso de la insubordinación, establecido en artículo 93 de la ley 1407, no obstante se observa que el legislador en este criterio dejó por fuera los delitos que tengan relación con el honor militar, como lo contemplaba la Ley 522 de 1999 en el artículo 522.

Luego el segundo criterio se cumple cuando se trate de delitos

investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la Ley sea igual o superior a dos (2) años, procederá la medida de aseguramiento, como se predicaría del punible del artículo 96 delito de desobediencia, donde el factor a tener en cuenta es el mínimo de la pena y sea investigable de oficio, exceptuando los delitos que requieren querrela contemplados en el artículo 251 de la Ley 1407 de 2010. En este criterio el legislador estableció que debían ser delitos investigables de oficio, diferente a lo establecido en el artículo 522 de la Ley 522 de 1999.

El tercer criterio corresponde a la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión, donde la medida de aseguramiento procederá en delitos como el contemplado en el artículo 100 ataque al inferior. Criterio que guarda la misma armonía del tercer criterio que establece el artículo 522 de la Ley 522 de 1999.

El artículo 467 de la Ley 1407 derogó el cuarto criterio que traía el artículo 522 de la ley 522 de 1999, que establecía a que injustificadamente el procesado se abstuviera de otorgar la caución prendaria o juratoria, impuestos como medidas de aseguramiento en lo contemplado en el artículo 529 del Código Penal Militar.

En la Ley 1407 de 2010 Código Penal y de Procedimiento Penal Militar, encontramos que los tres (03) criterios para la procedencia de detención preventiva están condicionados por el cumplimiento de uno de los tres (03) requisitos establecidos en el artículo 466 del mismo estatuto penal militar, siempre cuando el Fiscal Penal Militar solicite la medida al Juez de Control de garantías, quien la concederá cuando de los elementos material probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado puedan ser autor o participe de la conducta delictiva.

2. Criterios presentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La honorable Corte Constitucional en Sentencia C-774 de 2001 analiza la detención preventiva y la medida de aseguramiento, donde la libertad de la persona corresponde a uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, cuyo campo de acción comprende la posibilidad del ejercicio positivo a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no afecten los derechos de los demás, como tampoco representen un ejercicio abusivo del derecho propio, con la eliminación de todo acto de fuerza material o moral que restrinja el disfrute suficiente y responsable de la libertad del individuo.

También nos recuerda la Corte que el derecho a la libertad personal no es ilimitado, aun siendo reconocido como pieza preponderante dentro de la estructura y andamiaje del Estado de Derecho, no tiene el peso suficiente dentro del ordenamiento jurídico para ser catalogado como inacabable, debido a que como derecho está circunscrito por el disfrute y goce de los demás derechos que confluyen en un entorno social, enriquecido por intereses y diferencias que permiten la vida en comunidad.

Ha precisado la Corte:

Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. (C.Const, C-774/2001, R. Escobar)

De lo anterior se concluye que los derechos fundamentales siendo consagrados de tal manera en la Constitución y desarrollados a través del ordenamiento jurídico, deben guardar armonía entre sí y los demás bienes jurídicos contemplados en la Carta, ya que de no ser así imperaría el caos, el desorden y la anarquía, imposibilitando la existencia de la vida en condiciones socialmente provechosas, que permitan altos niveles de satisfacción de los individuos que la conforman.

La Corte al tratar en su momento la detención preventiva como medida de aseguramiento, dada su naturaleza cautelar, manifiesta que la medida previene que las personas acusadas de un delito puedan fugarse y así garantiza los fines de la instrucción y el cumplimiento de ser necesario, la pena que mediante sentencia se pudiera imponer, una vez la presunción de inocencia ha sido desvirtuada y el sindicado vencido en sano juicio por el aparato punitivo del Estado.

Se considera la institución de la detención preventiva compatible con la Carta y no resulta opuesto a la presunción de inocencia, puesto que la misma tiene una finalidad preventiva y no sancionatoria, por ello la Corte Constitucional ha hecho una separación entre la detención preventiva y el cumplimiento de la pena en el ordenamiento punitivo colombiano, para no incurrir en imprecisiones que generen ambigüedades respecto a la detención y el cumplimiento de la sentencia, esta última producto de una decisión judicial de fondo, conocida comúnmente como providencia la cual se encuentra en firme y ejecutoriada.

Miremos como la detención preventiva no solo es compatible con la Constitución sino con los instrumentos internacionales que determinan su alcance, por ser considerada como preventiva y no responder a la regla general que es la libertad.

Es de aclarar que para que se pueda aplicar la medida de detención preventiva no basta que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento exige, sino que se requiere, además, y con obligatorio alcance de la garantía, que quien proceda a decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben responder a la armonía constitucional, y podrían ser objeto de protección a través del juez de tutela, cuando no se ajusten a los postulados de la Constitución.

Si la detención se profiere sin tener presente los principios y valores que inspiran la Constitución, y en concreto, las fines esenciales para la misma, de acuerdo a la naturaleza y circunstancias del caso concreto, el posible infractor de la ley penal y su abogado, se les debe garantizar el uso de los recursos ordinarios establecidos para la protección de los derechos fundamentales, debido a que si esto no se les permite, generaría una violación del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia, igualmente se afectaría notoriamente el debido proceso, al concluirse que la ley se ha interpretado en un sentido contrario al considerado por la Corte como inconstitucional.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política que contempla el debido proceso y la presunción de inocencia, las medidas de aseguramiento deben cumplir con los parámetros y exigencias que determinan su sujeción al principio de legalidad. Las mencionadas reglas se clasifican en dos clases, a conocer:

- a) Los requisitos formales, es decir, su aplicación mediante providencia interlocutoria que deberá estar conformada por los hechos que son

objeto de la investigación, la calificación jurídica y los elementos probatorios que soportan la aplicación de la medida; y,

- b) Los requisitos sustanciales que corresponden a los indicios graves de responsabilidad fundados en las pruebas legalmente incorporadas al proceso judicial.

Es reiterativa la Corte Constitucional en manifestar:

La finalidad de la detención no es remplazar el término de la pena, y que la posibilidad del cómputo previsto en la ley, no genera el poder para la autoridad judicial de disponer de la libertad del sindicado hasta que se cumpla el tiempo que dura la pena, ya que de aceptarse esa circunstancia, se vulneraría la presunción de inocencia y el debido proceso, por cuanto la pena se cumpliría anticipadamente sin haberse desvirtuado la presunción de inocencia y declarado judicialmente culpable mediante sentencia ejecutoriada (C.Const. C-771/2001, R, Escobar).

Frente al tema de la detención¹⁴ la Corte Constitucional se ha pronunciado desde el año de 1993, como ocurrió en la demanda de inconstitucionalidad formulada por el ciudadano Pedro Pablo Camargo, el 19 de octubre de 1992, en contra de la Ley 15 de 1992, por considerar que dicha ley es contraria a la Constitución, al ser tramitada en el Congreso como una ley ordinaria, cuando por regla general la limitación a derechos fundamentales como la libertad personal¹⁵, el habeas corpus, y el debido proceso, considerados como

¹⁴ CCons. C-301/1993, E. Cifuentes

¹⁵ El artículo 28 fue modificado por el Acto Legislativo de 2003, el cual fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2004, por el vicio de procedimiento ocurrido en el sexto debate de la segunda vuelta. El texto del Acto Legislativo 02 de 2003 era:

derechos fundamentales y de aplicación inmediata, su regulación debió ser tramitada mediante una ley estatutaria, como lo establece el artículo 152 de la Constitución Política. Situación que fue superado al declarar exequible el artículo primero y segundo de la Ley 15 de 1992, donde encontró ajustado a la Constitución la detención preventiva de una persona acusada de un delito, puesto que dicha limitación se justifica en virtud de la persecución y la prevención del delito confiados al Estado, quien ejerce la autoridad y garantiza a través de un juicio y penalización de los delitos, al igual que para asegurar la comparecencia del procesado.

En igual sentido, se observa que la detención fue declarada exequible mediante las sentencias C-327/97 y C-106/94, al considerar que cumpliéndose los requisitos formales y sustanciales para imponer la medida de aseguramiento, es menester del operador judicial consultar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, al considerar que la limitación del derecho per se es drástica:

Así pues, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo. (C.Const, C-397/1997, F. Morón)
Subrayado por fuera del texto original.

Artículo 3. El artículo 28 de la Constitución Política quedará así: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

La limitación a la libertad debe contar con una serie de prerrogativas por parte del Estado, con el fin de guardar el equilibrio que debe existir entre el disfrute del derecho y los límites circundantes de las medidas que impiden su goce en plenitud, puesto de no ser así se podría incurrir en el abuso y arbitrariedad por parte del Estado.

De donde surge la imperiosa necesidad de aplicar la ponderación cuando se disponga a la afectación de garantías fundamentales para ir más allá del superado y anticuada indicio tarifado (presencia, mentira, oportunidad), en la práctica jurídica los casos que debe resolver el derecho son casos difíciles, donde a modo de ejemplo podemos abordar la dignidad, derechos, garantías y última ratio.

La tesis que plantea el Profesor Robert Alexy tiene plena aplicación, puesto que se logra la superación del modelo absolutista e inquisidor, de un Estado Nacional Socialista; hoy en día se recurre a la aplicación del test de ponderación cuando se trata de imponer una medida de aseguramiento o cuando se busca decidir en la constante tensión surgida entre la colisión social de derechos fundamentales y la supremacía de unos u otros en una aplicación de una justicia pronta y oportuna, de esto no puede ser ajena la Jurisdicción Especial Penal Militar, debido a que cada vez que a una persona se le aplica una medida de aseguramiento se afecta su libertad individual.

La Corte ha señalado al respecto:

Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento

de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin. (C.Const, C-634/2000, V. Naranjo).

Vemos como la detención preventiva como medida de aseguramiento, por su naturaleza cautelar, es definida por la Corte Constitucional:

Se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado. (C.Cons, C-425/1997, F. Morón).

En mencionado sentido se pronunció la Corte Constitucional al considerar: “claro está, tratándose del derecho fundamental de la libertad, aplicando el artículo 93 de la Constitución Política, el alcance de su garantía constitucional debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos” (C.Const, C-634/2000, V, Naranjo), donde se hace necesario mencionar los principales documentos internacionales ratificados por Colombia que contemplan a la detención preventiva como la excepción al derecho a la libertad personal:

Frente a la regulación que para el caso en concreto le da al artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968 establece:

Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser

privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (Ley 74 de 1968, art. 9)

En este sentido el instrumento internacional señala que la prisión preventiva de las personas que sean juzgadas no se puede considerar la regla general dentro del ordenamiento jurídico, sino la excepción a la misma, donde el Estado es el directamente responsable del cumplimiento de lo antes indicado, mediante la actualización normativa internamente con el fin de evitar contradicciones que afecten el disfrute de la libertad por los administrados.

Luego en la Convención ADH, indica que: “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes y por las leyes dictadas conforme a ellas” (Convención ADH, art. 7), esto precisamente se hace para que los instrumentos internacionales tengan vigencia y validez dentro de los estados y no sea letra muerta, sino que su fuerza vinculante opere aún sin la coherencia normativa de la legislación de los países que la ratifican o incorporan a su ordenamiento jurídico a través de un trámite surtido en el cuerpo legislativo competente.

De todo lo anterior, primariamente se puede concluir que para la Corte Constitucional de Colombia, la detención preventiva es compatible con la Constitución y con los instrumentos internacionales que determinan su alcance, en cuanto tiene un carácter preventivo y excepcional, no obstante se debe tener en claro que no se puede abusar de la excepción a la regla

general, sustentado en la condición que como lo permite la Ley y la jurisprudencia, es de aplicación indiscriminada en todos los casos, como lo advierte la Corte al señalar:

La potestad de configuración legislativa tiene como límite de aplicación los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que, las restricciones a la libertad no pueden convertirse en una regla general: Ahora bien, en ejercicio de las competencia que le atañen tratándose de la regulación de la libertad y en concreto del señalamiento de los casos en que sea procedente su privación, el legislador se encuentra asistido por la denominada libertad de configuración que se extiende hasta encontrar sus fronteras en la propia constitución y en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental. (C.Const, C-774/2001, R. Escobar).

De donde los principios de razonabilidad y proporcionalidad se convierten en verdaderos caballos de batalla a la hora de analizar la procedencia o no de una medida cautelar, que en materia penal militar correspondería a una caución, conminación o detención preventiva, donde las decisiones no están precedidas por el simple capricho del juez de instrucción.

La caución, conminación o detención preventiva son medidas cautelares que el Juez de Instrucción Penal Militar puede disponer al momento de resolver la situación jurídica al o los procesados, cuando aparezcan visibles y probados los requisitos sustanciales y procesales al igual que el indicio grave de responsabilidad; sin embargo, debe indicar claramente porque la medida es razonable, proporcional y sobre todo es necesaria dentro de la actuación judicial.

Es evidente que el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la legislación penal Militar, se encuentran reglados en los artículos 522 y 529 de la Ley 522 de 1999 en concordancia con los artículos 464 a 467 Ley 1407 de 2010, con el complemento que hace la Corte Constitucional al operador judicial de realizar de un juicio de razonamiento a través de la actividad judicial, donde concluya que la medida de aseguramiento es aplicable al caso en concreto, que la medida de aseguramiento sea idónea, que responda al criterio de necesidad, que no se cuente con otro mecanismo más benigno para la satisfacción del derecho fundamental de la libertad personal

Frente a la libertad, se toma desde la premisa de los derechos más preciados con los que cuenta el ser humano, el cual debe ser defendido y garantizado por los estados en todas las actuaciones públicas y privadas, donde su limitación sea la excepcionalidad a la regla general, como respuesta y coherencia al cumplimiento de convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Para lograr la aproximación al cumplimiento de las garantías procesales dentro del proceso penal militar, se han señalado unos requisitos formales, sustanciales a través de un desarrollo legislativo, donde su materialización está determinada en la medida que el operador judicial interiorice y ponga en práctica en cada situación en concreto los juicios de razonabilidad y proporcionalidad frente a la literalidad de la ley como tal.

Para sintetizar mejor los tres (03) requisitos a que hace alusión la jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto a la procedencia de la medida de aseguramiento de detención, en el proceso penal, se explica en la tabla a continuación:

Tabla. 5:

Procedencia de la medida cautelar según la Corte Constitucional

No.	Criterios	Requisitos
1	Cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la legislación penal	Artículos 522 y 529 de la Ley 522 de 1999 Artículos 464 a 467 Ley 1407 de 2010. El razonamiento realizado a través de la actividad mental por parte del operador judicial, lo lleve a concluir dentro de la sana crítica que la medida de aseguramiento es aplicable al caso en concreto
2	Razonabilidad	Que la medida de aseguramiento sea idónea, que responda al criterio de necesidad, que no se cuente con otro mecanismo más benigno para la satisfacción del derecho fundamental de la libertad personal.
3	Proporcionalidad	

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Con relación a la aplicación de una medida cautelar dentro del trámite procesal penal, es relevante analizar la medida que versa sobre el derecho a la libertad, consultando y valorando la necesidad e idoneidad de la misma, por parte del Juez de Instrucción Penal Militar o del respectivo juez de instancia o de conocimiento.

Veamos como en la sentencia C-022 de 1996 la Corte Constitucional colombiana al referirse en el fallo al principio de proporcionalidad, expreso que:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (C.Const, C-022/1996, C. Gaviria).

Es de allí donde la Corte Constitucional con relación a la restricción a la libertad ha recalcado el artículo 29 de la Constitución Política, debido proceso y presunción de inocencia, donde establece que las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Fijando dos reglas, a saber:

Los requisitos formales, es decir, la imperiosa necesidad de su adopción mediante providencia o auto interlocutorio, la cual deberá contener: a) los hechos que se investigan, b) la calificación jurídica y c) los elementos probatorios en que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales concurrentes en los indicios graves de responsabilidad soportados en las pruebas legalmente producidas dentro del trámite sumarial.

La detención preventiva debe estar acorde a los dos requisitos formales, los cuales responden a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de imponer una medida restrictiva de la libertad, no es al libre arbitrio del operador judicial como se ha mencionado anteriormente, ni mucho menos un capricho del funcionario de turno, es un tema que está reglado, donde su aplicación es imperativa, so pena de las consecuencias penales y disciplinarias en las que pueda incurrir el funcionario quien omita,

retarde su aplicación en el trámite procesal de las investigaciones penales, ya sea en la etapa de instrucción o de juzgamiento.

3. Criterios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia en Auto Interlocutorio en Sala de Casación Penal N° 36358 de 30 de noviembre de 2011, se pronunció frente a la restricción a la libertad en los casos relacionados con la aplicación del fuero Penal Militar y Policial, argumentando que la calidad de procesado, en la justicia penal militar se adquiere cuando la persona se vincula mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 293 de la Ley 522 de 1997, donde por reglamentación legal se debe proceder a resolver su situación jurídica donde se deberá decidir si procede la imposición o no de medida de aseguramiento, la cual se torna viable, cuando resulte por lo menos un indicio grave de responsabilidad sustentado en las pruebas legalmente incorporadas al Sumario.

Señala que de acuerdo a la lectura literal las medidas de aseguramiento pueden ser de tres (3) clases:

- a) La conminación
- b) La caución
- c) La detención preventiva

Con relación a las dos primeras, esto es, las no privativas de la libertad (caución y conminación), están previstas para delitos cuya pena sea de arresto o no privativa de la libertad, y en los casos en que la pena mínima de prisión sea inferior a dos años; en tanto para las demás conductas punibles cuyo mínimo de pena sea o exceda de dos años, se atente contra el servicio o la disciplina, se realice la captura en flagrancia o se abstenga el procesado de prestar caución, procede la imposición de la detención preventiva, en los términos del artículo 529 de la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha planteado que el derecho a la libertad y su restricción, dentro de la concepción filosófica consagrada en la Constitución Política de Colombia, se reconoce con especial celo el derecho inalienable que toda persona tiene a su libertad. En ese orden de ideas, además que la legislación contempla una serie de garantías en orden a su protección (reserva judicial, hábeas corpus, entre otras), sanciona penalmente a quienes la afectan, al reconocerle el carácter de bien jurídico tutelado.

Señala la Corte Suprema que el artículo 28 de la Carta Superior, definió el alcance de tal derecho fundamental:

Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (CSJ, Auto 36358/30-11-2011, 2011, A, Ibáñez)

El anterior enunciado guarda armonía con los diferentes tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, los que estructuran el artículo 93 superior y que conforman el bloque de constitucionalidad, instrumentos supranacionales en los que además de garantizar la protección del derecho a la libertad, se autoriza su limitación para el cumplimiento de los fines del Estado.

Es por ello que a nivel de instrumentos internacionales se establece que “nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (Pacto IDC y P, art. 9-12) consecuente a lo anterior en otro instrumento internacional se establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” (Convención ADH, art. 7).

Sobre estas consideraciones, la ley de manera privativa señala los casos en que procede la privación formal de la libertad, prescribiendo las formalidades requeridas, y los términos en los cuales han de ceñirse las actuaciones de los funcionarios judiciales, sin que por esas especiales circunstancias y dada la importancia de este bien jurídico, tengan a bien lugar interpretaciones flexibles que pudieran llegar a permitir la privación de la libertad o su prolongación por fuera de los marcos señalados por la Constitución y la ley.

La Corte Suprema de Justicia plantea el siguiente supuesto en el cual erróneamente los funcionarios judiciales han considerado detenciones inválidas por presentarse una causal de libertad provisional, cuando durante la vigencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva surge una causal de libertad provisional, ella no convierte la detención inválida y menos ilegal, debido a que el implicado continua bajo el rigor de la medida cautelar judicial decretada de acuerdo a las formalidades legales y por los motivos previamente establecidos en la ley, conservando su vigencia y fuerza obligatoria mientras no sea suspendida y/o revocada, lo que no permite los supuestos de hecho para la comisión del punible de prolongación ilegal de privación de la libertad en el caso del detenido preventivamente a favor de quien se empieza a materializar una expectativa de causal de libertad. (CSJ, Auto 19096/29-10-2003, H, Galán).

No obstante, existen eventos en los cuales se presentan situaciones como cuando la persona se encuentra bajo una medida de aseguramiento de detención preventiva y por la lentitud del aparato jurisdiccional encargado de procesarlo completa el tiempo de la pena que le van a imponer o el legislador saca una nueva ley que formalmente cambia los requisitos para permanecer en detención, también se hace alusión cuando opera el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, todo esto conlleva que la medida por si sola pierda su soporte y en consecuencia se presente el decaimiento de la decisión judicial (Ministerio Público ciudad Bolívar, 2017)

Todos los supuestos de hecho que se refieren a la privación de la libertad gozan de la presunción de legalidad, hasta que se demuestre lo contrario, donde lo que era en un principio lícito se convierta en ilícito, configurándose el tipo objetivo de privación ilegal de la libertad, puesto el operador judicial impuso una medida restrictiva por fuera de los requisitos formales y sustanciales.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Penal se ha pronunciado admitiendo la ocurrencia de la privación ilegal de la libertad.

La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador. (CSJ, Auto 9858/08-05-1997, A, Gómez)

En Sentencia con radicado 45632 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite formal del proceso se ordenó la captura del sindicado con fines de indagatoria, al no ser ubicado se dispuso el emplazamiento, para posteriormente ser declarado persona ausente, donde la medida fue necesaria una vez se agotan materialmente todos los medios disponibles por el instructor¹⁶ para lograr la ubicación y comparecencia del sindicado al proceso.

En el título IV de la Ley 906 de 2004, se reglamenta todo lo concerniente

¹⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 579 de la Ley 522 de 1999, dentro del trámite especial al juez de instrucción penal militar le corresponde adelantar la instrucción y a la fiscalía cerrar la investigación y calificar la actuación.

a la libertad y su restricción, y se indica, con absoluta claridad, que esa garantía constitucional solo podrá ser restringida cuando la misma “sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena, siempre y cuando, además, su aplicación sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”¹⁷ se infiere que son garantías propias presentes en los procesos penales y que los altos tribunales reiteradamente mencionan en los fallos que generan la línea jurisprudencial obligatoria para los administradores de justicia de menor jerarquía.

Es de allí, donde se empiezan a evidenciar claramente los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que deben ser tenidos en cuenta por parte del Juez de Instrucción Penal Miliar, no solo al momento de resolver la situación jurídica del investigado sino, también cuando existe la necesidad de librar orden de captura con fines de indagatoria, debido a que el investigado no ha concurrido al proceso, su ubicación es desconocida o pretende eludir la acción de la administración de justicia, es allí donde la medida se vuelve imperativa y necesaria para poder cumplir con misión constitucional de materializar los fines del Estado a través de sus instituciones.

A continuación se identifican en la tabla los tres (03) requisitos a que hace alusión la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la procedencia de la medida cautelar de detención preventiva, así:

¹⁷ De acuerdo a lo contemplado en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Tabla 6:

Procedencia de la medida según Corte Suprema de Justicia

No.	Criterios	Requisitos
1	Cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la legislación penal	Artículos 522 y 529 de la ley 522 de 1999 Artículos 464 a 467 ley 1407 de 2010.
2	Razonabilidad Adecuada	El razonamiento realizado a través de la actividad mental por parte del operador judicial, lo lleve a concluir dentro de la sana crítica que la medida de aseguramiento es aplicable y adecuada para el caso en concreto
3	Proporcionalidad Necesidad	Que la medida de aseguramiento sea idónea, que responda al criterio de necesidad, que no se cuente con otro mecanismo más benigno para la satisfacción del derecho fundamental.

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con relación a la restricción a la libertad ha girado en torno al artículo 29 de la Constitución Política, debido proceso y presunción de inocencia, donde establece que las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las exigencias que determinan su legalidad, de donde se puede afirmar que la privación de la libertad o su restricción debe responder por esencia al principio de legalidad.

El operador judicial tiene una tarea ardua al momento de hacer la

valoración probatoria en aras de imponer o abstenerse de dictar una medida restrictiva de la libertad, debido a que debe tener en cuenta los requisitos formales y sustanciales que deben concurrir para ser procedente la medida, seguidamente debe hacer un juicio de razonabilidad frente a la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuanto a la afectación del núcleo esencial de derecho que se va a intervenir, que para el caso en concreto se trata del derecho fundamental a la libertad, no solo consagrado por vía constitucional como tal, sino en instrumentos internacionales y que hacen parte de la legislación interna colombiana.

4. Criterios presentes en la jurisprudencia del Tribunal Superior Militar.

Según Velásquez en la obra el régimen de la libertad y su restricción, hace un análisis profundo respecto a la libertad individual y la persecución y prevención del delito:

La restricción al sagrado derecho de la libertad individual se justifica por la necesidad de perseguir y prevenir el delito y, solo en función de las causales señaladas. Los artículos 29 de la Constitución y 9° del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, prohíben que con simples indicios se afecte la libertad personal y que pueda llegarse al absurdo de mantener al afectado sometido a esta medida por tiempo equivalente al de la pena, pues ello desnaturalizaría la condición cautelar de la medida detentiva para convertirla en cumplimiento anticipado de la pena y rompería el principio de la presunción de inocencia. Por ello, a más de cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales normativamente establecidos para la privación preventiva de la libertad, el funcionario queda obligado, en los casos previstos, a verificar las condiciones personales, familiares, sociales, de manera que la medida responda a las expectativas plasmadas por el legislador en el precepto que analizo (Velásquez, 2012, p. 233)

El anterior autor hace un aporte bastante interesante, en el sentido que le da la categoría sagrada a la libertad y justifica su restricción por la obligación que tiene el Estado de perseguir y prevenir los delitos, pero advierte que existen una reglamentación para tal persecución, donde la medida cautelar se desnaturaliza cuando el tiempo que transcurre es superior al tiempo establecido para la pena, por cuanto se rompe el equilibrio que debe guardar la medida con el principio de presunción de inocencia, convirtiéndose en una condena anticipada, lo que en muchos casos de configurarse un error jurisdiccional tendría responsabilidad el funcionario y el Estado que permitió el cumplimiento del tiempo de una condena a través de una medida cautelar de detención preventiva.

Los fines de la medida de aseguramiento en la jurisdicción penal Militar, fueron analizados en la siguiente sentencia:

En torno a este tema, es necesario aclarar que para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva no basta con que se estructuren los indicios de responsabilidad y las hipótesis objetivas (quántum de la pena, bien jurídico o antecedentes de la persona) señalados en el artículo 467 de la Ley 1407 de 2010 (art. 313 de la Ley 906 de 2004), sino que es indispensable que concorra prueba demostrativa de que se cumpla alguno de los requisitos establecidos en el artículo 466 de la misma Ley (art. 308 Ley 906 de 2004), a saber: 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. Si hay prueba de responsabilidad y se presentan además los otros requisitos objetivos, pero no aparece prueba indicativa de que el imputado puede quebrantar los fines de la detención, es improcedente la medida de

aseguramiento (C.Const, C-774, 2001, R. Escobar)

Con relación a los pronunciamientos que ha hecho el Tribunal Superior Militar, a través de su jurisprudencia, respecto a la medida de aseguramiento en las actuaciones procesales que se surten a lo largo de la investigación por parte de los jueces de instrucción y los jueces de conocimiento, lo ha fijado en los siguientes términos.

De lo anterior podemos colegir como primera conclusión, que no existe duda respecto a que la imposición de la medida de aseguramiento obedece a unos requisitos formales y materiales, pero también, a la estructuración de unos fines, y si alguno de los tres presupuestos no se estructura, no es viable la imposición de la medida de aseguramiento; y en el evento en que surja nueva prueba que desvirtúe la medida ya impuesta, habrá de revocarse (Tribunal SPM rad. 157477/2012)

Luego el Tribunal Superior Militar, sobre la libertad condicional se pronuncia de la siguiente manera:

De la perspectiva antes reseñada aparece diáfano que para la concesión del mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad se debe verificar la concurrencia de requisitos objetivos, referidos al cumplimiento parcial de la sanción impuesta entre otros, y subjetivos, que atañen al buen comportamiento del penado durante su tratamiento penitenciario y los antecedentes de todo orden, que permitan suponer fundadamente al servidor judicial la resocialización de aquel y la convicción que no es necesario el cumplimiento del resto de la pena (Tribunal SPM, rad. 156797/2013)

El análisis de los criterios realizado desde la lectura de la Ley 522 de 1999 indica que frente al primer criterio normativo cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años procederá la

medida de aseguramiento de todos aquellos delitos penales militares cuya pena mínima sea o exceda de dos años, como el caso del artículo 93 de la Insubordinación cuya pena oscila entre 3 a 6 años, delito que cumple con el primer y segundo criterio, por tratarse de un delito contra la disciplina Militar.

Luego el segundo criterio normativo se cumple cuando se trate de delitos contra el servicio, la disciplina y el honor militar, procederá la medida de aseguramiento frente a todos aquellos delitos que atente contra el servicio, la disciplina y el honor, como se predicaría del punible del artículo 96 del delito de desobediencia, donde el factor a tener en cuenta no es el mínimo o el máximo de la pena, sino la clasificación del delito como delito contra la disciplina militar y policial.

El tercer criterio normativo corresponde a la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión, donde la medida de aseguramiento procederá en delitos como el contemplado en el artículo 100 del ataque al inferior, que es un delito doloso y a al mismo tiempo está clasificado como delitos contra la disciplina que encajaría en el segundo criterio normativo.

Por último, el cuarto criterio normativo que corresponde a que injustificadamente el procesado se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria, impuestos como medidas de aseguramiento en lo estipulado en el artículo 529 del Código Penal Militar, que hace alusión a la detención preventiva como medida cautelar.

Luego en la Ley 1407 de 2010 Código Penal y de Procedimiento Penal Militar, encontramos otros criterios establecidos por el legislador para ser aplicados en el procedimiento penal militar frente a la procedencia de la detención preventiva, siempre y cuando se cumpla con alguno de los

requisitos establecidos en el artículo 466, donde el juez penal militar de control de garantías, a petición del Fiscal Penal Militar, concederá la medida de aseguramiento cuando de los elementos material probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado puedan ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado 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.

Una vez se cumpla con uno de los tres requisitos mencionados anteriormente procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad.
- b) En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años.
- c) Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

Frente al primer criterio, cuando se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, como en el caso de la insubordinación, establecido en artículo 93 de la Ley 1407.

Luego el segundo criterio se cumple cuando se trate de delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años, procederá la medida de aseguramiento frente a todos aquellos delitos cuya pena mínima sea o exceda dos (02), como se predicaría del punible del artículo 96 del delito de desobediencia, donde el factor a tener en cuenta es el mínimo de la pena y sea investigable de oficio, exceptuando los delitos que requieren querrela contemplados en el artículo 251 de la Ley 1407 de 2010. En este criterio el legislador estableció que debían ser delitos investigables de oficio, diferente a lo establecido en el artículo 522 de la Ley 522 de 1999.

El tercer criterio corresponde a la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión, donde la medida de aseguramiento procederá en delitos como el contemplado en el artículo 100 del ataque al inferior, criterio que guarda la misma armonía del tercer criterio que establece el artículo 522 de la Ley 522 de 1999.

El artículo 467 de la Ley 1407 derogó el cuarto criterio que traía el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, que establecía a que injustificadamente el procesado se abstuviera de otorgar la caución prendaria o juratoria, impuestos como medidas de aseguramiento en lo estipulado en el artículo 529 del Código Penal Militar.

En la Ley 1407 de 2010 Código Penal y de Procedimiento Penal Militar, encontramos que los tres (03) criterios para la procedencia de detención preventiva están condicionados por el cumplimiento de uno de los tres (03) requisitos establecidos en el artículo 466 del mismo estatuto penal militar, siempre cuando el Fiscal Penal Militar solicite la medida al Juez de Control de garantías, quien la concederá cuando de los elementos material probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información

obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado puedan ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga.

Pero el operador judicial debe ir más lejos y no limitarse exclusivamente a repetir la lo que la ley ha dicho, debido a que la norma por sí sola no cuenta con todos los elementos necesarios para resolver los casos en los cuales el legislador tan solo tuvo a bien hacer una descripción o enunciación de comportamientos prohibidos y que afectaban situaciones tan puntuales como el servicio, la disciplina y el honor militar, que caracterizan la existencia y el funcionamiento de instituciones como la fuerza pública.

El Código Penal y de Procedimiento Penal Militar respecto a la detención preventiva como medida cautelar, recoge las directrices legales y jurisprudenciales vigentes, para los operadores judiciales de instrucción y juzgamiento encaminadas a que resuelvan con mayor facilidad los casos particulares y concretos, en los que al momento de resolver la situación jurídica del procesado es procedente o no imponer medida cautelar de detención, conminación o caución, en los términos del artículo 522 y 529 de la Ley 522 de 1999 Código Penal Militar, siempre y cuando por parte del funcionario judicial se haga un análisis sistemático de normas aplicables en el tratamiento punitivo de la jurisdicción ordinaria, en temas tan sensibles como la libertad personal a través de auto motivado, otorgando las garantías propias de cada juicio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la restricción a la libertad ha fijado su posición en torno a los criterios de Pacta sunt servanda, principio de convencionalidad, actualización normativa y acceso a la administración de justicia. La procedencia de la detención no se sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales

que el ordenamiento interno de cada Estado impone, sino que además, para decretarla debe guardar armonía con la interpretación y alcance realizado de la Convención Americana de Derechos Humanos, por parte de la CIDH a través de su jurisprudencia.

De tal manera que Lucke (1689) citado en Madriñan (1991) declara que el concepto de libertad tiene la categoría de propiedad “por consiguiente, el grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad” (p.33) el término propiedad incluye la vida, la libertad y las posesiones.

Peña (2012) le da la condición de sagrado al derecho de la libertad individual y se justifica su restricción por la necesidad de perseguir y prevenir el delito, solo en las excepciones señaladas por la ley, luego Locke (1689) citado en Madriñan (1991) dice que “cada persona forma parte de una comunidad de la cual depende para realizar sus anhelos individuales. Según esto, la tarea social consiste sobre todo en la garantía de la libertad individual” (p.36) no basta con crear espacios libres al margen del Estado, más bien se trata de la posibilidad de garantía social de la libertad, es decir, de la participación en la vida política, económica y cultural.

CAPÍTULO TERCERO. LA COLATERALIDAD JURÍDICA PROVENIENTE DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS PENALES MILITARES EN COLOMBIA PARA AÑOS 1979, 1985 Y 2003.

1. Consecuencias jurídicas provenientes de la privación de la libertad

A continuación se detalla cada uno de los casos que tuvieron su relevancia y trascendieron en la dinámica de la justicia penal militar, ya que ponen en evidencia las consecuencias jurídicas provenientes de la administración de una justicia cuando esta se distancia de los fines esenciales del Estado, como de las garantías mínimas que propicien el ejercicio y el goce de los derechos humanos, como ocurrió en Colombia con la “Operación Ballena Azul” las armas del Cantón Norte en el año de 1979, la retoma del Palacio de Justicia 6 noviembre de 1985, finalizando con el caso de la guaca de las FARC EP en el Caquetá para el año 2003.

Los casos anteriores representaron en su momento imperiosos desafíos entre la Jurisdicción Especial y la ordinaria con relación al tema de la competencia para conocer de cada uno de los mismos, toda vez que el ejecutivo solicitó que la justicia penal militar investigara y juzgara a militares, donde resultaron involucrados civiles por conductas conexas con las funciones propias de los integrantes de las fuerzas militares y policiales, donde por razones de autonomía e independencia debieron ser conocidas por la jurisdicción ordinaria, puesto que la jurisdicción castrense carecía de competencia de acuerdo a la Constitución y la Ley, para juzgar civiles a través de Cortes Marciales, como se ha indicado en los capítulos anteriores, por lo tanto, la norma que existe actualmente en la Constitución de 1991 es consecuencia directa a dichos antecedentes históricos relacionados con juicios a personas que no ostentaban la condición de militar o policía.

Es de anotar que la responsabilidad individual no ha sido fácil de demostrar por parte de los organismos del control del Estado, pero cosa distinta ha ocurrido con la responsabilidad contenciosa a través del Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde en múltiples oportunidades fue declarado internacionalmente responsable el Estado colombiano por la infracción a la Convención.

Como se reflejó en el caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, con sentencia del 31 de enero de 2006, por hechos en enero de 1990, en el municipio de Pueblo Bello, corregimiento de Valencia – Córdoba y corregimiento de Pueblo Bello, municipio de Turbo – Antioquia, entre Paramilitares y Militares adscritos al Ejército Nacional de Colombia. Todo ocurrió entre el 13 y 14 de enero de 1999, cuando un grupo de alrededor de 60 paramilitares armados llegaron al corregimiento de Pueblo Bello, saquearon las viviendas, secuestraron y posteriormente asesinaron a un grupo de personas. Se formularon las denuncias y se iniciaron las investigaciones las cuales desafortunadamente no arrojaron resultados sobre los responsables de los hechos criminales.

Situación similar se presentó con el caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, por hechos ocurridos el 27 de febrero de 1998, por paramilitares. El señor Jesús María Valle Jaramillo, era un defensor de derechos humanos, donde para el año de 1996 empezó a denunciar hechos criminales de grupos paramilitares en el municipio de Ituango. Para el 27 de febrero de 1998 unos hombres armados llegan a la oficina de Valle Jaramillo en Medellín y lo asesinan con armas de fuego y las investigaciones adelantadas no sancionaron a los responsables de los hechos.

Seguidamente el caso Escué Zapata vs. Colombia, con sentencia del 04 de julio de 2007, por hechos ocurridos el 01 de febrero de 1988, resguardo indígena de Jambaló – Cauca, por Militares adscritos al Ejército Nacional de Colombia. Consistió en un actuar violento en contra de los gobernadores de los pueblos indígenas ubicados en el departamento del Cauca, como German Zapata Escué quien era Gobernador del resguardo de Jambaló. El 01 de febrero de 1988 integrantes del Ejército Nacional, ingresan al domicilio de Zapata Escué, proceden a amarrarlo y lo sacan de la vivienda, la madre de la víctima sale para donde unos familiares, desde donde logró escuchar unos disparos, encontrando el cadáver de su hijo en medio del caserío. Sin embargo la investigación adelantada no logró procesar y sancionar a los responsables.

En el caso de la masacre de La Rochela Vs. Colombia, con sentencia del 11 de mayo de 2007, por hechos acontecidos el 18 de enero de 1989, en el municipio de Barrancabermeja, finca la Rochela – Santander, por presuntos Paramilitares. Ocurrió todo el 18 de enero de 1989 en la Rochela, donde llegaron 15 miembros de una comisión judicial, los cuales iban hacia la localidad de la Rochela, con la misión de investigar las ejecuciones realizadas en contra de 19 comerciantes de ese sector, siendo interceptados y acibillados con disparos de armas de fuego por un grupo paramilitar de nombre Los Masetos, logrando tan solo tres personas sobrevivir. Las investigaciones se adelantaron pero no se logró individualizar y sancionar a los presuntos responsables.

El tan sonado caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, con sentencia del 15 de septiembre de 2005, por hechos ocurridos el 15 y 20 de julio de 1997, en el municipio de Mapiripan – Meta, entre Paramilitares y Militares adscritos al Ejército Nacional de Colombia. Cuando para el 12 de julio de 1997 un centenar de paramilitares desembarcan en el aeropuerto de

San José del Guaviare en vuelos clandestinos, siendo recogidos por miembros del Ejército, quienes facilitaron el transporte hasta el municipalidad de Mapiripán, donde tomaron el control del pueblo para el 15 de julio de 1997, procediendo a torturar y asesinar a un grupo de personas. Se adelantaron las investigaciones pero estas no lograron sancionar a los presuntos responsables.

Las Masacres de Ituango Vs. Colombia, sentencia del 01 de julio de 2006, para los años 2006 y 2007, en el municipio de Ituango, corregimientos de la Granja y el Aro – Antioquia, entre policías, paramilitares y militares adscritos al Ejército Nacional de Colombia. Los hechos del presente caso ocurrieron en el municipio de Ituango, donde llegaron grupos armados disidentes de la zona, los cuales fortalecieron las estructuras de autodefensas y con el apoyo del Ejército Nacional para el 11 de junio de 1996 se encaminaron 22 paramilitares al corregimiento La Granja donde asesinaron a un grupo de personas. Se adelantaron las investigaciones las cuales no arrojaron resultados en contra de los responsables.

Luego para los días 22 de octubre y 12 de noviembre del año de 1997, se presentó otra operación paramilitar en el corregimiento de El Aro donde 30 hombres armados torturaron y asesinaron a un grupo de personas y sometieron a trabajos a residentes con el fin de hurtar entre 800 y 1200 reses, durante el repliegue del Aro los paramilitares incendiaron la mayor parte de las viviendas. Las investigaciones permitieron la sanción de algunos responsables en materia penal.

En el caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, sentencia del 8 de diciembre de 1995, fue condenado el Estado Colombiano por hechos acontecidos el 7 de febrero de 1989, en la vereda Guaduas del municipio de San Alberto – Cesar, por paramilitares y militares adscritos al Ejército

Nacional de Colombia. En el municipio de San Alberto Departamento del Cesar en 1989 donde interactuaban el Ejército, paramilitares y guerrilleros. Para el 07 de febrero de 1989 Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana militantes del M19 fueron retenidos por miembros del Ejército, la familia inicia la búsqueda pero los presuntos responsables negaron su responsabilidad. Se iniciaron las acciones judiciales las cuales no arrojaron resultados que permitieran la sanción de los sindicados.

Vemos otro ejemplo en el caso Las Palmeras Vs.Colombia, Sentencia del 06 de diciembre de 2001, por hechos acontecidos el 23 de enero de 1991, en el cacería las Palmeras del municipio de Mocoa – Putumayo, en operación conjunta entre Militares y Policías de Colombia. Los hechos acaecieron para el 23 de enero de 1991 en el poblado de Las Palmeras, donde el Comandante del departamento de Policía Putumayo ordena a policías y a integrantes del Ejército ejecutar una operación armada en una escuela rural donde detuvieron y quitaron la vida a Artemio Pantoja Ordoñez Hernán Javier Cuarán, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas, William Hamilton Cerón Rojas, Hernán Lizcano Jacanamejoy y Moisés Ojeda. Las investigaciones disciplinarias absolvieron a los señalados, el proceso contencioso administrativo concluyo que la incursión armada no se le pudo adjudicar a algún grupo armado en particular.

Caso los diecinueve (19) Comerciantes Vs. Colombia, sentencia del 05 de julio de 2004, por hechos acontecidos el 06 de octubre de 1987, municipio de Puerto Boyacá – Boyacá, por Paramilitares. El caso ocurrió el 7 de octubre de 1987 cuando un grupo de paramilitares ubicados en el municipio de Puerto Boyacá interceptaron a 17 comerciantes señalados de colaboradores de la guerrilla, a quienes asesinaron, descuartizaron y sus cuerpos fueron lanzados a un río. Pasadas dos semanas dos comerciantes fueron a buscar a los primeros, quienes igualmente fueron detenidos y asesinados. Las

investigaciones no arrojaron mayores pistas que permitieran la sanción de los responsables.

El caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, sentencia del 12 de septiembre de 2005, por hechos acaecidos el 24 de agosto de 1994, en Bogotá – Cundinamarca, en procedimiento realizado por la Policía Nacional de Colombia. El 24 de agosto de 1994 Wilson Gutiérrez Soler fue detenido por la Policía Nacional, fue esposado, torturado, golpeado y lesionado, fue obligado a rendir una declaración sobre los motivos de retención. Las investigaciones adelantadas por la jurisdicción penal militar y la ordinaria no arrojaron conclusiones, que permitieran la sanción de los responsables, debiendo exiliarse Gutiérrez Soler en Estados Unidos de América por amenazas.

En el caso Manuel José Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010, hechos acontecidos el 09 de agosto de 1994, en Bogotá – Cundinamarca. Consistió en la violencia sistemática en contra de los miembros del partido de la Unión Patriótica UP. El señor Manuel Cepeda Vargas para el 9 de agosto de 1994 fue asesinado cuando se desplazaba en su automóvil de la vivienda al Congreso de la República, al propinarle varias lesiones con arma de fuego. Las investigaciones no permitieron la sanción de todos los responsables de la muerte de Cepeda Vargas.

Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, sentencia del 03 de septiembre de 2012, en hechos acaecidos el 29 de agosto de 1996, municipio de Morelia – Caquetá, Militares adscritos al Ejército Nacional de Colombia. Los hechos acontecieron el 29 de agosto de 1996, cuando Luis Gonzalo Restrepo se encontraba cubriendo las marchas de protesta contra la política estatal de fumigación de cultivos ilícitos, cuando un grupo de militares lo agredieron debiendo consultar los servicios médicos. La investigación

disciplinaria permitió la sanción de dos militares, la investigación penal militar por delito de lesiones personales no fue terminada, debido a que el expediente se perdió sin lograr la sanción de los responsables.

Finalmente la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia del 30 de noviembre de 2012, hechos acontecidos el 13 de diciembre de 1998, vereda Santo Domingo, municipio de Arauca- Arauca, Fuerza Aérea de Colombia. Este caso se tuvo su génesis el 13 de diciembre de 1998 durante un operativo militar, un helicóptero descarga un dispositivo Cluster de tipo AN-M1A2 integrado por granadas de fragmentación AN-M41A encima de la calle principal de Santo Domingo, ocasionando la muerte de 17 personas y 27 heridos. La investigación condeno al Estado y sancionaron a tres personas.

El Estado colombiano ha sido declarado internacionalmente responsable en trece (13) oportunidades por graves violaciones a los derechos contemplados en la Convención, donde se le impuso la obligación de pedir perdón, reparar material y simbólicamente a las víctimas de dichas violaciones.

De donde se concluye que la privación injustificada de la libertad ordenada por un juez de instrucción penal militar debe ser reparada, donde el demandante puede acudir por subsidiaridad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien es en definitiva la máxima interprete de la convención a través de su jurisprudencia. El sustento de la presente afirmación tiene su origen en la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien ha dicho que la jurisdicción penal militar, hace parte de aquellos “agentes” que menciona el artículo 74 de la Ley 270 de 1996, frente a la responsabilidad administrativa por las acciones u omisiones de funcionarios y empleados judiciales.

Al punto que frente al contenido del artículo 12 de la Ley 270 de 1996 en concordancia con el artículo 116 de la Carta Política, establece que entre los órganos encargados de administrar justicia se encuentra la autoridad de la Justicia castrense, aflorando las consecuencias jurídicas provenientes de la privación de la libertad a través de una responsabilidad objetiva (CE 3ª 12 dic. 2017, r 25000232600020050223801, D, Rojas).

2 “Operación Ballena Azul” las armas del Cantón Norte 1979

Para el primero de enero de 1979, el grupo alzado en armas denominado M-19 asaltó el Cantón Norte y se apropió de alrededor de 5.000 armas, utilizando como fachada una discreta residencia ubicada en el norte de la capital de Colombia, desde donde se diseñó un túnel artesanal de unos 80 metros aproximadamente que, desde la cocina, permitía llegar al depósito de armas.

La construcción artesanal contó con una duración de 73 días, donde los subversivos trabajaron sin parar hasta superar el recorrido de un lado al otro de la calle, hasta vulnerar la seguridad del complejo militar, como consecuencia de la urbanización gradual del conflicto armado colombiano, como lo expreso Rodríguez (2015) “por el contrario, dichas acciones se hacen más frecuentes en las zonas urbanas” (p.173) donde se empieza a evidenciar que el conflicto armado colombiano que por años había sido rural, comenzaba a migrar e instalarse paulatinamente en los grandes centros poblados existentes para la época de los hechos, en especial la ciudad capital de Colombia.

Una vez conocido sobre el asalto al Cantón Norte, mediante prensa hablada y escrita, durante el mandato del Presidente, Julio César Turbay

Ayala, quien siendo consciente de la gravedad de los hechos ocurridos, dio la orden para la recuperación del material bélico, sin importar los medios utilizados por las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que era claro, es que en ese momento la fuerza pública para cumplir con la orden presidencial, utilizara fuentes humanas que les suministraran información catalogada como de inteligencia, donde muchas de estas personas terminaron confesando su participación en los hechos del primero de enero de 1979, al igual, que delatando a otros partícipes o cómplices en el asalto al Cantón Norte, denominada Operación Ballena Azul.

La situación era tan grave en ese momento, que la acción militar fue desmedida, en contra de la ubicación y persecución de los presuntos responsables de dicha hazaña insurgente. Los mecanismos empleados por la fuerza pública que naturalmente fueron ilegales, permitieron al parecer la recuperación de todas las armas que habían sido sustraídas del depósito, frente al costo que se pagó, que fue muy alto, ya que se presentaron numerosas infracciones a los derechos humanos en contra de los presuntos responsables o sindicados de haber cometido el hurto de alrededor de 5.000 mil armas del Cantón Norte “es preciso tener en cuenta que entre 1974 y 1991, la sociedad colombiana experimentó trece años bajo Estado de Sitio” (Ramírez Bacca, Renzo, Arenas, León, 2015, p.243). Lo que favoreció la violación reiterada y flagrante de derechos humanos por parte de agentes del Estado, escudados en el ejercicio de la defensa de la Seguridad Nacional para la defensa y protección del Estado de Derecho, puesto en peligro por organizaciones insurgentes, que pretendían asumir el control del país a través de la implantación de ideas marxistas, la fuerza y la violencia.

2.1 La sentencia de la justicia penal militar

El alcance que se le dio en el momento coyuntural a la justicia penal militar para juzgar civiles en virtud a la conexidad entre conductas comunes y

delitos políticos, fue muy desafortunada, al disponer de figuras como el estado de sitio y de la justicia penal militar como instrumento para resolver las dificultades sociales y políticos por las cuales transitaba el pueblo colombiano durante el mandato del Presidente, Julio César Turbay Ayala.

Según la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la diferencia entre el delito político y común de la siguiente manera:

El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes prescritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención. (C.Const, C-009/1995, V. Naranjo)

Con relación a la anterior aclaración que hace la Corte Constitucional, se puede afirmar que el Presidente, Julio César Turbay Ayala, hizo en su momento un terrible daño a la Justicia Penal Militar, al ordenar que las Cortes Marciales conocieron de delitos comunes y políticos que en teoría no tenían ninguna relación con el servicio que cumplía las fuerzas militares y la Policía Nacional.

Es por ello que la prohibición quedó consagrada en la Constitución de 1991, donde en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar¹⁸ con el fin de evitar situaciones como las presentadas durante la presidencia del Doctor Turbay Ayala, que pretendió juzgar a través de la justicia penal militar a civiles por conexidad entre delitos

¹⁸ Artículo 213 Constitución Política de Colombia

comunes y políticos, como si fueran de competencia de la justicia castrense y policial.

2.2 La situación jurídica de los investigados

La mayoría de casos que involucraban el juzgamiento de civiles por delitos comunes, en conexidad con delitos políticos y castrenses, terminaron en libertad los procesados, debido a que las Cortes Marciales que fueron celebradas en Bogotá, estuvieron precedidas por ilegalidades y violaciones al debido proceso, que dieron al traste con la actuación judicial. Como se mencionó anteriormente el ejecutivo pretendió resolver problemas sociales y políticos empleando mecanismos como el estado de sitio y la Justicia Penal Militar, las cuales en vez de generar confianza y credibilidad terminaron con una mayor percepción de incredulidad y desprestigio de las instituciones públicas frente a los colombianos

3 La retoma del Palacio de Justicia 6 noviembre de 1985

Para el 6 de noviembre de 1985, a eso de las 11:30 horas, ingresan de forma violenta cuatro comandos del grupo guerrillero alzado en armas M-19 de la compañía Iván Marino Ospina, comandados por Luis Otero y Andrés Almarales, asesinan sin mediar palabra al administrador de Palacio y a dos guardas de seguridad, igualmente, dentro del Palacio se encontraban ya integrantes de la organización guerrillera vestidos de civil, simulando ser usuarios del servicio público de administración de justicia.

Al enterarse el Gobierno Nacional de la incursión armada, emitió la orden de su recuperación Militar al Edificio, y la liberación de los privados de la libertad por la célula rebelde. El expresidente Belisario Betancur Cuartas, al parecer no dudó en tomar la anterior decisión y ordenar al Ejército Nacional la ejecución inmediata para salvaguardar el Estado de Derecho, donde designó como Comandante de las operaciones militares tendientes a la

recuperación de la libertad de los prisioneros y posterior captura de los insurgentes, al Comandante de la XIII Brigada, Brigadier General Jesús Armando Arias Cabrales.

La orden impartida consistía en la captura de los subversivos, el rescate de los privados de la libertad y la recuperación física de la edificación, arribando primero por su cercanía al lugar de los hechos, integrantes del batallón Guardia Presidencial, con quienes se produjeron los primeros disparos en la parte externa del complejo judicial con miembros del grupo alzado en armas.

Pasado un tiempo, llegaron al sitio los tanques pertenecientes a la Escuela de Caballería, a la cabeza del Teniente Coronel Luis Alfonso Plazas Vega, ingresando al Palacio de justicia echando abajo la puerta principal. Los guerrilleros al observar el ingreso violento con artillería pesada reaccionan y se dispersan en los pisos más altos de la edificación, desde donde contienen el ataque de la fuerza legítima del Estado colombiano.

Existió una división de funciones, la Escuela de Caballería y la Escuela de Artillería se responsabilizaron del operativo de recuperación y del rescate de rehenes, personas que hasta donde se sabe, eran puestos bajo custodia del personal de inteligencia que se encontraban presentes en la Casa del Florero, ubicada en la esquina nororiental de la Plaza de Bolívar, dónde funcionaría un puesto unificado de mando por parte de las fuerzas regulares del Estado.

El puesto de mando unificado establecido en la casa del florero fue conformado por personal del Estado Mayor de la Brigada XIII del Ejército Nacional, Policía Nacional de Colombia (F-2), y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Ya entrada la noche para el fatídico 6 de

noviembre se ordena a las 20:30 horas el repliegue de los tanques debido a que los alzados en armas comenzaron a encender expedientes y los arrojaban desde los pisos altos de la edificación.

En esa dinámica se hizo necesaria la presencia de los bomberos quienes desde la parte externa del Palacio de Justicia trataban de controlar el incendio, una vez controlada la conflagración, a eso de las 02:00 horas la fuerza pública inicia un nuevo ingreso al Palacio, pero este es abortado a consecuencia del humo y del calor en su interior, procediendo a realizar disparos con cañones a las paredes del edificio, para crear una ruta de ventilación que permitiera el ingreso de aire y la disipación de los gases producidos en la incineración de expedientes y cuerpos humanos en su interior.

Aproximadamente a las 06:00 horas se reanudan las operaciones militares, con soldados de la Escuela de Artillería y de contraguerrilla urbana, y el Batallón de Guardia Presidencial, donde ubican dos tanques en la entrada del Palacio, que servían de escudo o trinchera para protección de los militares y los rescatados que iban saliendo, progresivamente del inmueble, las fuerzas insurgentes fueron siendo copadas por la superioridad militar, ingresando al segundo y tercer piso donde rescatan numerosos rehenes.

A eso de las 15:30 horas se accede al tercero y cuarto piso del Palacio de Justicia donde concluye la operación militar con la captura de algunos de los insurgentes y la liberación de los rehenes.

3.1 La sentencia

Pasados 22 años del holocausto de la Palacio de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, por intermedio de la Doctora Ángela María Buitrago, vinculó al Coronel retirado Plazas Vega como coautor de los punibles de

secuestro agravado y desaparición forzada agravada, por la presunta desaparición de personas que al parecer salieron con vida del Palacio de Justicia para el 7 de noviembre de 1985.

Mediante resolución de acusación del 11 de febrero de 2008, la Doctora Ángela María Buitrago, calificó el mérito del sumario y acusó al Coronel retirado Alfonso Plazas Vega por los injustos penales de secuestro agravado y desaparición forzada agravada de al menos 11 personas. Seguidamente la Doctora María Stella Jara Gutiérrez, encontró culpable al Coronel Plazas Vega y lo condenó a 30 años de prisión por el delito de desaparición forzada agravada.

Luego el Tribunal Superior de Bogotá confirma parcialmente la sentencia condenatoria al Coronel retirado Luis Alfonso Plazas Vega, mediante sentencia proferida el 30 de enero de 2012, de acuerdo a los recursos de apelación presentados por la Defensa y el Ministerio Público, donde niega la solicitud de cesar el procedimiento en contra del investigado.

Es de anotar que el 14 de noviembre de 2014 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de los sucesos conocidos como la toma y la retoma del Palacio de Justicia, en la ciudad de Bogotá, los días 6 y 7 de noviembre de 1985. Caso Rodríguez Vera y Otros. Desaparecidos del Palacio de Justicia Vs. Colombia.

3.2 Situación jurídica del procesado

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, mediante radicado SP17466-2015 de fecha 16 de diciembre de 2015 y con ponencia

del Magistrado Luis Guillermo Salazar Otero resolvió lo siguiente:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público y el apoderado de Luis Alfonso Plazas Vega contra el fallo del 30 de enero de 2012, por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó parcialmente el proveído el 9 de junio de 2010 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, que lo condenó a la pena de prisión de treinta (30) años como autor mediato en estructuras organizadas de poder por el delito de desaparición forzada en Irma Franco Pineda y Carlos Augusto Rodríguez Vera (Caracol Televisión, 2015)

Una vez analizado el acervo probatorio como los argumentos de hecho y de derecho, la Sala resuelve casar el fallo y en su lugar absolver al Coronel retirado Luis Alfonso Plazas Vega de los delitos por los cuales había sido condenado y dispone de la libertad inmediata e incondicional del Coronel Plazas Vega, en razón a la decisión tomada.

4 Caso de la Guaca de las FARC EP en Caquetá para el año 2003

Transcurría el mes de abril del año 2003, cuando 147 militares pertenecientes a las contraguerrillas Demoledor, cuyo comandante era el Teniente Fernando Mojica Calderón, y Buitre comandada por el Teniente Sanabria Acevedo, ambas pertenecientes al Batallón de Contraguerrilla No. 50 Batalla de Palonegro perteneciente a la Brigada Móvil No. 6 del Ejército Nacional, quienes accidentalmente ubican una guaca de las FARC con no menos de 40 mil millones de pesos en zona despoblada del municipio de San Vicente del Caguán perteneciente al Departamento del Caquetá. Una gran fortuna que no fue reportada al mando institucional, los militares optaron por gastar el dinero en mujeres y bebidas, al igual, que en todo tipo de excesos que los pusieron en evidencia frente a todos los lugareños.

4.1 La sentencia de la justicia penal militar

Para el 19 de mayo de 2003 se inicia la investigación, la cual termina el 08 de agosto de 2006, con la condena de un Juez Penal Militar, por el punible de Peculado por apropiación; proceso que fue anulado en el 2007 por el Tribunal Superior Militar y después de 6 años se profirió una nueva condena, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior Militar, donde condenan a 94 de los 147 uniformados a penas que oscilan entre los 48 y 52 meses de prisión, donde la Fiscalía Penal Militar, la Procuraduría y los defensores de los enjuiciados recurrieron la decisión ante el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, donde la Corte Suprema de Justicia deja en firme algunas de las condenas impuestas por la Jurisdicción Penal Militar, enjuiciamiento que fue catalogado bastante polémico por la presunta atipicidad en la conducta llevada a cabo por los Militares, en el sentido que:

La garantía a utilizar es la de Nullum crimen sine lege, ninguna conducta, por muy antisocial o inmoral que parezca, puede ser calificada como delito sino viene definida de esta forma por una ley previa a su comisión, la conducta desarrollada por los integrantes de las compañías Buitre y Demoledor del Batallón de Contra Guerrillas No. 50 desde el punto de vista moral militar es totalmente reprochable, hablando del Honor Militar, teniéndose en cuenta que un militar se forma como hombre íntegro, con los más altos valores y una ética irreprochable, por eso al encontrar ese hallazgo se debió dar parte a los superiores para poder identificar plenamente el dueño de ese dinero” (Portela, 2013, p. 12).

Es de allí donde se califica una conducta como delito cuando la misma no está previamente definida como tal en la Ley penal en virtud al nullum crimen sine lege, implicaría una clara violación al debido proceso por parte de los operadores judiciales que pretender enjuiciar a una persona con la aplicación de una norma que para al momento de la ocurrencia de la conducta no

estaba establecida como prohibida por parte del legislador.

Frente al delito por el cual fueron procesados los militares, no fue bien claro, puesto que siempre el proceso tanto en el juzgado de Brigada de conocimiento, como el tribunal estuvo rodeado de incertidumbre frente a la ocurrencia del peculado, cuando no fue posible establecer quién era el propietario del dinero encontrado por parte de los 147 militares pertenecientes a las contraguerrillas Demoledor, en cabeza de su Comandante Teniente Fernando Mojica Calderón, y Buitre comandada por el Teniente Sanabria Acevedo, ambas pertenecientes al Batallón de Contraguerrilla No. 50 Batalla de Palonegro perteneciente a la Brigada Móvil No. 6 del Ejército Nacional.

Las FARC oficialmente no se han pronunciado como la propietaria de los 40 mil millones de pesos encontrados en zona despoblada del municipio de San Vicente del Caguán del Departamento del Caquetá, más aún después de 14 años de ocurridos los hechos, la justicia penal militar como la jurisdicción ordinaria no ha podido determinar de quien era ese dinero encontrado por los militares, la discusión frente al tema no es pacífico, después de la existencia de una condena en materia penal, que dejó más dudas que certeza sobre el justo procesamiento y condena de militares, donde la Corte Suprema de Justicia en su momento omitió pronunciarse de fondo, puesto ni siquiera casó la sentencia, sólo se limitó a reducir la pena a algunos Militares.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, mediante radicado SP2042-2015 de fecha 09 de septiembre de 2015 y con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público y los defensores de los procesados, donde no casa el fallo impugnado con el

cargo único de las demandas allegadas, casar de oficio y parcialmente la sentencia de 31 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Superior Militar y en consecuencia reduce la pena de algunos de los Militares a quienes no se les había tenido en cuenta beneficios al momento de la dosificación de la pena por la primera y segunda instancia de la jurisdicción especial penal militar al momento de decidir de fondo en el proceso penal.

Llama en su momento la atención en la investigación que la totalidad de los procesados se encuentran gozando del beneficio de la libertad provisional, según decisiones adoptadas por los Juzgados 76, 82, 83 y 84 de Instrucción Penal Militar y el Tribunal Superior, después de encontrarse ejecutoriada y no ser casada por la Corte Suprema de Justicia.

Los hechos que originaron las sentencias en la Operación Ballena Azul, La retoma del Palacio de Justicia y Caso de la Guaca de las FARC EP, los operadores judiciales de primera y segunda instancia, tuvieron dos cosas en común, como al omitir dar aplicación a los criterios normativos, jurisprudenciales establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, como al no consultar los criterios identificados a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como *pacta sunt servanda*, convencionalidad, actualización normativa, acceso a la administración de justicia, puesto como lo ha ratificado la misma Corte al referirse que los Estados Partes deben aplicar el instrumento en todas las actuaciones judiciales o administrativas, sin excusarse en la preponderancia de la legislación interna.

Puesto si bien es cierto, la Operación Ballena Azul ocurrió en 1979, La retoma del Palacio de Justicia en 1985 y el Caso de la Guaca de las FARC EP en el 2003, la Convención ADH (Pacto de San José) es de 1969, cuya aprobación por Colombia fue mediante la Ley 16 de 1972, entrando en vigor

para el 18 de julio de 1997, está en su artículo 2, establece el compromiso de los Estados Parte adoptar las disposiciones de derecho interno conforme a los compromisos internacionales, muestra de ello es las 13 sentencias en las que la Corte Interamericana ha encontrado responsable al Estado colombiano por ir en contravía de la convencionalidad, actualización normativa, acceso a la administración de justicia.

En la justicia penal militar, es notorio como cada vez que la Corte Interamericana condena al Estado colombiano por violación a la CADH, en especial los fallos que involucran acción u omisión de los integrantes de la fuerza pública, el Ministerio de Defensa Nacional a través de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, hace amplia divulgación mediante instructivos, donde se copian apartes textuales de la condena, que generalmente contiene reparaciones materiales y simbólicas para las víctimas, observando las fallas que se presentaron por parte de los jueces de instrucción penal militar de la época de los hechos, que conocieron de oficio o por remisión por competencia de la justicia ordinaria, de investigaciones preliminares y sumarios, de procedimientos militares y policiales, las cuales culminaron con auto inhibitorio o con cesaciones de procedimiento.

Al punto que al imponerse una medida cautelar al momento de resolverse la situación jurídica, el Juez penal militar debe tener cuidado con el contenido del artículo 12 de la Ley 270 de 1996 en concordancia con el artículo 116 de la Carta Política, establece que entre los órganos encargados de administrar justicia se encuentra la autoridad de la Justicia castrense, que implica responsabilidad objetiva del Estado.

CAPÍTULO CUARTO. LAS DECISIONES DE LOS JUECES DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR AL MOMENTO DE RESOLVER LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PROCESADO.

Es preciso manifestar que cuando concurren los presupuestos del artículo 522 de la Ley 522 de 1999 para imponer en contra del encartado medida de aseguramiento, conforme a los numerales del artículo 529 y numeral siguientes del artículo 439 del Código Penal Militar, así como el artículo 466 de la misma normatividad donde se contemplan los requisitos para imponer medida de aseguramiento, el Juez Penal Militar procederá a imponer medida cautelar de conminación, caución y/o detención preventiva, según corresponda.

No obstante, concurriendo los requisitos formales y sustanciales el Juez Penal Militar, debe consultar los fines de la medida como la proporcionalidad, la razonabilidad y la necesidad, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas, victimarios y la sociedad en general.

Es por ello que se analizaron los autos proferidos por los jueces de instrucción penal militar en primera instancia al momento de resolver la situación jurídica del procesado y su posterior valoración por parte del Tribunal Superior Militar, tomando como referencia el periodo o intervalo 2010 a 2015 respectivamente.

1 Determinación del universo y selección de la muestra

1.1 Universo

Fijar el universo, como el conjunto de autos interlocutorios proferidos en el

agotamiento de etapas procesales en los Sumarios, en los cuales al resolver la situación jurídica se recurre en alzada ante el Tribunal Superior Penal Militar, por imposición o abstención de medida de cautelar al momento de resolver la situación jurídica del procesado, quedando en firme al ser desatado el recurso en segunda instancia:

Tabla 7:
Universo y selección de la muestra

POBLACIÓN		
ESTRATO	TIPO	CANTIDAD
2010	Conminación	3
	Caución	2
	Detención preventiva	4
	Se abstiene	1
2011	Conminación	1
	Caución	0
	Detención preventiva	8
	Se abstiene	1
2012	Conminación	2
	Caución	0
	Detención preventiva	8
	Se abstiene	1
2013	Conminación	0
	Caución	0
	Detención preventiva	5
	Se abstiene	4
2014	Conminación	0
	Caución	0
	Detención preventiva	6
	Se abstiene	3
2015	Conminación	0
	Caución	0
	Detención preventiva	10
	Se abstiene	0
TOTAL		59

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Al momento de crear la herramienta para incorporar la información auscultada las sentencias en segunda instancia proferidas por el Honorable Tribunal Penal Militar, se tuvo en cuenta el campo de acción sobre el cual se movería la investigación como lo son las medidas de aseguramiento de conminación, caución y detención preventiva, siendo necesario incluir la abstención como una variable respecto de la cual probablemente el fallador de segunda instancia decide sobre la procedencia o no de la medida por parte del Juzgado de Instrucción Penal Militar.

Por lo general llegan las decisiones de abstención y de imponer medida, por parte del instructor en recurso de alzada por considerar el Ministerio público a través de su delegado o la parte civil por medio de su apoderado, que la medida es procedente y piden la modificación del auto interlocutorio y en su lugar la imposición de la medida por la segunda instancia, como lo es el Tribunal.

En el universo y selección de la muestra se indican cinco periodos conformados por los años 2010 a 2015, y la razón metodológica por la cual se toma a partir del año 2010 es la sanción y entrada en vigencia de la Ley 1407 y Ley 1765 de 2015 en un periodo quinquenal respectivamente, en donde se dividen las decisiones en cuatro variables a tener en cuenta, como los son la conminación, la caución, detención preventiva y la abstención de la medida, discriminadas de la siguiente manera.

En el año 2010 ingresaron al Tribunal en recurso de apelación tres sentencias proferidas por los juzgados de instrucción en donde se impuso medida cautelar de conminación al momento de resolver la situación jurídica al encartado. Por otra parte, en el mismo periodo llega al Tribunal en apelación dos sentencias en donde el juez instructor consideró

motivadamente que la medida cautelar de caución al momento de decidir la situación jurídica del procesado.

Asimismo, para el año 2010 se encontró que el Tribunal debió resolver cuatro sentencias en donde posiblemente concurrieron los requisitos formales y sustanciales que exige el estatuto punitivo castrense para imponer la medida de detención preventiva al investigado.

Seguidamente, finalizando el año 2010 se identifica en la variable abstención una sola decisión por parte de los juzgados de Instrucción Penal Militar, que llega en apelación al Tribunal por parte del Ministerio Público, al no compartir los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia, que fueron tenidos en cuenta al momento de decidir la situación jurídica del procesado.

Posteriormente, para el año 2011 ingresa al Tribunal en recurso de apelación una sentencia proferida por los juzgados de instrucción en donde se impuso medida cautelar de conminación al momento de resolver la situación jurídica al encartado. Por otra parte, para el mismo periodo no llega al Tribunal en apelación sentencia en donde el juez instructor impusiera medida cautelar de caución al momento de decidir la situación jurídica el procesado.

Del mismo modo, para el año 2011 se identificó en el Tribunal que debió resolver ocho sentencias en donde posiblemente concurrieron los requisitos formales y sustanciales que exige el estatuto punitivo castrense para imponer la medida de detención preventiva al investigado. Al dar por culminando el año 2011 se identifica en la variable abstención una sola decisión por parte de los juzgados de Instrucción Penal Militar, que llega en apelación al Tribunal por parte del Ministerio Público al no compartir los argumentos

expuestos por el fallador de primera instancia, que tuvo en cuenta al momento de decidir la situación jurídica del procesado.

No obstante, para el año 2012 llega al Tribunal en recurso de apelación dos sentencias proferidas por los juzgados de instrucción Penal Militar en donde se impuso medida cautelar de conminación al momento de resolver la situación jurídica al encartado. Por el contrario, para el mismo periodo no llegan al Tribunal en apelación sentencias en donde el juez instructor impusiera medida cautelar de caución al momento de decidir la situación jurídica el procesado.

Adicional a lo anterior, para el año 2012 se identificó en el Tribunal que debió resolver ocho sentencias en donde concurrieron los requisitos formales y sustanciales que exige el estatuto punitivo castrense para imponer la medida de detención preventiva al investigado.

De la misma manera, culminando el año 2012 se identifica en la variable abstención una sola decisión por parte de los juzgados de Instrucción Penal Militar, que llega en apelación al Tribunal por parte del Ministerio Público al no compartir los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia, tenidos en cuenta al momento de decidir la situación jurídica del procesado.

El dato que revela el año 2013 consiste en que los juzgados de instrucción no enviaron en apelación ninguna sentencia en donde fuera necesaria la imposición de la medida restrictiva de la libertad de conminación al momento de resolver la situación jurídica al encartado. Luego para el mismo año 2013 no se evidencia que llegaran al Tribunal en apelación sentencias en donde el Juez instructor impusiera medida cautelar de caución al momento de decidir la situación jurídica el procesado.

Adicional a lo anterior, para el año 2013 se identificó en el Tribunal que debió resolver cinco sentencias en donde concurrieron los requisitos formales y sustanciales, para el fallador de primera instancia, que exigen el estatuto penal castrense para imponer la medida de detención preventiva al investigado.

Al analizar la información obtenida para el año 2013 se identifica en la variable abstención en cuatro decisiones tomadas por los juzgados de Instrucción Penal Militar, que llega en alzada al Tribunal, en donde el Ministerio Público no compartió los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia, los cuales fueron expuestos al momento de decidir la situación jurídica del procesado.

Para el año 2014 se identificó que los juzgados de instrucción no enviaron en apelación ninguna sentencia en donde fuera necesaria la imposición de medida restrictiva de la libertad de conminación al momento de resolver la situación jurídica al encartado. Del mismo modo, para el año 2014 no se evidencia que llegaran al Tribunal en apelación sentencias en donde el juez instructor impusiera medida cautelar de caución al momento de decidir la situación jurídica al procesado.

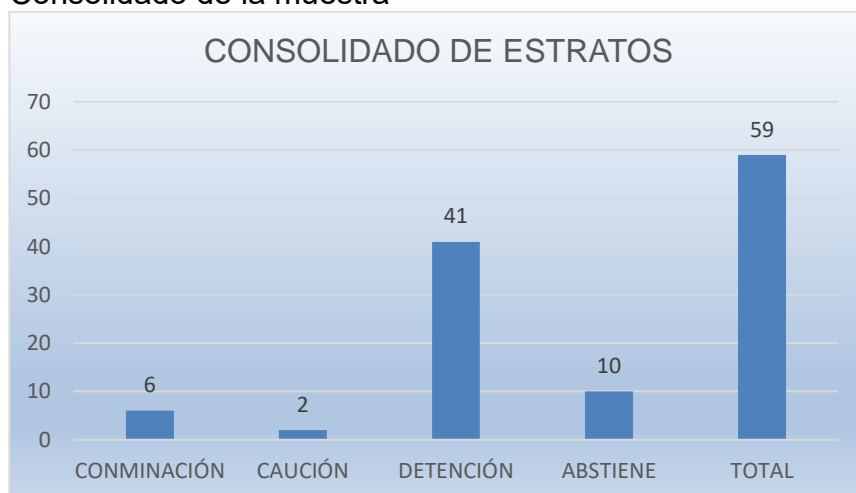
Por consiguiente, para el año 2014 se identificó en el Tribunal que debió resolver seis sentencias en donde concurrieron los requisitos formales y sustanciales, para el fallador de primera instancia, que exige el estatuto penal castrense para imponer la medida de detención preventiva al investigado. Finalmente para el año 2014 se identifica en la variable abstención tres decisiones tomadas por los juzgados de Instrucción Penal Militar, que llega en alzada al Tribunal, en donde el Ministerio Público no compartió los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia, al momento de decidir la situación jurídica del procesado.

Al verificar el año 2015 se identificó que los juzgados de instrucción no enviaron en apelación sentencia alguna en donde fuera necesaria la imposición de medida restrictiva de la libertad de conminación al momento de resolver la situación jurídica al encartado. Situación similar ocurre para el año 2015 donde no se evidencia que llegaran al Tribunal en apelación sentencias en donde el instructor impusiera medida cautelar de caución al momento de decidir la situación jurídica al procesado.

Llama la atención como para el año 2015 se identificó en el Tribunal diez sentencias en donde concurrieron los requisitos formales y sustanciales, para el fallador de primera instancia, para imponer la medida de detención preventiva al sindicado. Se encuentra para el año 2015 en la variable abstención cero decisiones tomadas por los juzgados de Instrucción Penal Militar, que llegaran en alzada al Tribunal, generalmente en desacuerdo por el Ministerio Público al no compartir los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia, al momento de decidir la situación jurídica del investigado.

Gráfico: 1

Consolidado de la muestra



Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Se empieza a evidenciar como para el intervalo 2010 – 2015 llegan en recurso de alzada seis (6) decisiones en las cuales los jueces de instrucción penal militar impusieron medida cautelar de conminación al procesado.

Luego para el mismo periodo respecto a la caución se impusieron dos (2) medidas de caución las cuales llegan al Tribunal al ser interpuesto el recurso de alzada o de apelación por parte de los sujetos procesales.

El número de detenciones preventivas para el periodo 2010 al 2015 oscilaron entre cuarenta y una (41) decisiones impuestas por los juzgados instructores y que fueron apeladas ante el Tribunal Superior Militar, siendo la caución la medida cautelar menos procedente de acuerdo al tipo de delito y requisitos formales y sustanciales establecidos en el Código Penal Militar.

Frente al número de abstenciones que ingresan al Tribunal Superior Militar entre el periodo 2010 al 2015 se identificaron un total de diez (10) decisiones en su mayoría apeladas por el Ministerio Público, donde se refleja que los procuradores en la justicia penal militar, tienen un papel bastante activo con relación a que están prestos a apelar aquellas decisiones donde consideran que se debió de imponer medida cautelar al momento de resolver la situación jurídica al procesado.

1.2 Muestra

La muestra, comprende una pequeña parte de un todo, será escogida de algunas de las decisiones del Tribunal Superior Penal Militar tomadas en el período comprendido entre los años 2010 – 2015, que comprende la delimitación temporal de la presente investigación.

Para la selección de la muestra, se empleará el Método Estratificado por

Afijación Proporcional, donde cada año se considerará como un estrato, con las variables de caución, conminación, detención y abstención de todas y cada una de las medidas cautelares impuestas por los instructores.

$$\frac{N}{n} \quad \frac{X}{n1}$$

Dónde:

N = Población.

n = Tamaño de la muestra.

n1 = Muestra del estrato.

Para lo cual se establecerá como tamaño de la muestra la cantidad de treinta (30) sentencias despachadas por el Tribunal Superior Militar, al resolver en recurso de alzada las decisiones tomadas de fondo por los juzgados de instrucción al momento de resolver la situación jurídica de los investigados, en las cuales se imponen medidas cautelares como caución, conminación, detención preventiva y abstención.

La abstención de la medida se incluye entre la muestra por cuanto la misma admite recurso de apelación y algunas sentencias han sido revocadas e impuesto caución, conminación o detención preventiva por considerar el Tribunal que se reúnen tanto los requisitos sustanciales y procesales como el indicio grave de responsabilidad para considerar la viabilidad de imponer la medida, aunque son muy pocas las sentencias proferidas por el Tribunal donde revoquen el auto interlocutorio de primera instancia e impongan medida de aseguramiento, donde se puede evidenciar que los magistrados no son partidarios de imponer medida aún se cumplan con los requisitos formales y sustanciales, necesarios para la medida.

Tabla 8:
Muestreo por estratos

ESTRATOS		FORMULA			S-TOTAL			
		N	=	X				
		N		n1				
2010	CONMINACIÓN	30		X	=	90		
		59		3		59	=	2
	CAUCIÓN	30		X	=	60	=	1
		59		2		59		
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30		X		120		
		59		4	=	59	=	2
	SE ABSTIENE	30		X	=	30	=	
		59		1		59		0
2011	CONMINACIÓN	30		X		30		
		59		1	=	59	=	0
	CAUCIÓN	30		X		0		
		59		0	=	59	=	0
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30		X		240		
		59		8	=	59	=	4
	SE ABSTIENE	30		X	=	30	=	
		59		1		59		0
2012	CONMINACIÓN	30		X		60		
		59		2	=	59	=	1
	CAUCIÓN	30		X		0		
		59		0	=	59	=	0
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30		X		240		
		59		8	=	59	=	4
	SE ABSTIENE	30		X	=	30	=	
		59		1		59		0

Tabla. 8 (Continuación)

2013	CONMINACIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	CAUCIÓN		X		0		
		59	0	=	59	=	0
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30	X		150		
		59	5	=	59	=	3
	SE ABSTIENE	30	X		120	=	
		59	4		59		2
2014	CONMINACIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	CAUCIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30	X		180		
		59	6	=	59	=	3
	SE ABSTIENE	30	X	=	90	=	
		59	3		59		2
2015	CONMINACIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	CAUCIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30	X		300		
		59	10	=	59	=	6
	SE ABSTIENE	30	X	=	0	=	0
		59	0		59		
TOTAL							30

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Será equivalente al año 2010 para las decisiones que corresponden a conminación el total de dos (2) sentencias tomadas por los juzgados de instrucción penal Militar, luego para la caución arrojó una (1) sentencia, respecto a la detención preventiva aparece dos (2) estratos y frente a las abstenciones se concluye que corresponde a cero (0).

La representación del año 2011 para las decisiones que corresponden a conminación el total de cero (0) sentencias tomadas por los juzgados de instrucción penal Militar, luego para la caución arrojó cero (0) sentencias, respecto a la detención preventiva aparece cuatro (4) estratos y frente a las abstenciones se determinó que correspondió a cero (0).

Se determinó que para el año 2012 las decisiones que corresponden a conminación fue cero (0) sentencia tomada por los juzgados de instrucción penal Militar, luego para la caución arrojó cero (0) sentencias, respecto a la detención preventiva aparece tres (3) estratos y frente a las abstenciones se concluye que corresponde a dos (2) interlocutorios

La representación del año 2013 para las decisiones que corresponden a conminación el total de cero (0) sentencias tomadas por los juzgados de instrucción penal Militar, luego para la caución arrojó cero (0) sentencias, respecto a la detención preventiva aparece tres (3) estratos y frente a las abstenciones se determinó que correspondió a dos (2) autos.

Será igualmente al año 2014 para las decisiones que corresponden a conminación el total de cero (0) sentencias tomadas por los juzgados de instrucción penal Militar, luego para la caución arrojó cero (0) sentencia, respecto a la detención preventiva aparece tres (3) estratos y frente a las abstenciones se concluye que corresponde a dos (2) decisiones.

Le correspondió al año 2015 con relación a la conminación cero (0) sentencias tomadas por los juzgados de instrucción penal Militar, luego para la caución arrojó cero (0) sentencias, respecto a la detención preventiva aparece seis (6) estratos y frente a las abstenciones se concluye que corresponde a cero (0) interlocutorios

2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

2.1 Análisis documental

La técnica que se aplicará para el análisis documental de tipo descriptivo – analítico, cualitativo y hermenéutico de las diferentes obras con relación al tema investigado, así como las sentencias del Honorable Tribunal Penal Militar y jurisprudencia.

Las sentencias se clasificaron en los siguientes temas afines o estratos: conminación, caución (prendaria y juratoria), detención y abstención de imponer medida cautelar, así:

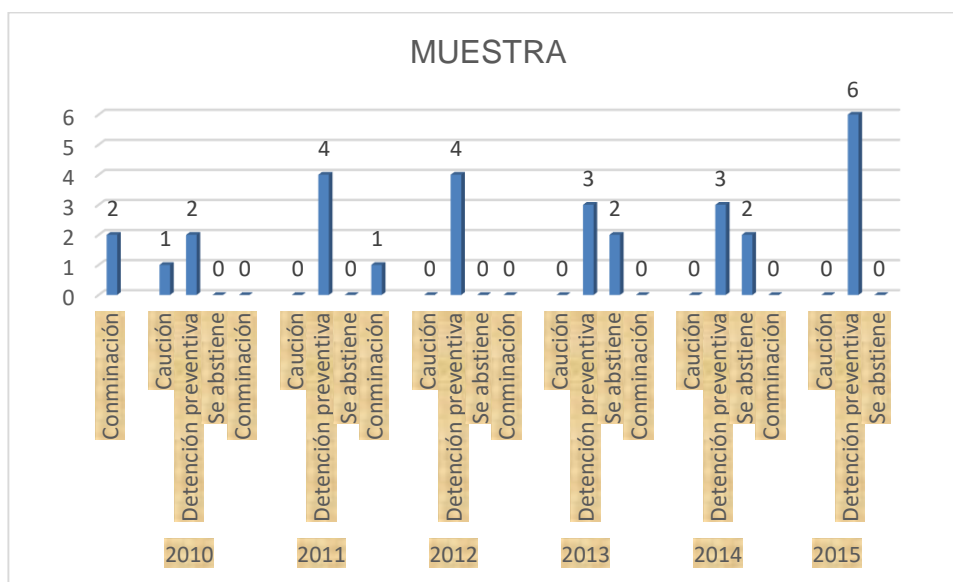
- Conminación = 3 estratos o sentencias
- Caución = 1 estratos o sentencias
- Detención = 22 estratos o sentencias
- Abstención = 4 estratos o sentencias

Lo anterior genera un consolidado de estratos por año de conminación, caución, detención preventiva y abstención de imponer medida cautelar de 30 estratos o sentencias entre los años 2010 a 2015 por parte de las salas de decisión del Honorable Tribunal Superior Militar, donde esta muestra corresponde a una realidad estadística de lo que ocurrió entre el periodo de cinco años con la llegada de una nueva norma sustancial y procesal a la Jurisdicción especial penal militar y policial.

A continuación la gráfica representa la distribución de decisiones de discriminadas en las variables de conminación, caución, detención preventiva y abstenciones entre los años 2010 a 2015, que llegaron en apelación al Tribunal Superior Penal Militar.

Gráfico 1:

Sentencias juzgados de Instrucción Penal Militar-Muestra



Fuente: Datos alcanzados en el estudio.

Para el año 2010 el número de detenciones preventivas fue igual al número de conminaciones impuesta por los juzgados de instrucción penal Militar, seguido de las cauciones con un auto interlocutorio. El año 2010 es interesante en el sentido que es la fecha en la cual fue sancionada la Ley 1407 de 2010, la cual representaba no solo un cambio de Sistema Procesal de un inquisitivo escritural a uno con tendencia acusatoria.

Luego al mirar el año 2011 el número de medidas de aseguramiento de detención preventiva correspondió a un total de cuatro autos interlocutorios

mientras que las demás medidas como la conminación y la caución no tuvieron cabida alguna para este periodo.

En el año 2012 la detención preventiva fue la medida cautelar con mayor incidencia con relación a las demás, seguida de la conminación, lo que indica que es utilizada con mayor frecuencia la detención por parte de los juzgados de instrucción penal Militar al momento de resolver la situación jurídica con relación a las demás medidas cautelares.

Al mirar los datos aportados para el año 2013 sigue siendo la detención preventiva la medida cautelar usada con mayor frecuencia por parte de los instructores al momento de resolver la situación jurídica, no obstante se empieza a notar que la abstención se aplica con mayor frecuencia con relación a la conminación y la caución.

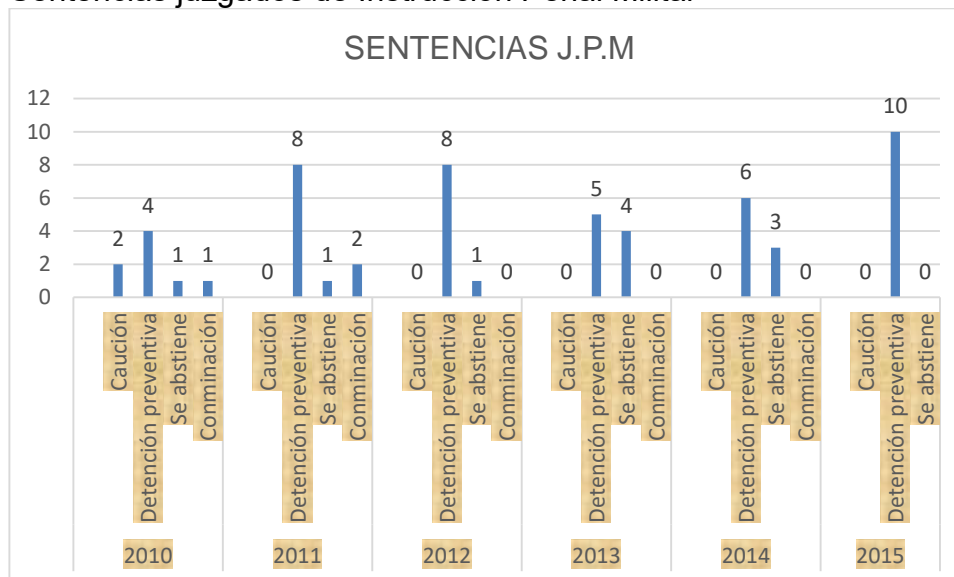
En el año 2014 las decisiones son iguales con relación al año 2013, aún persiste la detención preventiva con mayor frecuencia en su uso con relación a la abstención, siendo esta última superior a la conminación y a la caución. Los años 2013 y 2014 reflejan un equilibrio frente a la detención y conminación como medidas cautelares de mayo disposición por parte de los jueces penales militares de instrucción a la hora de resolver la situación jurídica del procesado.

Llama la atención como para el año 2015 el número de detenciones preventivas impuestas por los juzgados de instrucción es muy superior con relación a los demás años y a las demás medidas cautelares como la conminación y la caución, en términos generales es la detención preventiva la medida cautelar por excelencia que más aplican los jueces de instrucción al momento de resolver la situación jurídica, no obstante la abstención en los cinco años representa un número considerable de decisiones respecto a las

cuales los instructores no tomaron medida cautelar.

Gráfico 2:

Sentencias juzgados de Instrucción Penal Militar

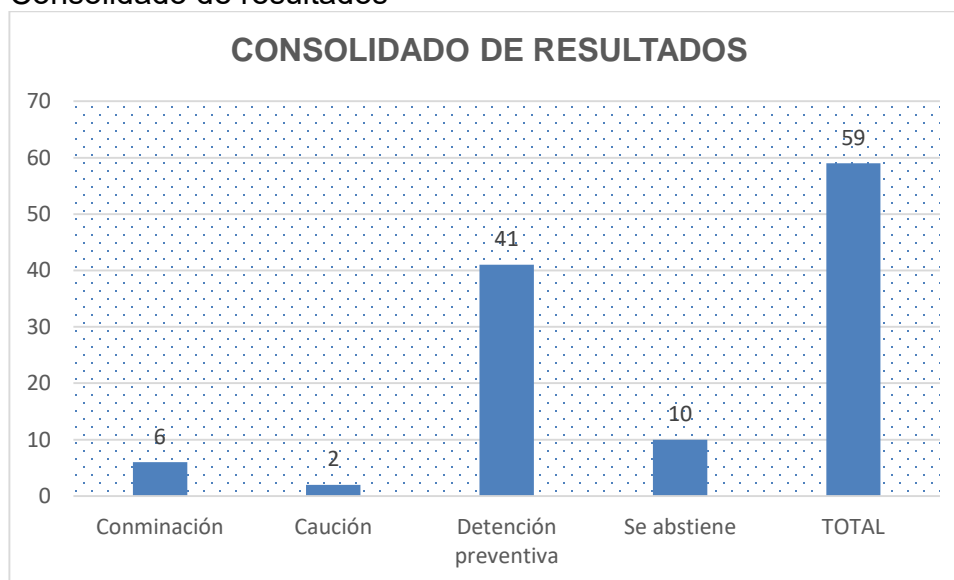


Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Con el fin de realizar un análisis integral al número de autos interlocutorios proferidos en el periodo 2010 a 2015 por parte de los juzgados de instrucción Penal Militar, es apropiado indicar que de las 59 decisiones que llegaron en recurso de apelación al Tribunal Superior Militar, discriminadas en las variables de conminación, caución, detención preventiva y abstención, fueron revocadas o confirmadas por parte de la segunda instancia

Es de aclarar que las cifras que se presenta en el grafica a continuación corresponden solamente a los autos interlocutorios que fueron apelados a los jueces de instrucción penal militar en toda Colombia, los cuales fueron enviados al Tribunal Superior Militar quien en definitiva resolvió sobre la procedencia o no de la medida cautelar impuesta por la primera instancia, conforme a lo establecido en el estatuto castrense y policial.

Grafico 3:
Consolidado de resultados



Fuente: Datos alcanzados en el estudio

En el periodo 2010 a 2015 al resolver la situación jurídica los jueces de instrucción les fueron apeladas seis (6) conminaciones, dos (2) cauciones, cuarenta y una (41) detenciones preventivas, al igual fueron recurridas diez (10) abstenciones para un total de cincuenta y nueve (59) decisiones judiciales relacionadas en la gráfica.

Es por ello que se hace a continuación un comparativo entre el número de autos interlocutorios que fueron apelados para el periodo 2010 al 2015 y cuál fue la decisión tomada por el Tribunal Superior Militar al desatar el recurso, si revocó o confirmó, al igual que indicar cuál fue el argumento hermenéutico preponderante en cada una de las decisiones para apartarse de la motivación tenida en cuenta por parte de los jueces instructores al momento de considerar procedente la medida cautelar correspondiente.

A continuación se presenta gráficamente las decisiones tomadas por el Tribunal Superior Militar, respecto al año, tipo de medida, cantidad de

sentencias, cuantas confirma o revoca.

Tabla 9:
Sentencias del Tribunal Superior Militar.

SEGUNDA INSTANCIA				
AÑO	TIPO DE MEDIDA	CANTIDAD	CONFIRMA	REVOCA
2010	Conminación	3	1	2
	Caución	1	1	0
	Detención	6	3	3
	Se abstiene	0	0	0
2011	Conminación	1	0	1
	Caución	0	0	0
	Detención	8	4	4
	Se abstiene	1	1	0
2012	Conminación	2	0	2
	Caución	0	0	0
	Detención	8	1	7
	Se abstiene	1	1	0
2013	Conminación	0	0	0
	Caución	0	0	0
	Detención	5	2	3
	Se abstiene	4	1	3
2014	Conminación	0	0	0
	Caución	0	0	0
	Detención	6	1	5
	Se abstiene	3	1	2
2015	Conminación	0	0	0
	Caución	0	0	0
	Detención	10	2	8
	Se abstiene	0	0	0
		59	19	40

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

En donde de 3 cauciones que fueron apeladas para el año 2010, confirmaron 1 y dos fueron revocadas, para el mismo periodo se apeló una

caución la que posteriormente fue confirmada por el Tribunal, respecto a la detención preventiva de 6 apelaciones 3 fueron confirmadas y 3 fueron revocadas por el fallador de segunda instancia

Luego en el año 2011 se apeló 1 conminación la cual fue revocada por el tribunal, de 8 detenciones preventivas recurridas 4 fueron confirmadas y 4 revocadas, y con relación a 1 abstención la misma fue confirmada por el Tribunal Superior Militar.

Para el año 2012 apelan 2 cauciones las cuales fueron revocadas por el Tribunal, se impusieron 8 detenciones de las cuales se confirmó 1 y se revocaron 7 autos interlocutorios, frente a 1 abstención que fue apelada la misma fue confirmada por el fallador de segunda instancia.

Con relación al año 2013 se puede evidenciar que se apelan 5 detenciones preventivas de las cuales se confirman 2 y se revocan 3, se apelan 4 abstenciones se confirma 1 y se revocan 3 por el alto Tribunal.

Seguidamente en el año 2014 se apelan 6 detenciones preventivas de las cuales se confirma 1 y se revocan 7, respecto de las 3 abstenciones apeladas en el mismo periodo se confirma 1 y se revocan 2 decisiones por la segunda instancia

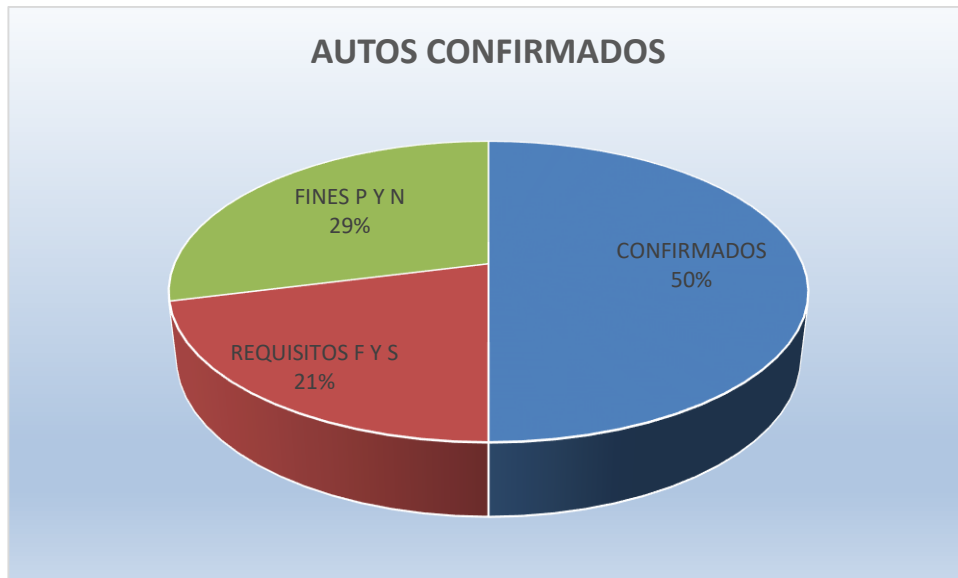
Finamente para el año 2015 fueron apeladas 10 medidas de detención preventiva de las cuales tan solo fueron confirmadas 2 y revocadas 8 por parte del Tribunal Superior Militar, fijando con ello una línea de pensamiento para los juzgados de instrucción penal Militar al momento de resolver la situación jurídica de los procesados.

Línea de pensamiento que en gran medida tiene su origen, en la

interpretación de la norma penal a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales, entre los que se cuenta el derecho a la libertad.

Gráfico 4:

Análisis autos confirmados



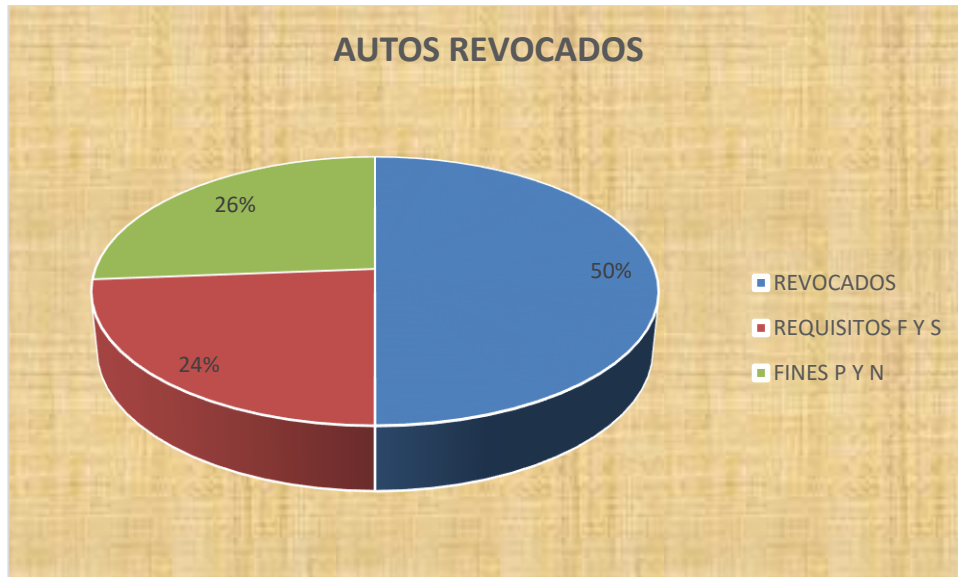
Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Ahora bien, de los 19 autos interlocutorios confirmados por las salas de decisión del Tribunal Superior Militar en el periodo 2010 a 2015, se puede decir que 8 decisiones fueron motivadas en requisitos formales y sustanciales, esto es, una decisión exegética fundada en el marco normativo de la ley 522 de 1999, mejor dicho recurriendo sólo al derecho positivo que regula la materia en especial.

No obstante de esas 19 decisiones confirmadas por la segunda instancia se puede evidenciar que 11 sentencias estuvieron acompañadas no solo de derecho positivo sino también de los fines de la medida, ello es de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, el operador jurídico al momento de decidir de fondo hizo un juicio de razonabilidad profundo que incluye un análisis del sistema jurídico local y la coherencia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como la Convención y el

Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Gráfico 5:
Análisis autos revocados



Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Al observar la gráfica se puede concluir con relación a los 40 autos interlocutorios revocados por las salas de decisión del Tribunal Superior Militar en el periodo comprendido entre los años 2010 a 2015, se puede determinar que 19 decisiones fueron revocadas por falta de los requisitos formales y sustanciales, esto es, una verificación minuciosa que hace la segunda instancia de la aplicación de la Ley 522 de 1999, Ley 1407 de 2010 de los presupuestos procesales y probatorios que sugieren la aplicación o abstención de una medida cautelar al momento de resolver la situación jurídica al procesado

En la gráfica se hace evidente que de las 40 decisiones revocadas por la segunda instancia se puede determinar que 21 sentencias estuvieron apartadas de los fines de la medida de aseguramiento, en consecuencia no se tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad, razonabilidad y

necesidad, puesto el operador jurídico al momento de decidir de fondo no hizo un juicio de razonabilidad profundo que incluyera un análisis jurídico normativo local y su coherencia con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como la Convención y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que hace necesario que el operador jurídico de segunda instancia no solo revoque el auto contrario a derecho sino que debe disponer de la libertad inmediata del procesado.

Las cifras relacionadas anteriormente indican que el Tribunal Superior frente a las medidas cautelares de conminación, caución y detención preventiva, son excepcionales su aplicación al procesado, la línea de pensamiento que sus Magistrados plasman al resolver en segunda instancia los recursos interpuestos por los sujetos procesales, dan cuenta de una postura garantista frente a la afectación de derechos fundamentales como la libertad y el debido proceso haciendo énfasis en una investigación integral. Insisten en sus providencias en que los fines del Derecho Penal ejercido a través de la jurisdicción especial se pueden materializar sin el uso infundado y caprichoso de medidas cautelares.

3 Exposición casos revocados por el Tribunal Superior Penal Militar

A continuación se presentaran y expondrán tres casos elegidos de los años 2010, 2012 y 2015 donde la medida de detención preventiva fue revocada, como las razones que el Tribunal tuvo para hacerlo:

Sala:	Cuarta de Decisión
Magistrado Ponente:	TC. Camilo Andrés Suárez Aldana
Radicación:	029-155761-6908-XIV-270-PNC
Procedencia:	Juzgado 154 de I.P.M.
Procesado:	PT. Blanco Martínez David Antonio

	PT. Bedoya Sánchez Edwin Darío
Delito:	Abandono del Puesto
Motivo de alzada:	Apelación Medida de Aseguramiento
Decisión:	Revoca
Lugar y Fecha:	Bogotá, D.C., Abril 29 de 2010

Hechos ocurridos en Itagüí el día 11 de diciembre de 2008 a las 22:00 horas, cuando se encontraban los dos policiales motorizados en la zona de tolerancia de Itagüí debiendo estar de servicio en el cuadrante Norte 4 asignado como lugar de facción en la Minuta de Vigilancia. Dichos policiales fueron vistos personalmente por el señor subcomandante de Estación de Policía Itagüí, Teniente Sierra Salgado Harvey, al pasar revista por la Calle 85 entre carrera 51 y 50-A zona de tolerancia, comunicándose por radio de donde contesto el señor patrullero Bedoya Sánchez Edwin quien manifestó inmediatamente que se encontraban en el sector del Centro de la Moda, lo cual era falso pues estaban evadidos del puesto de facción y de servicio.

La situación jurídica fue resuelta mediante providencia del 03 de febrero de 2009, en la que se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional, contra los procesados, la que se hizo efectiva en el Centro de Reclusión "Aures MEVAL", con sede en Medellín, el 10 de febrero de 2009. La decisión fue apelada por el Abogado Juan David Vélez Bolívar, Defensor del PT. Martínez Blanco

El honorable representante del Ministerio Público, Doctor Alberto Arturo Jaramillo Mira, conceptúa que es viable atender los argumentos del apelante y revocar la medida restrictiva de la libertad que pesa a desfavor de los procesados, en virtud a que los institucionales así hayan estado en la zona de tolerancia, ubicada al otro lado del Centro de la Moda, no abandonaron su lugar de facción como lo refiere el Teniente Sierra, pues no hubo dejadez

perpetua de sus funciones que es lo que caracteriza el punible endilgado, ello no ocurrió en el caso de marras porque los patrulleros siguieron prestando su servicio de vigilancia hasta las 07:00 horas, “y por ello si acaso lo desampararon o dejaron un momento que implican desasimiento temporal, desprotección que no es lo que prohíbe la norma”.

El primer recurrente, Doctor Vélez Bolívar, solicita revocar la medida de aseguramiento que pesa sobre su prohijado Martínez Blanco, por cuanto considera que la decisión se adoptó sin ningún respaldo probatorio y carente de finalidad definida y bien fundamentada. Considera que “la denuncia no se constituye en prueba dentro del proceso (...) y en consecuencia carece de todo valor probatorio”, razón por la que dicho informe y posterior testimonio del Teniente Sierra no pueden ser considerados por el despacho instructor como prueba que otorgue indicio grave para proferir medida restrictiva de la libertad.

El segundo impugnante, Doctor Héctor Manolo Pinzón Gómez, obrando en representación de los procesados, aboga por la revocatoria de la medida de aseguramiento, libertad de los patrulleros y restitución de funciones y atribuciones a los mismos, al considerar que la hipótesis delictiva de abandono del puesto no tuvo ocurrencia, en razón a que el funcionario respaldó la misma en la sola versión del oficial, que es la única prueba de cargo, apoyada en una grabación magnetofónica, pues si de analizar esta se trata, en la misma cinta aparece la voz de uno de los encartados que sostiene encontrarse en el Centro de la Moda, sitio que hacía parte del cuadrante No. 4 y por ende la evasión nunca se produjo.

Así las cosas, la Sala conforme lo establecido en el artículo 522 de Estatuto Penal Militar, la medida de aseguramiento, para el caso de detención preventiva, procede cuando resulte por lo menos verificado un

indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas. La preceptiva en cita no corresponde a lo expresado por el instructor, en la precaria argumentación que deja ver en el proveído objeto de impugnación. Olvida de forma por demás preocupante el ente investigador, razón por la cual se le hace un sentido llamado de atención, que la restricción de un derecho fundamental debe corresponder a demostración sólida, esto es, verter las razones, basado en pruebas y consecuente análisis, del porque estima que están reunidos los presupuestos para proferir la medida de aseguramiento, y no limitarse a emitir opiniones o fijar posturas carentes de motivación.

La Sala no encuentra, el respaldo sobre la afirmación del instructor respecto a que los procesados no son convincentes y que para ese momento existen “pruebas más concretas y efectivas”. Toda vez que al estudio del plenario y del análisis al peculiar proveído, se preguntó el Colegiado ¿Cuáles son las pruebas?, es que el investigador se limita a decirlo pero no lo sustenta, no hay un razonamiento sobre prueba directa y adolece el auto interlocutorio de argumento sobre la hipótesis de indicio grave. Ahora, en cuanto hace a la grabación de audio obrante en el proceso, la Corporación dejó sentada su posición sobre los reparos que a este instante se formulan y que no permiten valorar la misma, labor que debe corregir y ahondar con diligencia investigativa el funcionario instructor. En este orden de ideas la Sala le da la razón a la Defensa, respecto a que no están reunidos los presupuestos formales legales ni sustanciales materiales para proferir medida de aseguramiento, entrando a revocar las decisiones objeto de censura, con todos sus efectos.

Sala:	Primera
Magistrado ponente:	CN (r) Jorge Iván Oviedo P.
Radicación:	157440-10611-XIII-282-EJC

Procedencia:	Juzgado 73 Instrucción Penal Militar
Procesados:	CP. Asoto Pablo Andrés SV. Guzmán De La Hoz Jaime
Delito:	Abandono del Puesto y Peculado Culposo
Motivo de alzada:	Apelación Auto Resuelve Situación Jurídica
Decisión:	Revocar la Medida de Aseguramiento
Fecha :	15 de agosto de 2012

De acuerdo a informe suscrito por el Teniente Coronel Bautista Castillo, Comandante del Grupo Gaula-Cundinamarca, el día 06 de septiembre de 2011, el Cabo Primero Aristizábal Soto Pablo Andrés, quien se encontraba de suboficial de servicio de acuerdo a la orden del día No. 165 Art. 563 abandona el puesto.

El día 06 de Septiembre del año 2011 siendo aproximadamente las 18:00 horas, recibe el Sargento Viceprimero Guzmán de La Hoz Jaime de forma verbal la orden del señor Teniente Coronel William Bautista, de que tenía que estar preparado a las cuatro de la mañana en Puente Aranda, para iniciar con una misión de trabajo hacia el municipio de Fusagasugá, fue así como luego más tarde recibió un cheque de un millón quinientos mil pesos, el cual debía cambiar en la localidad de Chapinero para los gastos de la misión, fue a su casa prepara la maleta en ese mismo momento guarda la pistola Pietro Beretta No. 538292, y guarda la plata que tenía destinada para la misión, guarda la maleta que iba a llevar a la misión donde estaba la pistola, que era en la habitación de su apartamento, fue así como más tarde sale, a recargar su celular, en ese mismo instante se encontró con el Cabo Primero Aristizábal Soto Pablo Andrés y el Cabo Primero Torres Velásquez Jhovany, orgánicos del grupo Gaula, los cuales pasaron y lo invitaron a ir a comer, se fueron a comer unas hamburguesas, que venden sobre la calle, después se

dirigieron a un estadero de razón social Troya, se tomaron tres cervezas cada uno, y de ahí iban saliendo del sector en el carro del Cabo Torres y los interceptaron dos mujeres con unos cigarrillos prendidos se sintieron auto dominados por ellas. Se fueron para el apartamento, le pidieron trago, no tenía, lo que había era una gaseosa dos litros Coca Cola, ellas sirvieron, y dentro depositaron alguna sustancia que los durmió, fue así como aprovecharon y entraron a su habitación, abrieron la maleta y le hurtaron su arma pistola Prieto Beretta VER 539292 y la plata que tenía destinada para la misión.

El Juzgado 73 de Instrucción Penal Militar, el 26 de septiembre de 2011 dispuso la apertura de la investigación penal contra el Sargento Viceprimero Guzmán De La Hoz Jaime por el presunto delito de Peculado sobre bienes de Dotación y contra Cabo Primero Aristizábal Soto Pablo Andrés, por el delito de abandono del puesto, vinculándolos mediante indagatoria, al primero de ellos el 30 de noviembre de 2011 y al segundo el 20 de abril de 2012

Posteriormente al procesado Sargento Viceprimero Guzmán De La Hoz Jaime se le resolvió la situación jurídica provisional por el delito de peculado culposo el 05 de diciembre de 2011, imponiéndosele como medida de aseguramiento caución prendaria fijada en cuatro salarios mínimos, decisión que fue objeto del recurso de reposición y en subsidio apelación, accediendo el Instructor a reponer la citada providencia, reduciendo a dos salarios mínimos la cuantía de la caución

El doctor Jairo Alfonso Plata Quintero, Procurador Judicial Penal II, expresó que el recurso no está llamado a prosperar ya que si bien existen dudas, emerge el indicio de responsabilidad que exige la norma para imponer la medida, puesto que las probanzas allegadas dan cuenta de cómo

sucedieron los hechos, y constituyen evidencia de que el Cabo Primero Aristizábal abandonó su puesto para dirigirse a un bar con dos compañeros estando de suboficial de servicio de las 19:00 horas del 06 de septiembre hasta las 07:00 horas del 7 de septiembre.

Por otro lado, en cuanto a la necesidad de la medida de aseguramiento, no debe olvidarse que además de los presupuestos formales y sustanciales, se requiere que se motive la decisión en relación con los fines constitucionales, observándose que el Instructor efectivamente lo hizo teniendo en cuenta que se trata de un delito contra el servicio que es de hartísima importancia para la estructura militar o policial, para ello citó algunos pronunciamientos de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia y del tribunal Superior Militar.

En relación a la medida de aseguramiento impuesta, recuérdese que el Juez Instructor impuso la detención preventiva al considerar la existencia del presupuesto material previsto en el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, que es discutido ampliamente por el señor defensor, a lo que se referirá la Sala anticipándose a pronosticar la existencia de este presupuesto material. Pero igualmente también consideró la no presencia de alguno o algunos de los fines constitucionales para la imposición de esta clase de medidas que tienen directamente injerencia en la libertad personal, lo que se despachará favorablemente y dará lugar a la revocatoria de la medida, puesto que la misma carece de motivación por parte del Juzgado Instructor.

Como se aprecia, ninguna motivación que se hizo con referencia a los fines de la medida de aseguramiento, en el caso concreto, puesto que por un lado simplemente se indicó por la Instructora que en atención a los precedentes judiciales debían analizarse los fines de la pena, y que cuando

se trata de conductas de especial relevancia para la fuerza pública debía mirarse la trascendencia del bien jurídico y el principio de prevención de la misma, pero no sin evaluar alguno o algunos de los fines que procedían con respecto al Cabo Primero Aristizábal Soto, y por supuesto se omitió cualquier justificación; vale decir, no se intentó siquiera, teniendo como referente la foliatura, o lo que es lo mismo, en este caso concreto, argumentarse o resolverse por qué la medida de aseguramiento es necesaria para evitar que procesado obstruya el debido ejercicio de la justicia, o que constituya un peligro para la víctima o la sociedad o la fuerza pública, o que resulte probable que no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Más bien, parece ser que la Juez Instructora quiso consignar de que la naturaleza del bien jurídico protegido por la conducta, en este caso el servicio hace per se procedente la injerencia en la libertad personal, posición que contraría abiertamente la norma citada, y por supuesto el precepto constitucional, imperativo en todo caso.

Sala:	Primera de Decisión
Magistrado ponente:	CN (RA) Jorge Iván Oviedo P.
Radicación:	158303-10714-XIII-402 EJC
Procedencia:	Juzgado 89 de Instrucción Penal Militar
Procesados:	SLR. Kevin Johan Valencia Paredes
Delitos:	Tentativa de homicidio
Motivo de alzada:	Apelación auto que resuelve situación jurídica
Decisión:	Se revoca
Fecha:	14 de septiembre de 2015

Los hechos acaecidos el día 28 de julio de 2015 a las 07:15 horas cuando se le da la orden al señor Cabo Segundo del Ejército Nacional Maya Riaño Cristhian Armando, en su condición de Comandante del Pelotón ESTRIBO 2 dirigirse con su escuadra para la vereda Balalaica con el fin de comprar

combustible para las tres escuadras del pelotón ESTRIBO 2, salieron de la Base de Patrulla Móvil y después de 300 a 400 metros de desplazamiento se escucha un disparo donde se logró establecer que el soldado regular del ejército Nacional Mejía Ascuntar Ronald David, se encuentra lesionado por un disparo, acto seguido, fue evacuado hacia un centro de salud de Samaniego. Posteriormente, formaron la escuadra y por parte del Sargento Segundo del Ejército Nacional Suarez Martínez Cecilio interrogó sobre lo que había ocurrido donde el Soldado Regular del Ejército Nacional García Ortíz Mario manifestó que se iba desplazando de últimas cuando observa que el Soldado Regular del Ejército Nacional Valencia Paredes Kevin Johan levanta el fusil y le apunta al Soldado Regular del Ejército Nacional Mejía Ascuntar Ronald David propinándole un disparo por la espalda, en ese momento el Soldado Regular del Ejército Nacional VALENCIA PAREDES al ver lo que hizo, suelta el fusil y coloca las manos sobre la cabeza.

Al pronunciarse la defensa técnica manifiesta que los requisitos de la medida de aseguramiento, se consignó que en lo relativo a la obstrucción de la justicia debía acudir al artículo 309 de la Ley 906 de 2004 en el que se establece que deben existir motivos fundados y probados en el expediente; y en cuanto al peligro para la comunidad, igualmente acudir al artículo 310 de tal ley, evidenciándose subjetividad en el análisis realizado por la Instructora.

El Procurador Judicial ante la primera instancia manifestó coadyuvar los argumentos esbozados por la defensa técnica del procesado, acotando que respecto al requisito sustancial exigido por el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, se observa que la Instructora omitió la valoración de pruebas obrantes en el sumario, ya que no se hizo un análisis bajo la sana crítica, ni tampoco se cumplió el estándar probatorio, “esto es la probabilidad de responsabilidad, el cual debe hacerse con la existencia de por lo menos un

indicio grave, el cual no fue construido con las pruebas obrantes”, y ello originó la falta de motivación del auto interlocutorio recurrido, conllevando a la vulneración del derecho de defensa.

Lo que respecta a los fines de la medida argumentados por el a quo en lo que tiene que ver con obstrucción a la justicia sostuvo que debían mediar motivos grave y fundados, los cuales no se vislumbran en la decisión, situación que también acontece con la consideración de peligro para la comunidad. En lo relativo a prevención general, se consignó que ella se predica de la pena y no de las medidas de aseguramiento, la cual es de carácter provisional.

Finalmente el Tribunal Penal Militar, considera que sobre el mismo tema anterior refirió el defensor que la providencia adolecía de motivación en cuanto no se hizo una construcción del indicio grave de responsabilidad como lo exige el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, señalando también que la señora Juez se basó en dos testimonios para llegar al grado probable de responsabilidad. Al respecto señala que debe recordarse que el texto del artículo 522 es en el sentido de que al resolverse la situación jurídica debe mediar un presupuesto material probatorio, esto es, por lo menos un indicio grave de responsabilidad.

A). Obstrucción a la justicia. Según el recurso el Instructor aludió al testimonio de Meneses Villareal y García Ortiz, indicando que el primero expresó que el día de los hechos el Soldado Valencia Paredes alzó la mano y le dijo pilas, lo que ocurrió después de haberse subido en la ambulancia, y el segundo quien refirió que cuando Valencia Paredes subió a la ambulancia les apuntó con el dedo, movió la mano y les hizo señas con el mismo, como de “que nos cuidáramos”. Igualmente refirió la Juez –recordó el recurso-que al practicar las pruebas testimoniales “los dos testigos acudían con temor”, sin

que exista constancia en las diligencias. Así, el defensor considera que los argumentos son subjetivos e imprecisos, y se omitió aplicar lo previsto en el artículo 309 de la Ley 906 de 2004, ya que ello no está contemplado ni en la Ley 522 de 1999 ni en la Ley 1407 de 2010.

B). Peligro para la comunidad. Cuestionó el defensor que la Juez Instructora haya referido la posible continuidad de la conducta delictual del procesado ya que la prueba demuestra que es una persona acostumbrada a cometer dicho tipo de actos, que para él son normales. Ello no fue sustentado con base en las pruebas, pues no determinó cuáles testimonios y prueba documental lo corroboraban, haciendo nuevas conjeturas, y obviando aplicar el artículo 310 de Ley 906 de 2004.

C. Prevención General. Es equivocado que la decisión se haya argumentado en la prevención general como fin de la pena contemplado en el artículo 12 y 4 de la Ley 1407 de 2010 y Ley 522 de 1999, respectivamente, pues ello es una función y no un fin, pero de la pena. Así, se está confundiendo, los fines de la medida de aseguramiento con los fines de la pena.

En la primera sentencia analizada del Patrullero Blanco Martínez David Antonio y Patrullero Bedoya Sánchez Edwin Darío, por el presunto punible de abandono del puesto, la Sala le da la razón a la Defensa, respecto a que no están reunidos los presupuestos formales legales ni sustanciales materiales para proferir medida de aseguramiento, entrando a revocar la medida de detención preventiva, con todos sus efectos.

Respecto a la segunda sentencia expuesta del Cabo Primero Asoto Pablo Andrés y Sargento Viceprimero Guzmán De La Hoz Jaime, por el presunto punible de abandono del puesto y peculado culposo, en este caso concreto,

el instructor no pudo argumentar correctamente por qué la medida de aseguramiento es necesaria para evitar que procesado obstruya el debido ejercicio de la justicia, o que constituya un peligro para la víctima o la sociedad o la fuerza pública, o que resulte probable que no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, donde la Sala revoca la medida de detención preventiva del Cabo Primero Asoto Pablo Andrés. Respecto al Sargento Viceprimero Guzmán no se pronunció debido a que a este la primera instancia en recurso de reposición le redujo de cuatro a dos salarios mínimo el monto de la caución prendaria.

Finalmente el caso del Soldado Regular Kevin Johan Valencia Paredes, no se hizo una construcción del indicio grave de responsabilidad como lo exige el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, señalando también que la señora Juez se basó en dos testimonios para llegar al grado probable de responsabilidad. Al respecto señala que debe recordarse que el texto del artículo 522 es en el sentido de que al resolverse la situación jurídica debe mediar un presupuesto material probatorio, esto es, por lo menos un indicio grave de responsabilidad e igualmente, se está confundiendo, los fines de la medida de aseguramiento con los fines de la pena, donde en igual sentido a los dos casos que precede, la medida debió de revocarse.

CONCLUSIONES

De acuerdo al análisis de la medida de restricción a la libertad en la jurisdicción penal militar conforme a los criterios establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se concluye que la legislación interna que regula la materia en concreto ha sufrido diferentes modificaciones a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, reflejando cada vez más la autonomía e independencia de la jurisdicción penal militar del Ministerio de Defensa Nacional en los términos de la Ley 1765 de 2015, lo que en definitiva ha contribuido significativamente en la verdadera separación de decisiones judiciales del mando Militar y Policial.

Entre más exista autonomía e independencia judicial en la jurisdicción especial Militar, la consecuencia no ha de ser otra que una justicia pronta y oportuna, muestra de ello es la actualización y capacitación constante de jueces y fiscales en aras a la implementación de un sistema de investigación y juzgamiento con características acusatorias, en el cual se ha centrado el esfuerzo del gobierno Nacional en los últimos cinco años.

Todos estos cambios que responden a compromisos de tipo Internacional adquiridos a través de la Cooperación, mecanismo que permite no solo la financiación, sino la capacitación y asesoramiento del Estado, como ocurre con la embajada de Estados Unidos en Colombia, que ha contribuido a la disminución considerable de cifras en materia de impunidad en el país, ya que la implementación y adecuación del derecho interno a las necesidades y exigencias internacionales representa costos que en la mayoría de los casos los Estados no son capaces de sufragar con su propio presupuesto.

Una vez son introducidas las reformas estructurales al fuero penal militar y

a la justicia penal Militar y Policial, se armoniza el funcionamiento interno de tal modo que frente al tema de la libertad al momento de ser impuesta una medida cautelar la misma responda a los presupuestos legales y jurisprudenciales, con el fin de causar la menor afectación posible a derechos fundamentales como la libertad individual y personal, sin contravenir a través del ejercicio riguroso de la actividad judicial, el artículo 529 del Código Penal Militar.

La CIDH ha encontrado internacionalmente responsable al Estado colombiano en más de 13 oportunidades por la violación a Derechos Humanos contemplados en la Convención ADH, por acción u omisión de sus órganos o funcionarios, al igual, que por actos voluntarios propios o de particulares, lecciones aprendidas de las cuales el Estado ha obtenido experiencia, y ha puesto en marcha la implementación, adecuación de un sistema procesal penal con tendencia acusatoria.

La investigación da cuenta que la Justicia Penal Militar a través de sus jueces de instrucción, aplican los requisitos establecidos en el artículo 529 de la Ley 522 de 1999, no obstante, las apelaciones ante el Tribunal, reflejan que no hay coherencia con algunos criterios de la CIDH (actualización normativa, acceso a la administración de justicia) lo que en definitiva afecta derechos fundamentales del investigado y en algunos eventos de los sujetos procesales, como la parte civil.

Las hipótesis objetivas y subjetivas permiten la identificaron los criterios indispensables para la imposición de una medida restrictiva de la libertad en la Jurisdicción especial Penal Militar, no obstante, la modificación a la legislación interna a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, ha generado ambigüedad frente a la aplicación de tres normas que regulan la misma materia como lo es la Ley 522 de 1999, Ley 600 de 2000,

Ley 906 de 2004, Ley 1058 de 2006 y Ley 1407 de 2010 debido a que en ambas se contemplan requisitos para la imposición de la medida restrictiva de la libertad, la primera en los artículos 522 y 529, la segunda en el artículo 313, la cuarta en el los artículos 466 y 467 respectivamente.

Al establecerse en la Ley 522 de 1999 los criterios: 1) Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años procederá la medida de aseguramiento de todos aquellos delitos penales militares cuya pena mínima sea o exceda de dos años, 2) Cuando se trate de delitos contra el servicio, la disciplina y el honor militar, 3) Captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión, y 4) Que injustificadamente el procesado se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria, impuestos como medidas de aseguramiento, según lo contempla el artículo 529 del Código Penal Militar.

Luego en la Ley 1407 de 2010 se codifican los siguientes criterios: 1) Cuando se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad, 2) Cuando se trate de delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años, 3) Captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión, el artículo 467 de la ley 1407 derogó el cuarto criterio que trataba el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, donde establecía a que injustificadamente el procesado se abstuviera de otorgar la caución prendaria o juratoria, impuestos como medidas cautelares en el artículo 529 del Código Penal Militar.

Además en la Ley 1407 de 2010 Código Penal y de Procedimiento Penal Militar, encontramos que los tres (03) criterios para la procedencia de detención preventiva están condicionados por el cumplimiento de uno de los tres (03) requisitos establecidos en el artículo 466 del mismo estatuto penal

militar, siempre cuando el Fiscal Penal Militar solicite la medida ante el Juez de Control de garantías, quien la concederá cuando de los elementos material probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado puedan ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga.

A parte de los anteriores criterios, la Corte Constitucional, expresó en su momento que se debe tener en cuenta el concepto de proporcionalidad conformado por tres factores, el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin, esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios, y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (CConst, C-022/1996, C. Gaviria).

Es de allí donde la Corte Constitucional con relación a la restricción a la libertad ha hecho énfasis en el artículo 29 de la Constitución Política, debido proceso y presunción de inocencia, donde establece que las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las estrictas exigencias que determinan su legalidad. Para lo cual fija dos reglas a saber: los requisitos formales, es decir, la imperiosa necesidad de su adopción mediante providencia o auto interlocutoria, la cual deberá contener: los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios en que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales concurrentes en los indicios graves de responsabilidad soportados en las pruebas legalmente producidas dentro del trámite procesal.

La posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con relación a la restricción a la libertad se sustenta en el artículo 29 de la Constitución Política, debido proceso y presunción de inocencia, donde establece que las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de las exigencias que determinan su legalidad.

Donde la procedencia de la detención no se sujeta únicamente al cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que además, para decretarla debe atenderse para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena, siempre y cuando, además, su aplicación sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente al contenido de la Carta Constitucional.

Los criterios de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia guarda notable similitud, sin embargo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la restricción a la libertad se fundan en criterios supranacionales como lo es *pacta sunt servanda*, convencionalidad, actualización normativa, acceso a la administración de justicia, sumado a la armonía que le imprime la interpretación y alcance realizado de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de la CIDH a través de su jurisprudencia.

Los fines de la medida de aseguramiento en la jurisdicción penal Militar, fueron analizados en el radicado 156962 del 19 de septiembre de 2011, en donde expusieron que para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva no basta con que se estructuren los indicios de responsabilidad y las hipótesis objetivas (cuántum de la pena, bien jurídico o

antecedentes de la persona) señalados en el artículo 467 de la Ley 1407 de 2010 (art. 313 de la Ley 906 de 2004), sino que es indispensable que concurra prueba demostrativa de que se cumpla alguno de los requisitos establecidos en el artículo 466 de la misma Ley (art. 308 Ley 906 de 2004), a saber: 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.

Si hay prueba de responsabilidad y se presentan además los otros requisitos objetivos, pero no aparece prueba indicativa de que el imputado puede quebrantar los fines de la detención, es improcedente la medida de aseguramiento, de ser impuesta sería contrario al ordenamiento jurídico interno e incoherente con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El gobierno en su momento pretendió que la justicia Penal Militar juzgara a civiles por delitos de naturaleza política o común, con el fin de legitimar el proceder y el accionar de las fuerzas de seguridad del Estado, con el argumento que se trataba de la seguridad nacional, donde sino se actuaba de inmediato corría peligro no solo la institucionalidad sino la continuidad del Estado, no es gratuito que en el artículo 213 de la actual Constitución Política de Colombia prohíbe que los civiles sean investigados y juzgados por la Justicia Penal Militar, en gran medida a los hechos del Cantón Norte como la retoma al palacio de justicia.

Véase como en los hechos del hurto a las armas del Cantón Norte, la retoma al Palacio de Justicia y la guaca de las FARC en el Caquetá, los medios utilizados para conjurar la situación por parte de la fuerza pública no

fueron los más apropiados, respecto a los responsables del hurto a las armas del Cantón Norte y la retoma al Palacio de Justicia, ya que la Corte Interamericana encontró responsable internacionalmente al Estado colombiano por la desaparición y muerte de personas en esos dos eventos mencionados. Frente a los hechos relacionados con la guaca de la FARC, tanto el Tribunal Superior Penal Militar como la Corte Suprema de Justicia, se abstuvieron de pronunciarse de fondo frente a las pretensiones expuestas en las apelaciones, en lo que respecta a la procedencia del delito y en consecuencia de las condenas a los militares.

La consecuencia jurídica de la privación de la libertad en los delitos Militares sin las garantías de las atribuciones legales y constitucionales no ha de ser otra que la violación al debido proceso a través de una vía de hecho a consecuencia de un falso raciocinio por parte del operador judicial, ocasiona la responsabilidad objetiva del Estado, por el error jurisdiccional, oponible a través de los recursos ordinarios que se cuenten en el proceso penal militar, habeas corpus, acción de tutela, medio de control de reparación directa y en última instancia recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Tribunal Superior Militar considera frente a las medidas cautelares de conminación, caución y detención preventiva, que son instrumentos excepcionales en su aplicación al procesado, al momento de resolver la situación jurídica por parte de los jueces de instrucción penal Militar. La línea de pensamiento de los Magistrados, da cuenta de una postura de precaución y garantista frente a la afectación de derechos fundamentales, como la libertad y el debido proceso a través de una investigación integral. Insisten en sus providencias en que los fines del Derecho Penal ejercido a través de la jurisdicción especial se pueden materializar sin la necesidad de limitar la locomoción de las personas con medidas cautelares que no responden a la dogmática que refleja la Constitución de 1991.

La coherencia e integralidad de un proceso penal Militar, debe estar influenciado por los principios del Estado Social y Democrático de Derecho, cuya característica principal es soportar el modelo procesal desde el ideario de derechos y garantías que emanan desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos en los artículos 9°, 10°, 11°, 25°, en consonancia con el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional Humanitario; sin cercenar el principio de legalidad y autonomía que delimita el alcance y los efectos de las decisiones de los jueces de instrucción Penal Militar.

La recomendación que se hace a los jueces de Instrucción Penal Militar a la hora de imponer una medida cautelar, es observar el ordenamiento jurídico interno, como los criterios supranacionales de *pacta sunt servanda*, convencionalidad, actualización normativa, acceso a la administración de justicia, en conjunto con la interpretación y alcance que hace de la Convención Americana la CIDH a través de su jurisprudencia.

Finalmente, y de acuerdo a la experiencia y sana crítica del autor frente a la realidad material de lo que ocurre en algunos casos donde se resuelve una situación jurídica, respecto de la decisión de imponer o no una medida cautelar, esta coartada por la carencia o falta de autonomía del operador judicial, debido a que los despachos judiciales están ubicados dentro de unidades militares y policiales donde su funcionamiento se confunde con una dependencia bajo la jerarquía, obediencia, subordinación y complacencia del comandante de Brigada, Batallón, División, Departamento o Metropolitana de Policía. De la misma manera cuando el Juez y el Secretario de Despacho toman posesión del cargo, generalmente el juramento lo hacen ante el comandante de la unidad policial o militar, situación que compromete en gran medida el desempeño profesional del cargo, aunando a que la mayoría de

funcionarios judiciales son uniformados activos, que se encuentran en escalafón como oficiales subalternos o superiores, quienes serán evaluados y calificados por los coroneles y generales para poder ser tenidos en cuenta para los ascensos en la respectiva fuerza, quienes ven en el Juez y Fiscal penal militar un subalterno más en la jerarquía y mando militar o policial.

Las anteriores condiciones son superiores a los mismos requisitos formales y sustanciales establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, indispensables al momento de decidir si se impone una medida cautelar al resolver una situación jurídica, hasta el punto que la motivación de los autos no guardan armonía con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, limitándose al cumplimiento de la rigurosidad de la doctrina militar y policial, en pro de salvaguardar la existencia y continuidad de las instituciones por encima de los derechos fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFÍA.

- Arturo, F., & Andrés, L. (2015). Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia.
- Ariza, R. (2013). Pueblos Indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Colombia.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I; CIPPITANI, Roberto. 2013: Diccionario Analítico de Bazán, (2014), p.302
- Ballbé, M. (1812-1983). Orden público y militarismo en la España constitucional. España.
- Caracol Televisión. (16 de Diciembre de 2015). *Media caracol tv*. Recuperado el 7 de Marzo de 2017, de <http://media.caracoltv.co/Fallo.pdf>
- Chaparro, J. 2010. Fuero y justicia penal militar en Colombia: debates y controversias. (1821-1829). *Memoria y Sociedad* 14, No. 29 p 71, 90.
- Derechos Humanos e Integración Jurídica. Università degli Studi di Pavía – Tecnológico de Monterrey. Peruggia
- Díaz, F. (1988). Fuerzas Armadas, Militarismo y Constitución Nacional en América Latina, México, D.F.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho, en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta.

- Fix-Zamudio, H. (2009). Los Derechos Humanos y su Protección Internacional, Lima.
- Granados Peña, J.E. (2010) Principio de Congruencia y consideraciones probatorias.
- Gonzáles, O. (1991). La excepcionalidad en la Constitución. Los estados de excepción y los derechos humanos en la legislación peruana, Lima.
- Hinojosa, E. (1857). Historia General del Derecho español, Madrid.
- HUMANOS, C. A. D. D. (2011). Pacto de San José de Costa Rica. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 10, 489-509
- Kaplan, Marcos (1969). Formación del Estado Nacional en América Latina. Buenos Aires: Amorrortu.
- Locke, Segundo tratado sobre el gobierno civil, p. 36, citado por Madriñán, El Estado social de derecho, p. 33.
- López, J. (1888). Novísimo Manual de Procedimientos Jurídico-militares, 5a. edición, Madrid.
- Madariaga, F. (1910). Prólogo al libro de Del Nido y Torres, Manuel: Código de Justicia Militar, Madrid.

- Martínez, M. (1974) Controversias entre la jurisdicción eclesiástica militar y la ordinaria en la segunda mitad del siglo XVIII, Zaragoza.
- Moreau, A. (1880). Commentaire du Code Pénal Militaire, Paris
- Portela Solano, C. E. (2013). Vacío legal en el código penal militar frente al caso de la guaca.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2006). Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. *Ius et Praxis*, 12(2), 363-384. Recuperado en 10 de marzo de 2016, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200013&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-00122006000200013.
- Olano García, Hernán Alejandro. (2016). "Teoría del Control de Convencionalidad: 35-36.
- Olano García, Hernán Alejandro. (2010). Aproximación al pensamiento de Nicolás Gómez Dávila sobre los derechos fundamentales: Revisión de su obra *De Iure*. *Revista de Derecho*, (34), 239-282. Recuperado en 06 de marzo de 2016, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972010000200010&lng=es&tlng=es.
- Olano García, Hernán Alejandro. (2016). Teoría del Control de Convencionalidad: 8.
- Ministerio Público ciudad Bolívar. (10 de Marzo de 2017). Minipublicociudadbolivar.com.

- Palomino, J. (2011) Conflictos de competencia entre el poder judicial y la jurisdicción Militar en el contexto constitucional, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Derecho, Perú.
- Peña, E. (2012). El Sistema Acusatorio en el nuevo Código Penal Militar, Bogotá.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. (2013). El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos. *Co-herencia*, 10(19), 167-206. Recuperado en 06 de marzo de 2016, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872013000200007&lng=es&tlng=es
- Ramírez Bacca, Renzo, y Marín Arenas, León Darío. (2015). Seguridad e Ideología en Colombia, 1978-1982: Análisis crítico del Discurso de Julio César Turbay. *Anuario de Historia regional y de las Fronteras*, 20 (2), 241-269. Consultado el 05 de febrero de 2017, los de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-20662015000200010&lng=en&tlng=es
- Rodríguez Ávila, Sandra Patricia. (2012). Formación de maestros párr El Presente: Memoria y Enseñanza de la Historia Reciente. *Revista Colombiana de Educación*, (62), 163-186. Consultado el 05 de febrero de 2017, los de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-39162012000100010&lng=en&tlng=es.
- Rivacoba, M. (1969). La obediencia Jerárquica en el Derecho Penal, Lima.

- Toro, C. A. H., González, I. R. P., & Pinto, F. A. M. (2015). LA JUSTICIA
 - Justicia Penal militar colombiana y los principios procesales constitucionales de independencia e imparcialidad, después de la separación de la función de jurisdicción con la función de comando. revista justicia, 19 (26).
 - Vicente, J. (1853). Tratado de los tribunales eclesiásticos de los procedimientos que se siguen en esta clase de negocios, Madrid.
 - C.Const, C-709/2002, A. Beltrán
 - (C.Const C-009/1995, V. Naranjo)
 - C.Const, C-928/2007, H. Sierra
 - C.Const. 022/1996, C. Gaviria
 - C.Const, C-301/1993, E. Cifuentes
 - C.Const, C-327/1997, F. Morón
 - C.Const, C-425/1997. F. Morón
 - C.Const, C-106/199, G. Hernández
 - C.Const, C-634/2000, V. Naranjo
 - C.Const, C-774/2001, R. Escobar

- C.Const. C-397/1997, F. Morón.
- CSJ Penal, N° 45632/2015, L. Salazar, p. 2.
- CSJ Penal, N° 40237/2015, P. Salazar, p. 5.
- CSJ Penal, N° SP17466-2015, L. Salazar, p. 356
- CIDH. Caso Almonacid Arellano et al. Vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.
- CIDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia del 31 de enero de 2006.
- CIDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008.
- CIDH. Caso Escué Zapata vs. Colombia, sentencia del 04 de julio de 2007.
- CIDH. Caso la masacre de La Rochela Vs. Colombia, sentencia del 11 de mayo de 2007.
- CIDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005
- CIDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, sentencia del 01 de julio de 2006.
- CIDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, sentencia del 8 de diciembre de 1995

- CIDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia, sentencia del 06 de diciembre de 2001.
- CIDH. Caso los Diecinueve (19) Comerciantes Vs. Colombia, sentencia del 05 de julio de 2004.
- CIDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, sentencia del 12 de septiembre de 2005.
- CIDH. Caso Manuel José Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010.
- CIDH. Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, sentencia del 03 de septiembre de 2012.
- CIDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia del 30 de noviembre de 2012.
- CIDH. Caso Rodríguez Vera y Otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014
- CIDH. Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrafo 172
- CIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrafo 225
- CIDH. Caso López Mendoza Vs Venezuela, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 1 de septiembre de 2011, Serie C, # 233, párrafo 228.

- CIDH. Caso Atala Riffo Vs. Chile, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 24 de febrero de 2012, Serie C # 239, párrafo 284
- CIDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C # 259, párrafos 142 a 144.
- CIDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239
- Ley 522 de 1999 Código Penal Militar
- Ley 1058 de 2006 Por la cual se establece un procedimiento especial en el Código Penal Militar.
- Ley 1407 de 2010 Código Penal y de Procedimiento Penal Militar
- Ley 1765 de 2015 Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar.
- Decreto 027 del 12 de enero de 2017
- CSJ Penal, N° 36358/2011, A. Ibáñez, p. 7-9.
- CSJ Penal, N° 45632/2015, L. Salazar, p. 2.
- CSJ Penal, N° 40237/2015, P. Salazar, p. 5.
- Tribunal SPM. (2013). COMPILACIÓN JURISPRUDENCIA. REVISTA JUDICIAL, 81-82
- Tribunal SPM. Rad-156962/2011, C. Dulce
- Tribunal SPM. Rad-157477/2012, F. Araque.

- Tribunal SPM. Rad-156797/2013, N. Toloza.
- Tribunal SPM. Rad-029-155761-6908-XIV-270-PNC/2010, C. Suárez.
- Tribunal SPM. Rad-029-155761-6908-XIV-270-PNC/2012, J. Oviedo.
- Tribunal SPM. Rad-158303-10714-XIII-402 EJC /2015, J. Oviedo.

ANEXOS

Tabla 1:

Procedencia medida de aseguramiento en la Ley 1407 de 2010

No.	Criterios	Delito Ley 1407 de 2010
1	Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años	Artículo 103. Abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.
2	Cuando se trate de delitos contra el servicio, la disciplina y el honor.	Artículo 112. Delito del centinela. Incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.
3	Captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión.	Artículo 101. Amenazas. Incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años
4	Injustificadamente, se abstenga de caución.	Incumplimiento de caución prendaria o caución juratoria

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla 2:

Procedencia de la medida cautelar según Corte CIDH

No.	Criterios	Requisitos
1	Pacta sunt servanda	Obligación de cumplir los imperativos mandatos de los tratados y más cuando éstos se refieran a la protección de los derechos fundamentales
2	Principio de convencionalidad	a) Las obligaciones internacionales deben ser cumplidos de buena fe. b) Prohibición de alegar el derecho interno para incumplirlas
3	Actualización normativa	Artículos 28 y 29 de la Constitución Política Artículos 522 y 529 de la ley 522 de 1999 Artículos 464 a 467 ley 1407 de 2010.
4	Acceso a la administración de justicia	Artículos 228 y 229 de la Constitución Política

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla 3:

Procedencia medida de aseguramiento en la Ley 522 de 1999

No.	Criterios	Delito Ley 522 de 1999
1	Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda 2 años	Artículo 137. Cobardía. Incurrirá en prisión de cinco (5) a veinte (20) años.
2	Cuando se trate de delitos contra el servicio, la disciplina y el honor.	Artículo 147. Ataque al centinela. Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.
3	Captura flagrancia por delito doloso o preterintencional con pena de prisión.	Artículo 153. Sabotaje por destrucción o inutilización. Incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.
4	Injustificadamente, la caución.	Incumplimiento de caución prendaria o juratoria

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla 4:

Procedencia de la detención Preventiva en la Ley 1407 de 2010

No.	Criterios	Ley 1407 de 2010
1	Delitos contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad	Artículo 93. Insubordinación. Incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.
2	Delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años.	Artículo 96. Desobediencia. Incurrirá en prisión de dos (2) a tres (3) años.
3	Captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.	Artículo 100. Ataque al inferior. Incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla. 5:

Procedencia de la medida cautelar según la Corte Constitucional

No.	Criterios	Requisitos
1	Cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la legislación penal	Artículos 522 y 529 de la Ley 522 de 1999 Artículos 464 a 467 Ley 1407 de 2010. El razonamiento realizado a través de la actividad mental por parte del operador judicial, lo lleve a concluir dentro de la sana crítica que la medida de aseguramiento es aplicable al caso en concreto
2	Razonabilidad	Que la medida de aseguramiento sea idónea, que responda al criterio de necesidad, que no se cuente con otro mecanismo más benigno para la satisfacción del derecho fundamental de la libertad personal.
3	Proporcionalidad	

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla 6:

Procedencia de la medida según Corte Suprema de Justicia

No.	Criterios	Requisitos
1	Cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la legislación penal	Artículos 522 y 529 de la ley 522 de 1999 Artículos 464 a 467 ley 1407 de 2010.
2	Razonabilidad Adecuada	El razonamiento realizado a través de la actividad mental por parte del operador judicial, lo lleve a concluir dentro de la sana crítica que la medida de aseguramiento es aplicable y adecuada para el caso en concreto
3	Proporcionalidad Necesidad	Que la medida de aseguramiento sea idónea, que responda al criterio de necesidad, que no se cuente con otro mecanismo más benigno para la satisfacción del derecho fundamental.

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla 7:
Universo y selección de la muestra

POBLACIÓN		
ESTRATO	TIPO	CANTIDAD
2010	Conminación	3
	Caución	2
	Detención preventiva	4
	Se abstiene	1
2011	Conminación	1
	Caución	0
	Detención preventiva	8
	Se abstiene	1
2012	Conminación	2
	Caución	0
	Detención preventiva	8
	Se abstiene	1
2013	Conminación	0
	Caución	0
	Detención preventiva	5
	Se abstiene	4
2014	Conminación	0
	Caución	0
	Detención preventiva	6
	Se abstiene	3
2015	Conminación	0
	Caución	0
	Detención preventiva	10
	Se abstiene	0
TOTAL		59

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla 8:
Muestreo por estratos

ESTRATOS		FORMULA			S-TOTAL				
		N	=	X					
		N		n1					
2010	CONMINACIÓN	30		X	=	90			
		59		3		59	=	2	
	CAUCIÓN	30		X	=	60	=	1	
		59		2		59			
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30		X		120			
		59		4	=	59	=	2	
	SE ABSTIENE	30		X	=	30	=		
		59		1		59		0	
	2011	CONMINACIÓN	30		X		30		
			59		1	=	59	=	0
CAUCIÓN		30		X		0			
		59		0	=	59	=	0	
DETENCIÓN PREVENTIVA		30		X		240			
		59		8	=	59	=	4	
SE ABSTIENE		30		X	=	30	=		
		59		1		59		0	
2012		CONMINACIÓN	30		X		60		
			59		2	=	59	=	1
	CAUCIÓN	30		X		0			
		59		0	=	59	=	0	
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30		X		240			
		59		8	=	59	=	4	
	SE ABSTIENE	30		X	=	30	=		
		59		1		59		0	

Tabla. 8 (Continuación)

2013	CONMINACIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	CAUCIÓN		X		0		
		59	0	=	59	=	0
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30	X		150		
		59	5	=	59	=	3
	SE ABSTIENE	30	X		120	=	
		59	4		59		2
2014	CONMINACIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	CAUCIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30	X		180		
		59	6	=	59	=	3
	SE ABSTIENE	30	X	=	90	=	
		59	3		59		2
2015	CONMINACIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	CAUCIÓN	30	X		0		
		59	0	=	59	=	0
	DETENCIÓN PREVENTIVA	30	X		300		
		59	10	=	59	=	6
	SE ABSTIENE	30	X	=	0	=	0
		59	0		59		
TOTAL							30

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla 9:
Sentencias del Tribunal Superior Militar.

SEGUNDA INSTANCIA				
AÑO	TIPO DE MEDIDA	CANTIDAD	CONFIRMA	REVOCA
2010	Conminación	3	1	2
	Caución	1	1	0
	Detención	6	3	3
	Se abstiene	0	0	0
2011	Conminación	1	0	1
	Caución	0	0	0
	Detención	8	4	4
	Se abstiene	1	1	0
2012	Conminación	2	0	2
	Caución	0	0	0
	Detención	8	1	7
	Se abstiene	1	1	0
2013	Conminación	0	0	0
	Caución	0	0	0
	Detención	5	2	3
	Se abstiene	4	1	3
2014	conminación	0	0	0
	Caución	0	0	0
	Detención	6	1	5
	Se abstiene	3	1	2
2015	Conminación	0	0	0
	Caución	0	0	0
	Detención	10	2	8
	Se abstiene	0	0	0
		59	19	40

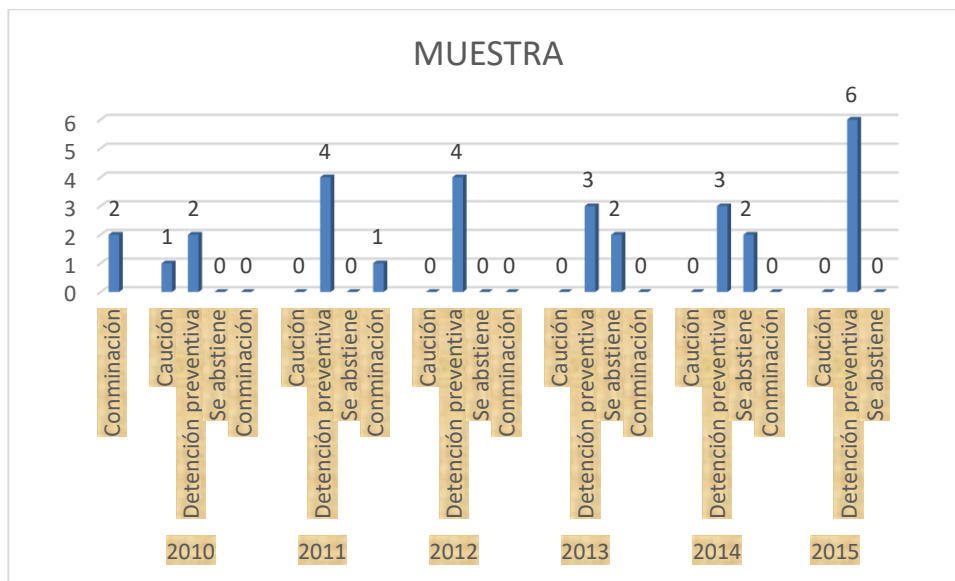
Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Tabla 10:

Ficha de análisis de sentencias

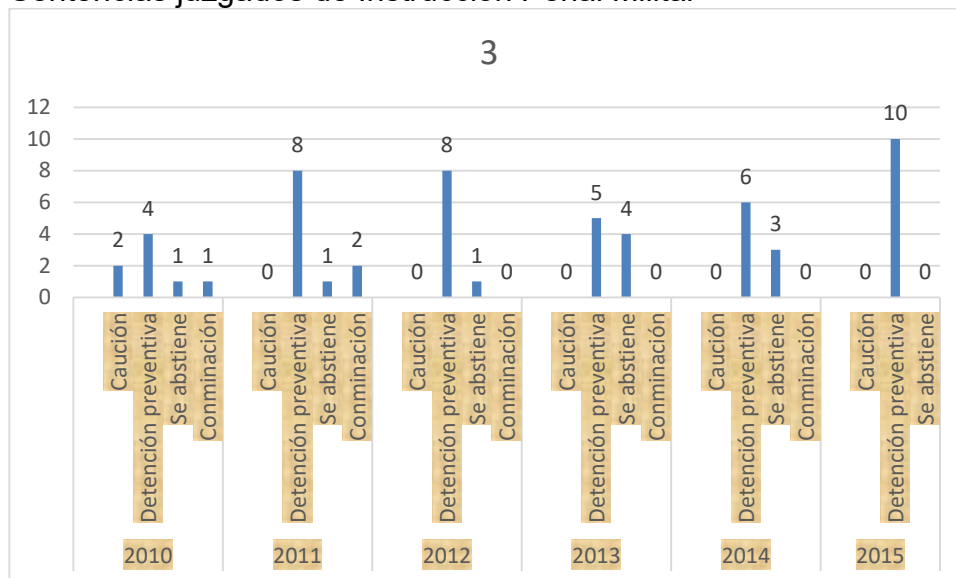
1. INFORMACIÓN DE LA SENTENCIA					No. 1
Tribunal Penal Militar Sala cuarta de decisión			Fecha de la providencia 19 de abril de 2010		
Magistrado Ponente	Teniente Coronel CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA				
Radicación	026-155728-6902-XIV-264-PNC				
Procedencia	Juzgado 181 de I.P.M				
Delito	Peculado culposo				
Motivo de alzada	Apelación medida de aseguramiento				
2. SITUACIÓN JURÍDICA					
2.1 Procedencia de la medida de aseguramiento					
2.2 Delitos contra: Disciplina			Servicio		Honor
2.3 Delitos de oficio con pena igual o superior a 2 años			X		
2.4 Captura en flagrancia, delito doloso, preterintencional con prisión					
3 MEDIDA DE ASEGURAMIENTO					
X	Conminación			Detención preventiva	
	Caución			Se abstiene	
4 RECURSO DE APELACIÓN					
4.1 Quien apela Defensa		X	Ministerio Público		Parte Civil
5 ARGUMENTO DEL TRIBUNAL					
5.1 Decisión del Tribunal					
Confirma		Revoca	X	Complementa	
5. ANALISIS CUALITATIVO DE LA PROVIDENCIA					
Requisitos formales y sustanciales			Fines de la medida (proporcionalidad, razonabilidad necesidad)		X

Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Figura 1:**Sentencias juzgados de Instrucción Penal Militar-muestra**

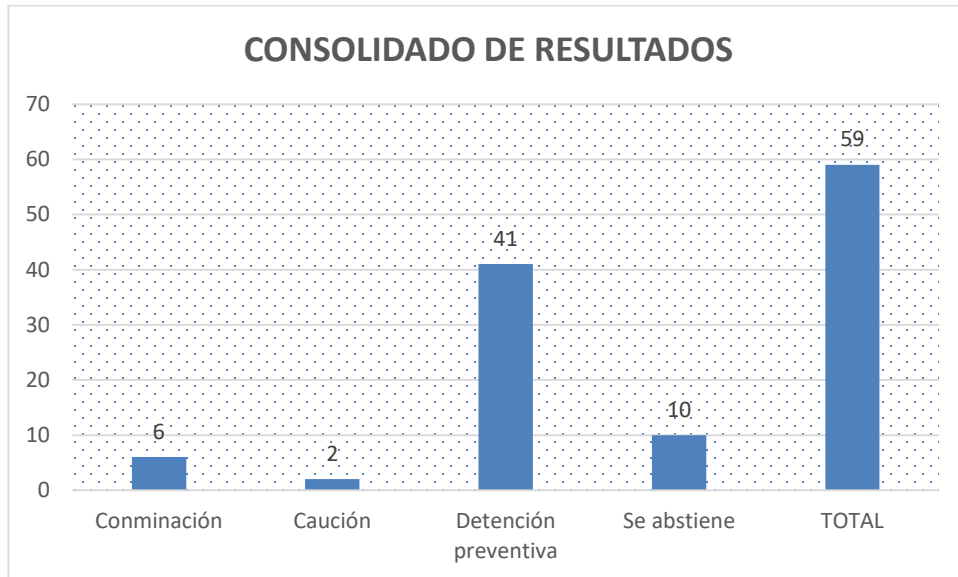
Fuente: Datos alcanzados en el estudio.

Figura 2:
Sentencias juzgados de Instrucción Penal Militar



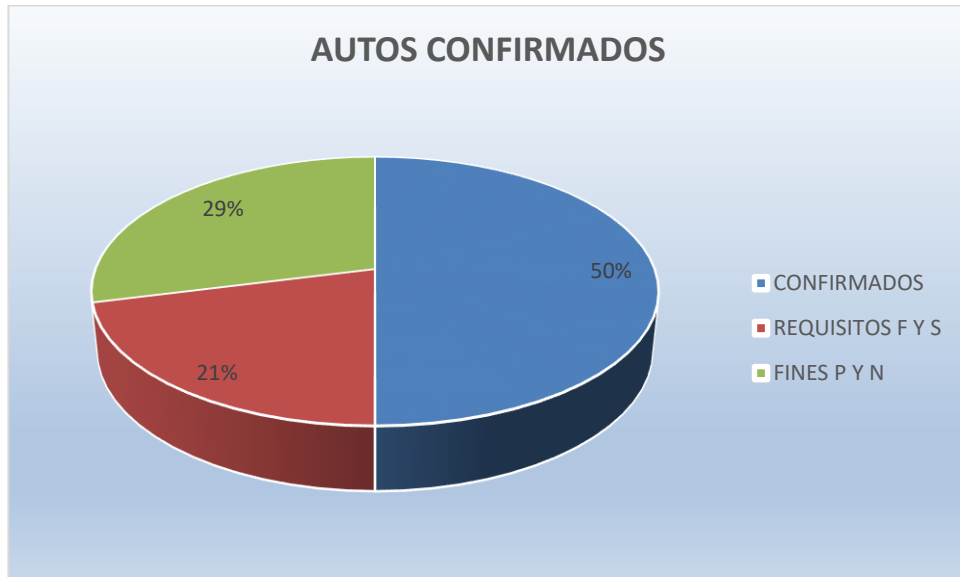
Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Figura 3:
Consolidado de resultados



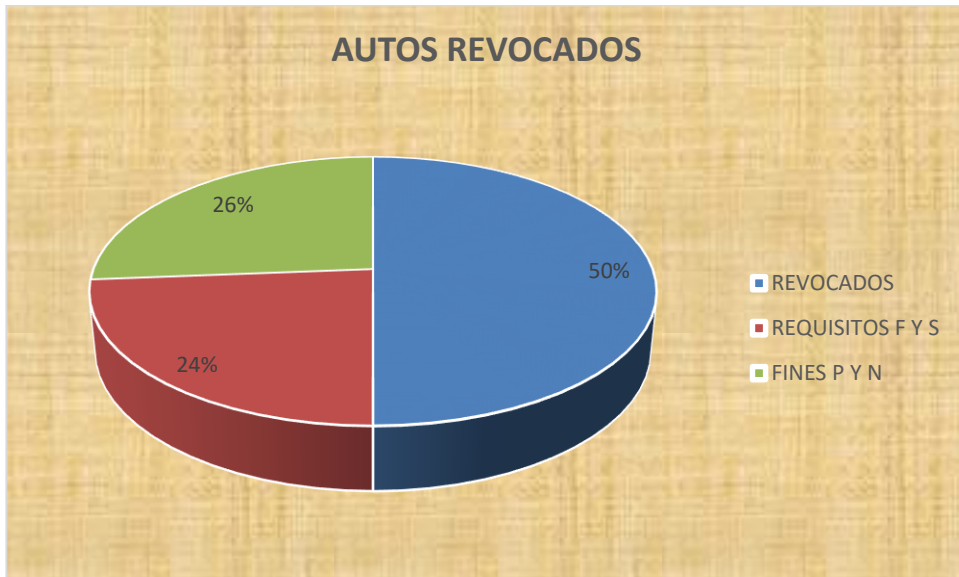
Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Figura 4:
Análisis autos confirmados



Fuente: Datos alcanzados en el estudio

Figura 5:
Análisis autos revocados



Fuente: Datos alcanzados en el estudio