



**Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación**

INFORME FINAL

Criterios para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva para el delito de desobediencia en la Justicia Penal Militar colombiana

Trabajo de Investigación para optar al título de:
MAGISTER EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

Cesar Augusto Sarache Silva

Investigador

GEOVANA ANDREA VALLEJO JIMÉNEZ

Asesora

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA
ESCUELA DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORÍA DEL DELITO
MEDELLÍN, ANTIOQUIA
DICIEMBRE DE 2017



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Tabla de contenido

Introducción y metodología.....	3
1. El bien jurídico protegido en el delito de desobediencia.....	8
1.1. Aspectos preliminares con relación al delito de desobediencia.....	14
1.2. El bien jurídico en el delito de desobediencia	17
1.2.1. La Disciplina militar como exigencia de las funciones y cometidos de las fuerzas Armadas	18
2. Parámetros existentes para la imposición de medida de aseguramiento en el delito de desobediencia en la ley y en los tribunales.....	23
2.1. Aspectos generales para la imposición de la medida de aseguramiento.....	29
2.2. Criterios de los tribunales para la imposición de medida de aseguramiento en el delito de desobediencia.....	32
2.2.1. Obstrucción del proceso militar	34
2.2.2. Peligro para la comunidad militar	38
2.2.3. No comparecencia al proceso.....	44
3. Aportes para la construcción de los requisitos de imposición de medida de aseguramiento en el delito de desobediencia a partir del principio de especialidad.....	49
3.1. Problemas preliminares aplicables a los tres criterios.	55
3.2. La obstrucción a la justicia militar como criterio de restricción del derecho a la libertad, frente al delito de desobediencia.	59
3.3. El riesgo de fuga en relación con el tipo penal de desobediencia.....	62
3.4. Peligro para la comunidad militar, como causal para justificar una medida provisional restrictiva de la libertad.....	64
Conclusiones.....	70
Referencias bibliográficas	75



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Introducción y metodología.

Existen en la legislación colombiana unos criterios que han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para imponer una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, los cuales, buscan optimizar el desarrollo del proceso penal, limitar las posibilidades de impunidad y garantizar la protección *ex ante* de los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro con la conducta punible, cuya aplicación se refuerza a medida que el juicio avanza y se derrumba la presunción de inocencia con la sentencia correspondiente, en ese contexto la Corte Constitucional (en adelante la Corte) los ha descrito como:

(...) la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, y al eventual cumplimiento de la pena, la protección de la actividad probatoria frente a cualquier acto de ocultamiento, destrucción, deformación o entorpecimiento, la protección de las víctimas y los testigos, y la protección de la comunidad del peligro derivado de la eventual continuidad de sindicado en la actividad delictiva (Setencia C371, 2002).

Los criterios observados por el operador judicial al momento de restringir la libertad de una persona que está inmersa en una investigación, son los que se convierten en el eje de la tesina propuesta, por cuanto ellos en la ley militar (1407 de 2010) fueron transcritos de manera literal de la norma ordinaria (ley 906 de 2004), causando una afectación al principio de especialidad que gobierna la legislación castrense.

Este traslado normativo, constituye una vulneración a la ley militar, en atención a que existen bienes jurídicos cuyo tratamiento especial ha sido motivo suficiente para la consagración normativa de una serie de conductas típicamente militares o policiales, enfocadas a garantizar su protección, que contienen elementos restrictivos y diferenciales considerados ajustados a la constitución por la Corte, en atención a los valores intrínsecos en los cuales se sustenta la función militar y policial.

Partiendo de esa premisa, el tema a tratar dentro del presente trabajo, va ligado al análisis de los criterios constitucionales, legales y jurisprudenciales que debe observar el operador



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

judicial al momento de restringir el derecho fundamental a la libertad, más aun teniendo en cuenta la reserva judicial de las libertades públicas dentro de un Estado social y democrático de Derecho (Prieto, 1994), tomando para tal fin las fuentes dogmáticas del Derecho Procesal y su aplicabilidad normativa y jurídica en el ámbito jurisdiccional, con base en lo anterior, se genera el análisis propuesto, ligado sustancialmente al papel de este funcionario asume a partir de la restricción a la libertad en el delito militar de desobediencia.

Bajo dicho contexto, el delito militar de “desobediencia”, que incluye como una medida a imponer cuando se está *ad portas* de resolver una situación jurídica la medida de aseguramiento de detención preventiva al tenor de lo dispuesto en el artículo 466 de la ley 1407 de 2010, protege la disciplina, bien jurídicamente tutelado que garantiza la existencia y soporte de toda fuerza militar jerarquizada, toda vez que el funcionamiento administrativo y operaciones se fundamenta en el cumplimiento de las ordenes (García, 1990).

El objetivo general que se persigue con el presente trabajo, consiste en analizar los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales observados por el operador militar al momento de imponer una medida de aseguramiento, teniendo en cuenta que las decisiones del Tribunal Superior Militar obligan efectuar el mismo test de proporcionalidad y razonabilidad utilizado en la justicia ordinaria para resolver controversias jurídicas en el mismo sentido, para tal fin se cumplieron dos fases.

La primera fase fue de carácter conceptual, en la que se delimitaron los elementos terminológicos que permiten identificar cada una de las etapas en las cuales el funcionario judicial interviene desde el conocimiento de la noticia criminal o la captura, hasta la resolución de la situación jurídica una vez se ha vinculado formalmente al procesado, bien sea por indagatoria o a través de la figura de la persona ausente. La segunda de índole argumentativa, toda vez que con el material recopilado se puso en evidencia toda la problemática que surge al momento de analizar la situación fáctica, la lesión del bien jurídico, la posibilidad que el sindicado se ausente de sus obligaciones derivadas del proceso, constituya un peligro para la sociedad o la víctima, si tenemos en cuenta que se trata de un sujeto activo cualificado, que está vinculado a una carrera militar, que cuenta con arraigo



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

reconocido y su comportamiento sin duda al ser analizado por un observador ajeno a la vida militar, no constituiría una verdadera amenaza por cuanto el bien jurídico protegido es de aplicación restringida.

El logro más representativo que se puede visualizar con el presente trabajo, lo constituye analizar desde la perspectiva del Estado social de Derecho, la restricción a la libertad de un ciudadano integrante de la fuerza pública, que al incumplir una simple orden, por este solo hecho se hace merecedor de una medida de aseguramiento de detención preventiva, así lo previó el legislador, tal vez al analizar el alcance de la relación existente entre el incumplimiento y la misión constitucional delegada a la fuerza militar o policial de la que hace parte, priorizando en este caso la protección de la disciplina como bien esencial de la institución castrense.

Equiparar la medida de aseguramiento de la justicia ordinaria a la de la justicia penal militar resulta contradictorio en el delito de desobediencia, no solo por lo dicho anteriormente, sino porque además las penas para este delito no es alta, y el fenómeno de la prescripción es muy garantista, por ejemplo, para la deserción, en la norma está contemplado que la investigación y la pena prescriben en un año, situación que hace evidente que ni la sanción esperada, ni la posibilidad de ausencia sean justificantes para la detención en establecimiento carcelario, por el contrario, es el mismo bien jurídico y no las características del imputado, lo que justifica la restricción de la libertad.

El desarrollo de la temática tiene como fundamento tres capítulos, en el primero, se hace un análisis del tipo penal desobediencia y el bien jurídico que tutela, con el fin de hacer notar la importancia que tiene su codificación en la ley militar y su relevancia en la vida militar bajo cuarteles. En el segundo capítulo se revisan los criterios existentes en la actualidad, para imponer una medida de aseguramiento, tanto en la justicia ordinaria, como en la penal militar, lo anterior teniendo en cuenta que son los mismos y su desarrollo ya ha sido analizado constitucionalmente en las decisiones de la Corte. Finalmente y, con base en la información se obtenida, se desarrolla el último capítulo en el que se interpreta de manera adecuada esos criterios ajustándolos al principio de especialidad cuando sea necesario imponer una medida



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

de aseguramiento de detención preventiva en la justicia penal militar por el delito de desobediencia.

Para el cumplimiento de lo anterior, se analizaron diversas posturas doctrinales vigentes en postulados nacionales e internacionales diseñados para la protección reforzada del derecho a la libertad, partiendo de la premisa según la cual, este, aunque fundamental no es absoluto y puede ser restringido o limitado por los jueces quienes analiza además de los requisitos objetivos previstos en las normas adjetiva, también los fines constitucionales.

Además de lo anterior, es pertinente realizar un análisis jurídico dentro del derecho interno, en especial lo concerniente al tratamiento legal y jurisprudencial asumido por las diferentes jurisdicciones ordinaria y militar al momento de imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva, junto a las normas correctivas y sancionatorias destinadas a castigar a los miembros de la fuerza pública que cometen delitos que guardan relación directa y próxima con el servicio.

Aunado a lo anterior, el método investigativo también conjugó elementos deductivos y de análisis de la información recolectada, lo cual puede verse desarrollado en los capítulos de la tesina que integran el grueso del estudio y dentro de los cuáles se despliegan los diferentes temas base que a su vez desarrollan cada uno de los objetivos, por medio de un artículo bibliográfico.

Este es un estudio exploratorio y cualitativo, bajo esta perspectiva después del análisis legal, jurisprudencial y doctrinal planteado en este estudio como metodología, se procedió a indagar alguna de las causas que están afectado la protección de los bienes jurídicos disciplina y servicio a través de la posibilidad de imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva.

El método es cualitativo, por cuanto cobra especial valor las experiencias recogidas con los funcionarios de la Justicia Penal Militar, lo cuales evidencian diariamente la problemática aquí planteada, “Es una investigación que se basa en el análisis subjetivo e individual, esto la hace una investigación interpretativa, referida a lo particular ” (Hurtado Barrera, 2000),



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

por ello se hace visible la jurisprudencia del Tribunal Superior Militar, la cual en los últimos años ha producido interesantes precedentes que matizan la realidad vivencial de cada fuerza armada, generando jurisprudencia especializada en materia de interpretación de las actuaciones de los miembros de la fuerza pública, en desarrollo del marco de sus competencias, uniendo lo operacional y lo jurídico, a fin de resolver el asunto objeto de estudio.

El enfoque se hizo desde la perspectiva crítica, toda vez que se cuestionan los criterios que fueron copiados de manera taxativa de la ley 906 de 2004 a la jurisdicción penal militar, lo cual sin duda es un error en la medida que la Corte Constitucional siempre ha privilegiado la especialidad que debe gobernar la función que cumplen los soldados del ejército nacional cuando desempeñan su función en el desarrollo de los fines delegados por el constituyente primario.



**Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación**

CAPÍTULO I

1. El bien jurídico protegido en el delito de desobediencia

La definición de la disciplina militar como bien jurídico tutelado, va ligado al concepto mismo del derecho militar, por cuanto a partir de su estudio y protección legislativa, se desarrollan los postulados necesarios que permiten la cohesión institucional y el cumplimiento de las órdenes, eje central que garantiza la existencia misma de la institución militar o policial, lo cual ha proyectado la regulación jurídica y ha permitido su codificación a lo largo de la historia del derecho castrense.

La Corte Constitucional se pronuncia al respecto de la disciplina militar fijando sus alcances y límites, indicando claramente que por su origen forma parte del derecho disciplinario, en la decisión indicó:

El régimen disciplinario especial previsto constitucionalmente para la Fuerzas Militares forma parte del concepto de Derecho disciplinario general, que concierne a la facultad constitucional que tiene la Administración Pública de imponer a sus propios funcionarios sanciones previamente definidas mediante ley, quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública, cuales son el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Setencia C431, 2004).

Se dice que su concepto va ligado a la definición de derecho disciplinario y a los fines del Estado. En palabras de Espinosa (2003):

El derecho militar es la rama de la ciencia jurídica que se encuentra inspirada en la existencia de la sociedad armada, la que a su vez se funda en el principio de la disciplina, elemento que otorga cohesión y eficacia a las Fuerza Armada, por tanto el derecho militar se ocupa del estudio correspondiente a la conformación y funcionamiento de las instituciones armadas, su normatividad y el cumplimiento de la disciplina castrense (Espinosa, 2003, pág. 3).

La disciplina militar como componente del bien jurídico tutelado en el delito de desobediencia, se ha edificado en un sinnúmero de conductas en el ordenamiento penal, orientados a garantizar el cumplimiento de las órdenes (insubordinación, desobediencia), o el respecto de la jerarquía (ataque al superior e inferior), que permiten garantizar la misión, la institucionalidad y la convivencia al interior de los cuarteles.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

No obstante lo anterior, no solamente el derecho penal militar está dirigido y destinado a proteger este bien jurídico, el régimen disciplinario aplicable a los miembros de la fuerza pública (Ley 836 de 2003 para las fuerzas militares, Ley 1015 de 2006 para la policía), contiene en su articulado las herramientas con las cuales el superior puede ejercer el arte de comandar, porque, que difícil tarea conlleva ejercer el mando dentro de una organización jerarquizada, especialmente en aquella donde la observancia de los principios y valores es fundamental para crear normas de comportamiento y acatamiento, modelos de conducta solamente aplicables al interior de la vida castrense, el mando es el atributo esencial del jefe, es su instrumento legal para ejercer la conducción en lo administrativo, pero sobretodo en el cumplimiento de las tareas que se adelantan en el teatro de las operaciones.

Bajo esa premisa, las normas que contienen el derecho disciplinario en las fuerzas militares y la policía, permiten entender desde lo penal, el contenido y alcance del bien jurídico, lo anterior, en atención a que son normas penales en blanco (Sentencia C121, 2012), que exige que el operador judicial al momento de interpretar la conducta punible, deba remitirse a los reglamentos existentes que regulan la actividad diaria en los cuarteles y guarniciones de la policía.

Al respecto, en la Ley 836 de 2003, que como ya se expresó es el régimen disciplinario de las fuerzas militares, se encuentra el concepto más claro de disciplina, codificación que en su artículo 17 consagra:

Artículo 17. La Disciplina: La disciplina, condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional (Senado, 2003).

En esta consagración normativa, se encuentran algunos elementos esenciales que permiten interpretar el contenido ontológico de la disciplina como bien jurídico, pero sobre todo de su importancia en el contexto de la vida bajo cuarteles, por cuanto une su existencia a la necesidad de preservar las instituciones, indicando las obligaciones y deberes del subalterno,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

ligadas sin duda a las facultades del superior en las acciones de comando y obediencia, todo encaminado al cumplimiento de la misión constitucional delegada a cada fuerza.

Correlacionado con lo anterior, para entender el concepto de disciplina militar es necesario hacer referencia como lo destaca en su artículo Guerron (2013), a dos aspectos esenciales:

- La obediencia; y
- Subordinación al ordenamiento jurídico y a las órdenes superiores (Guerron, 2013).

Bajo ese criterio la obediencia implica; el cumplimiento irrestricto de las órdenes emanadas por los superiores en grado y antigüedad, es el acatamiento de las instrucciones diarias encaminadas al desarrollo de los fines previstos por el Constituyente y de los cuales se deriva esencialmente la función que cumple la organización jerarquizada en la sociedad, es la sujeción directa al mando, desarrollando los postulados que permiten la cohesión y la subordinación en el marco de la legalidad. Lo anterior por cuanto la orden no puede ser ilógica o ilegítima, el inferior en estos casos la puede rechazar, porque si la ejecuta responderá por su actuación y dicha circunstancia no lo exime de la responsabilidad penal, en este sentido la Corte al revisar la constitucionalidad de la Ley 836 de 2003 (Régimen disciplinario para las fuerzas militares) indicó:

La Corte reiteradamente ha sostenido que es indispensable que dentro de las Fuerzas Militares sea observada una disciplina estricta y se respete el orden jerárquico, por lo cual en principio deben acatarse todas las órdenes impartidas por los superiores, quienes asumirán la responsabilidad correspondiente; empero, este principio de observancia irrestricta de los mandatos no equivale a obediencia ciega o irracional. Es decir, la jurisprudencia ha rechazado como inconstitucional la obediencia absolutamente irreflexiva (Sentencia C431, 2004).

Vista así las cosas, un subalterno puede negarse a cumplir una orden, cuando esta conlleva a la violación de una norma, por ejemplo: infligir torturas o tratos crueles o degradantes al enemigo o producir una muerte por fuera del desarrollo de la confrontación, vulneraciones a la normatividad tan evidentes, que no hace necesario que aquel sobre quien recae la orden tenga conocimiento jurídico avanzado para darse cuenta que su actuación traspasa los límites permitidos y que por ello puede ser objeto de reproche, por cuanto su actuación lesiona gravemente bienes jurídicos fundamentales para la persona y la sociedad que juraron



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

defender. Incluso, no es posible obligar a su cumplimiento, utilizando para tal fin normas existentes que castigan la inobservancia de las órdenes, como por ejemplo el código penal militar o el régimen disciplinario, por cuanto la finalidad de la misma no puede cobijar el campo de aplicación para violaciones a los derechos humanos, al respecto la Corte Constitucional explicó:

La exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad. La obediencia ciega del militar subalterno, lo mismo que su correlativa irresponsabilidad absoluta, son rechazadas por el derecho internacional humanitario, pues de permitirse éste carecería de sentido (Sentencia C578, 1995).

Además de lo anterior, si el comandante no controla la ejecución de las ordenes y en el desarrollo de la investigación se determina que dicha falencia se debía a su negligencia en el mando, a su insuficiencia en la emisión de políticas claras para la prevención o carencia absoluta de autoridad moral, el reproche que en materia disciplinaria o penal se le debe predicar, debe ser ejemplarizante, por cuanto es en él, que por su investidura la cual se supone ha construido a lo largo de su carrera militar, donde la sociedad descarga el enorme peso y responsabilidad de garantizar la tranquilidad y la paz, bien jurídico esencial en un Estado social de derecho.

En el comandante militar como funcionario público es sobre quien recae la responsabilidad en el control y en la ejecución de las órdenes emitidas en ejercicio de su comando, dichas ordenes deben cumplir con los preceptos señalados por la ley para ser atendidas, cualquiera que esta sea, en la medida que esté orientada a vulnerar bienes jurídicos superiores de la colectividad, quedara proscrita de la relación funcional y las consecuencia de su emisión se reprocharan a título de dolo, ahora bien, si la falla en el servicio es generada en forma directa por su subalterno y en el desarrollo de la investigación se establece que el superior no desplego todas las acciones que tenía a su alcance para ejercer el debido control, se le imputa la falta bajo la figura de la comisión por omisión.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

La obediencia permite garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en los cuales el papel de la fuerza militar o policial reviste la mayor importancia, en la medida que exista una institución que como ninguna otra refulge de valores y principios intangibles para el común de la gente, cohesionada y sujeta al poder civil en cabeza del Presidente de la República.

En palabras de Martínez (1977):

La disciplina militar, por tanto, es expresión de aquella obediencia al ordenamiento jurídico y a las órdenes superiores, que permite el cumplimiento de los fines y funciones de las instituciones armadas, y que funciona como un factor moral y funcional, que dota de unidad, cohesión y coherencia a la actividad militar (Martínez, 1977, pág. 214).

Partiendo de esa base, es importante mencionar que todos los miembros de la fuerza pública realizan un juramento, con el cual adquieren la obligación moral de defender las instituciones, y un contrato que va ligado a su carrera bajo banderas, que los hace responsables desde el punto de vista jurídico, del respeto irrestricto por la normatividad y la sujeción del mando, lo anterior, porque ostentan el monopolio de las armas con todo el poder que de ello se deriva, el cual debe ser controlado a través de la normatividad, mediante la inclusión de reglas claras de conducta que castigan cualquier alteración del orden interno, todo enfocado para el mantenimiento de la disciplina al interior de la institución jerarquizada.

Para ello existe el derecho militar, que cobija dentro de sus contenidos, la rama penal y la disciplinaria, como un límite en la ejecución de las actividades diarias, ya sea en la parte administrativa, es decir todas aquellas tareas orientadas a garantizar el funcionamiento de la institución castrense o en el desarrollo de las operaciones directamente relacionadas con el restablecimiento del orden público, en donde se hace necesario unos criterios claros de conducción de hostilidades.

Al respecto Rodríguez (1988) plantea como instrumento esencial para evitar el resurgimiento del imperio de la violencia y la barbarie, el código penal militar, mediante la tipificación de conductas que garanticen la disciplina para los miembros de la fuerza pública, como herramienta para legitimar su actuación. Al respecto consagró:



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Resulta claro como una de las finalidades más importantes del derecho penal es evitar que la fuerza controle exclusivamente la fuerza, situación que implica entronizar la ley del más fuerte y obviamente la instauración del imperio de la violencia y de la barbarie. Es esas condiciones se hace imperiosa la interrelación entre el derecho y la fuerza, de tal manera que mientras el primero legitima y contrala a la segunda, está a su vez le da validez y eficacia al derecho (Rodríguez, 1988, pág. 31).

Lo anterior por cuanto en las normas típicamente militares, se encuentran consagradas la protección efectiva de los bienes jurídicos de mayor importancia para la vida en comunidad militar como la disciplina, cuya naturaleza como se ha reseñado es indispensable para el acatamiento de las ordenes y para el cumplimiento de la misión, sin ellas sería imposible garantizar el respeto por la institucionalidad, poniendo en riesgo en cierta medida el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, los cuales se materializan a partir del apoyo de las instituciones militares en las cuales en gran medida descansan la institucionalidad de la nación.

Como justificación de la disciplina militar y la protección especial a partir de las codificaciones, Jiménez (1950) haciendo referencia a lo dicho por Bentham escribió:

En un ejército, en una flota, la exactitud de la disciplina descansa enteramente en la pronta defensa de los soldados, los cuales nunca son tan dóciles como deben, sino en cuanto ven en el jefe un juez que puede castigarlos, y que no hay medio para eludir el castigo ni intervalo alguno entre este y la falta. Además, para juzgar con el necesario conocimiento de los delitos de esta especie, hace falta ser perito en la profesión, y únicamente son los militares los que se hallan en estado de forma para un juicio pronto e ilustrado en todo lo concerniente a la disciplina o acerca de lo que ha ocurrido en una función de guerra (Jiménez de Asua, 1950, pág. 1290).

Lo que hace relevante la necesidad de proteger la disciplina como bien jurídico propio de los servidores del Estado que ostentan el monopolio de las armas y tiene dentro de su responsabilidad garantizar la paz y tranquilidad del pueblo colombiano. Sin embargo, antes de adentrarnos a profundidad en este tema, nos parece importante referirnos brevemente al delito de desobediencia, que es de donde surge realmente, la protección del bien jurídico de la disciplina para la aplicación de este injusto penal.



**Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación**

1.1. Aspectos preliminares con relación al delito de desobediencia

Dentro de la jurisdicción penal militar, existe una normatividad que regula los comportamientos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y que guardan relación con el servicio, dicha norma es la ley 1407 de 2010, código penal militar, en dicha codificación encontramos el tipo penal militar de desobediencia, el cual es considerado como una conducta típicamente militar por cuanto solamente puede ser cometida por personal de la fuerza pública en servicio activo y para el cual no existe mayor discusión en cuanto al tema del fuero penal militar (Peña, 2001).

El delito de desobediencia hace parte de aquellos delitos que afectan intereses propios de las mismas instituciones, aquellos que por su naturaleza solo pueden ser cometidos por los uniformados de acuerdo con sus características especiales, debido a que el interés jurídico tutelado por el legislador solo compete y afecta a las instituciones castrenses. El delito está consagrado en la norma penal militar (ley 1407 de 2010) de la siguiente manera:

Artículo 96. Desobediencia. El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de dos (2) a tres (3) años (Senado, 2010).

Respecto del injusto de Desobediencia Barrera (2006) ha ilustrado:

El injusto en el delito de desobediencia está conformado por el desvalor de acción que se encuentra en la infracción del deber de obediencia a que está obligado el miembro de la fuerza pública, y el desvalor de resultado que consiste en la alteración de la disciplina. Resultaría incoherente con la misión nuclear legitimadora del derecho penal compartida por la doctrina mayoritaria y acogida por nuestra Constitución Política: de proteger bienes jurídicos, abogar por que el delito de desobediencia se sustente exclusivamente en la antijuridicidad formal, dejando de soslayo la antijuridicidad material, lo cual implicaría que en la base del injusto no existe ningún bien jurídico por proteger, lo que conllevaría a la inaplicación del citado Tipo penal por inconstitucional (Barrera, 2006, pág. 86).

Se trata del castigo punitivo, por el incumplimiento de una orden legítima del servicio, expedida con las formalidades legales, poniendo en peligro la disciplina como bien jurídico tutelado, ya que al rechazar o desacatar la orden, vulnera la misión constitucional delegada a las fuerzas armadas, en tanto su sujeción jerárquica impide desatender requerimientos propios de un sistema subordinado al imperio de la ley, por ello la inobservancia de una



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

instrucción o de un requerimiento emitido dentro de los postulados que contiene la ley 836 de 2003 (Régimen disciplinario de las Fuerzas Militares), afecta la esencia misma de la fuerza pública.

Teniendo en cuenta que el militar en el cumplimiento de su deber, además de acatar las órdenes que surgen en el ámbito de su función está obligado a cumplir la ley y por ello rechazar aquellas instrucciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos de terceros a través del uso de la fuerza legítima en el marco normativo correspondiente (Derecho Internacional Humanitario- Derecho Internacional de los Derechos Humanos). En ese contexto Fierro (1984) señala:

Esas necesidades del uso de la fuerza, requiere la unificación de todas las voluntades y esfuerzos individuales de la totalidad de sus integrantes, quienes deberán subordinarse a la voluntad suprema de quien comanda, para así obtener una unidad de acción, unidad de dirección y también de comando, pues solamente de esa manera se logrará eficacia en el logro de su cometido.

De lo antedicho deriva la necesidad de un régimen disciplinario que asegure la obediencia estricta a las órdenes superiores, pues este sistema es la base de toda organización militar e implica una subordinación por parte de toda la cadena de mandos que nace en el comandante en jefe y desciende hasta el último soldado.

La disciplina es el alma de los ejércitos y de su conservación y exacta observancia depende la existencia de una auténtica tropa, y es precisamente el elemento que lo diferencia de un mero grupo armado. La disciplina como se ha dicho es la primera condición de un buen ejército y constituye un factor insoslayable para lograr el buen éxito en sus misiones. Dejar a cada uno obrar según su voluntad, sin reconocer órdenes o categorías y actuar según las inspiraciones de sus propios intereses y apreciaciones será, sin duda, la causa determinante de sus fracasos (Fierro, 1984, pág. 114).

Lo anterior nos indica que la orden debe ser legítima, que aun cuando se emita con las formalidades legales si tiene un contenido antijurídico jamás podrá cumplirse, porque no se desprende un obediencia ciega en la orden militar, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demanda un Estado social de derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodean al acontecimiento al momento de su ejecución, al respecto señala la Corte:

(...) la obediencia debida en actividades militares no es en modo alguno ciega y mecánica. Si la orden es contraria al ordenamiento superior o a la ley, el inferior está autorizado y obligado para demandar del superior explicaciones al respecto” (Sentencia C431, 2004).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Por ello este tipo penal (desobediencia), dinamiza el alcance de la disciplina entendida como ya se expresó; como la condición esencial de la existencia del estamento militar y por lo tanto contiene una organización jerarquizada piramidal, el superior que da las órdenes y el subalterno que debe cumplir con exactitud y sin vacilación. La obediencia legítima y el respeto a los superiores es obligatoria para todo el personal de las fuerzas militares, cualquiera que sea el sitio en donde se encuentren y el vestido que porte y la función que desempeñe (Bolívar, 2004, pág. 89).

El delito de desobediencia consagrado en el digesto punitivo castrense (artículo 96), garantiza la cohesión íntima de la organización jerarquizada para lograr que los mandatos se cumplan con prontitud y sin excusas, permite sancionar con pena privativa de la libertad a quien incumpla o modifique a su arbitrio una orden legítima íntimamente relacionada con el servicio, es decir, con los fines constitucionales atribuidos a la fuerza armada, siempre y cuando sea notificado por los medios idóneos de la misma y este facultado por ley a cumplirla, además se le den los recursos necesarios para cumplir la misión encomendada, por cuanto esta orden debe ser además de lógica, posible, analizando factores de antijuridicidad material dentro de la valoración jurídica que se efectúa en los Tribunales Militares (Millan, 2012).

Dentro de su estructura jurídico normativa, tenemos que se trata de un tipo penal de peligro abstracto (Radicado 157118, 2011), por cuanto el legislador se adelantó a configurar un futuro mal para el advenimiento de la disciplina como bien jurídico tutelado, supuso una afectación a la prestación del servicio por el incumplimiento de las ordenes y la inobservancia propia de los valores militares (Barrera, 2006, pág. 33).

El sujeto activo que se requiere para este tipo penal es cualificado, es decir la norma penal señala como destinatario de la sanción punitiva al miembro de la fuerza pública en servicio activo, al cual le corresponde cumplir con la función delegada a la fuerza militar o policial que representa, la cohesión y subordinación permite mantener la unidad de mando, misma que se ve vulnerada cuando se pone en peligro con la acción del autor material del hecho el cumplimiento de la misión administrativa o en el campo de combate.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

El sujeto pasivo de la conducta es el Estado, ya que sus fines esenciales contenidos en el artículo 2 de la constitución se ven gravemente afectados cuando una institución encargada de cumplir gran parte de dichos postulados no se encuentra cohesionada, disciplinada, dispuesta a materializar las exigencias del ser humano que integra y hace parte de la sociedad a la que juraron defender, máxime si cuentan con el monopolio de las armas.

Se trata de un tipo penal de acción y dentro de su configuración normativa contiene dos verbos rectores, por ellos es pluricomportamental. Los verbos son, incumplir, que indica no acatar, desatender un requerimiento emitido por un superior en grado o antigüedad a través de una orden legítima; y el otro verbo es, modificar, significa cambiar a su arbitrio la naturaleza de la orden, efectuando una actividad no esperada o totalmente errada (Barrera, 2006).

Es un tipo penal doloso, lo que implica que en cumplimiento del principio de legalidad el agente trasgresor de la norma al momento de cometer la ilicitud debería conocer los hechos constitutivos de la infracción penal y querer su realización (Mackay, 1965), es decir debía conocer que estaba incumpliendo o modificando una orden del servicio y además quiso hacerlo, de no establecer con el material probatorio necesario que actuó con dolo la conducta sería atípica.

De la misma forma y para terminar el análisis del tipo, este cuenta con un ingrediente normativo ya que la orden debe ser legítima, es decir no daría lugar la imposición de sanción quien rechace una orden ilegal, de igual manera, la misma debe ser emitida por un superior, por lo que si no se cumple el principio de jerarquía, tampoco habrá adecuación típica, además se deben observar las formalidades legales (Sentencia C431, 2004).

1.2. El bien jurídico en el delito de desobediencia

La disciplina como sostén esencial de la institución jerarquizada, permite la cohesión, el respeto por los valores y el cumplimiento de las órdenes, lo que se traduce en instrucciones



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

y mandatos destinados al cumplimiento de la misión, contiene principios que ayudan a interpretar su alcance en la doctrina militar, su importancia en la sujeción a la cadena de mando y mantiene el orden necesario para el control del poder derivado de las armas que el Estado les proporciona para el cumplimiento de sus tareas.

En ese estado de las cosas, a continuación, se describen dichos principios, cuyo estudio permite entender el alcance y la importancia de la disciplina en el ámbito militar, ya que solo allí cobran valor, en especial cuando se analiza el incumplimiento de una orden para la comisión del delito de desobediencia.

1.2.1. La Disciplina militar como exigencia de las funciones y cometidos de las fuerzas Armadas

El constituyente primario les otorgó a las fuerzas armadas, unas funciones que involucran, por un lado, la preservación del orden interno y, por el otro, la garantía de la preservación de la soberanía, la integridad del territorio y la paz como derecho fundamental.

Estas funciones están contenidas en el artículo 217 de la Constitución para las Fuerzas Militares integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea y en el 218 para la Policía Nacional, misiones que implican el más alto nivel de comprometimiento, cohesión y disciplina, por cuanto tiene el monopolio de las armas y son el sostén de las instituciones legítimamente constituidas.

Dicha obligación bajo el respeto de los derechos humanos, como lo dijera la Corte Constitucional:

De conformidad con la Constitución, la misión que están llamados a cumplir los integrantes de las Fuerzas Militares es de carácter instrumental, en el sentido de que se trata de cuerpos armados destinados, a la luz del artículo 217.2 superior, a la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional cuyo soporte básico y fundamental lo constituye la defensa y la protección de los derechos humanos (Setencia C872, 2003).

Para el cumplimiento de dicha finalidad, el legislador previó proteger el carácter mismo de la sujeción y el respeto por la ordenes, única garantía que las armas que se entregan para el



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

cumplimiento de los fines aludidos no se van a utilizar en detrimento de la población civil o de las mismas instituciones, dicha protección a través de sendas normas jurídicas de carácter penal; como la ley 1407 de 2010 (código penal militar) y la ley 836 de 2003, (régimen disciplinario para las fuerzas militares), normas especiales, residuales, restringidas al amparo foral que se deduce del artículo 221 de la Constitución, buscando siempre para su aplicación el cumplimiento de los requisitos subjetivo personal y objetivo funcional, que la Corte Constitucional introdujo en la Sentencia C358 de 1997.

En cuanto al requisito subjetivo personal, este se traduce en la constatación que el miembro de la fuerza pública al momento de cometer la conducta punible o la falta disciplinaria se encuentre en servicio activo, verificación fácilmente constatable, basta recurrir a las oficinas de personal para visualizar la vinculación a la fuerza armada. No sucede lo mismo en cuanto al requisito objetivo funcional, en el cual se debe verificar si el hecho aludido guarda una relación directa y próxima con el servicio, lo cual se logra mediante la constatación del antes, el durante y el después de los acontecimientos y con la valoración del acopio probatorio que sustenta la actividad investigativa.

Todo esto con la finalidad de proteger las instituciones legítimamente constituidas, a través del instrumento idóneo en busca de garantizar los fines del Estado, castigando severamente el incumplimiento de los valores propios de la actividad militar o policial cuyo sustento emerge del respecto de la Constitución y de la ley, en donde la disciplina como valor jurídico fundamental, es el soporte de la cohesión, allí emerge la importancia de su codificación en un Estado de derecho.

En ese contexto los valores militares que emergen de la vida bajo cuarteles, son la razón de ser del servicio, permiten cumplir a cabalidad con los fines constitucionales derivados a la fuerza pública y ayudan a controlar el monopolio de las armas, por cuanto de este poder, emerge la garantía por excelencia para la preservación de las instituciones legítimamente constituidas, por cuanto la cadena de mando, que implica la compartimentación de las misiones teniendo en cuenta la jerarquía, que nace en la antigüedad que ostenta un miembro sobre otro, es decir dependiente del momento de su ingreso al escalafón, ya que entre más



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

tiempo se lleve en la institución, más respeto y obediencia merece, precisamente por la experiencia que le ha permitido escalar posiciones o por la categoría de la vinculación, ya que sin importar el tiempo, los oficiales siempre estarán por encima de los suboficiales y estos por encima de los soldados, incluso si los dos últimos, llevan mucho más tiempo de ingreso y vinculación a la fuerza militar.

Estas jerarquías permiten que la misión se cumpla dando las ordenes según la posición que se obtiene dentro de la línea de mando, ya que incluso el más antiguo de los militares (Comandante General de las Fuerzas Militares) recibe órdenes del Presidente de la República, quien es la máxima autoridad civil y militar, todo esto dentro de la dinámica de sujeción de instituciones propias de un Estado democrático de derecho.

Lo anterior, porque como se ha señalado por mandato constitucional, las fuerzas armadas dependen como autoridad subordinada del estamento civil, en esencia del poder ejecutivo en cabeza del Presidente de la República y del Ministro de la Defensa, de la misma forma, hacen parte de los principios esenciales del Estado de derecho, especialmente con un contenido garantista y protector de derechos previstos en la Constitución y no son deliberantes, esto es, no pueden participar ni activa, ni pasivamente, en los mecanismos de participación democrática.

En ese contexto, las fuerzas militares y la policía nacional son garantes de derechos contenidos en el artículo segundo de la Constitución, específicamente dentro de los fines del Estado por cuanto son las llamadas a defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, asimismo deben proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

De igual manera, no son deliberantes, por cuanto la misma constitución lo prohíbe (artículo 2019), desnaturaliza su función primaria y corrompe la hegemonía del orden social, ya que



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

al tomar partido por ejemplo en una contienda electoral, podrían deslegitimar el resultado teniendo en cuenta el poderío que su monopolio genera.

En relación con ello, en un discurso pronunciado por el Presidente Alberto Lleras a los miembros de las fuerzas armadas en el Teatro Patria el día 9 de mayo de 1958 exclamó:

Cuando las Fuerzas Armadas entran a la política lo primero que se quebranta es su unidad, porque se abre la controversia en sus filas. El mantenerlas apartadas de la deliberación pública no es un capricho de la Constitución, sino una necesidad de su función. Si entran a deliberar, entran armadas. No hay mucho peligro en las controversias civiles, cuando la gente está desarmada. Pero si alguien tiene a sus órdenes, para resolver la disputa, cuando ya carezca de argumentos o pierda la paciencia, una ametralladora, un fusil, una compañía, o las Fuerzas Armadas, irá a todos los extremos, se volverá más violento, será irrazonable, no buscará el entendimiento sino el aplastamiento, y todo acabará en una batalla. Por eso las Fuerzas Armadas no deben deliberar, no deben ser deliberantes en política (Biblioteca Digital, 2017).

Lo anterior, no quiere decir que deben guardar silencio frente a una orden antijurídica, es decir que lesione o ponga en peligro el bien jurídicamente tutelado, ya que el deber de advertencia no se opone al carácter no deliberante de la fuerza pública, porque la función de garante material de la democracia, le impide a la fuerza pública y a sus miembros - que ejercen el monopolio legítimo de la fuerza - intervenir en el mismo (Sentencia C578, 2005).

El deber de advertencia, es ajeno a dicho debate y se relaciona con un aspecto de la ejecución de una orden militar directamente relacionada con el servicio. Se interpreta erróneamente el carácter no deliberante de la fuerza pública si se estima que sus integrantes deban permanecer mudos y ciegos frente a órdenes militares abiertamente antijurídicas. Las virtudes militares son las primeras en sucumbir, si se impone la idea de una fuerza independiente de toda constricción (Sentencia C578, 2005).

Como lo expresa Naranjo (2000) a la institución militar le está vedado:

Debatir problemas colectivos con el fin de unificar criterios, o coordinar actitudes que conduzcan a manifestar aprobación o rechazo a los órganos o autoridades legalmente constituidos o hacer prevalecer soluciones propias en cualquier aspecto (Naranjo, 2000, pág. 624).

Podemos decir entonces, que la disciplina, como principio de los miembros de las fuerzas armadas, busca es que los militares y policías cumplan su función, bajo la subordinación del



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

órgano civil. La milicia colombiana siempre ha tenido esta tradición, por lo tanto, la disciplina es protegida como bien jurídico a través de la ley militar, se convierte en la herramienta que garantiza esa cohesión, por eso es aquí donde radica la importancia de analizar los criterios para restringir la libertad por el delito de desobediencia desde el inicio mismo de la investigación, punto de partida diferenciador con la ley ordinaria que tutela y protege otros valores de la sociedad.



**Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación**

CAPÍTULO II

2. Parámetros existentes para la imposición de medida de aseguramiento en el delito de desobediencia en la ley y en los tribunales

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, la Justicia Penal Militar administra justicia, es decir está facultada para restringir derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad. Dentro de dicha facultad otorgada por la Constitución y el legislador, se cuenta dentro de la normatividad especializada con la Ley 1407 de 2010, la cual dentro de su estructura normativa trae consigo (artículo 465) las clases de medidas de aseguramiento con las que dispone el operador judicial para garantizar la comparecencia al proceso, el cumplimiento de la pena, la seguridad de la víctima, la sociedad y el normal recaudo probatorio.

Teniendo en cuenta además de lo anterior, algo característico que ejemplifica el principio de especialidad, en la ley penal militar se prevé como única pena privativa de la libertad, la reclusión en establecimiento carcelario militar o policial, contrario de lo que sucede en la justicia ordinaria, en esta jurisdicción especializada, no existe detención preventiva en la residencia señalada por el imputado.

Frente a este aspecto que de primera mano se podría constituir en una vulneración al derecho a la igualdad, la Corte Constitucional se ha pronunciado, resaltando la especialidad que prima en la justicia militar, la cual la hace diferente en cuanto a los fines que persigue de la justicia ordinaria, en esa ocasión consagró:

Es importante recordar que esta Corporación al analizar aspectos del principio de igualdad y las diferencias de punibilidad entre hechos punibles en la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, expresó que un tratamiento diferenciador puede partir del supuesto de la mayor o menor entidad del hecho punible o del grado de la lesión de los bienes jurídicos tutelados “también la alternativa puede depender de la mayor o menor importancia que el legislador confiera a los bienes que se busca proteger, o del grado de culpabilidad que denote la conducta descrita. De cualquier manera, la opción mencionada dependerá del concepto valorativo del legislador respecto de estos elementos, valoración que, a su vez, estará condicionada por las circunstancias históricas, políticas y sociales que pueden llevar al legislador, como en efecto



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

ha sucedido, a considerar que una conducta que hoy es delictiva, mañana pueda ser tenida como contravencional o viceversa (Sentencia C709, 2002).

Este pronunciamiento indica que la jurisdicción penal militar es diferente, especial, el hecho de no consagrar la detención preventiva en el domicilio, no se vulnera la igualdad, no se puede pretender establecer paridad con el ordenamiento penal ordinario cuando cada uno tiene una naturaleza jurídica y una función dentro del *ius Puniendi*.

Son constantes las decisiones donde el juez instructor niega la petición de detención domiciliaria, sosteniendo que el ordenamiento Penal Militar de carácter especial, no consagra la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria.

En efecto, el instituto de las medidas de aseguramiento está regulado en forma completa en el Código Penal Militar en sus artículos 519 y ss., y dentro de ellos se contemplan tres clases de medidas de aseguramiento, consagrándose para cada una de ellas, la detención preventiva, la caución y la conminación, los presupuestos sustanciales y formales para su imposición, en el caso concreto la detención preventiva, por tratarse de un delito que afecta el Servicio (art. 529-2 ley 522 de 1999). Así, si el instituto está debidamente regulado, no procede vincular parcialmente la regulación del mismo instituto en la legislación ordinaria, esto es, no se hace necesario el ejercicio de la integración a que se refiere el Art. 18 del Código Penal Militar.

Refuerza lo anterior lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-709 de 2002, en la que se puede leer el grado de especialidad en la Jurisdicción Penal Militar. La Corporación se refirió en los términos siguientes:

El derecho penal militar es un derecho especial en que la mayoría de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, supone la infracción grave de los deberes especiales que se encuentran relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio, precisamente por ello, el legislador les ha otorgado un plus de antijuridicidad excluyéndolos de los beneficios o subrogados penales. (...) Observa la Corte, que la disparidad de trato en cuanto a la procedencia de los subrogados penales se encuentra ajustada a fines constitucionalmente válidos, porque los delitos en los que se excluyen los beneficios penales, son aquellos que se encuentran directamente relacionados con la función asignada a los miembros de la Fuerza Pública, en tanto que los delitos que el actor cita como parámetros de comparación, a saber, el devastamiento, el saqueo y el peculado,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

si bien requieren la cualificación del sujeto activo de la conducta, no se encuentran directamente relacionados con las funciones asignadas a la Fuerza.

Así mismo, se señaló que la medida de detención preventiva no es incompatible con la Constitución ni con los instrumentos internacionales que determinan su alcance, por cuanto se trata de una medida de carácter preventivo y excepcional y, siempre y cuando su procedencia este previamente definida en la ley (Sentencia C709, 2002).

Igualmente en la Sentencia C-228 del 18 de marzo de 2003 al declarar exequible las disposiciones del Código Penal Militar, en relación con este aspecto predicó:

La Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código de Procedimiento Penal. Si las disposiciones de la legislación especial garantizan el debido proceso y se sujetan a la Constitución Política, en principio, no son de recibo las glosas que se fundamenten exclusivamente en sus diferencias en relación con las normas ordinarias, salvo que éstas carezcan de justificación alguna. La Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común. Por consiguiente, el sustento de una pretendida desigualdad no podrá basarse en la mera disparidad de los textos normativos. Lo anterior significa que, la simple consagración diferencial entre la codificación ordinaria y la penal militar, no vulnera ningún mandato constitucional. Por el contrario, obedece a un criterio de especialidad que la misma Constitución otorga a la justicia penal militar (artículo 221 C.P), de otra manera no tendría sentido la existencia de dos jurisdicciones, pues ellas encuentran su justificación, en razón a los diferentes destinatarios y a las actividades riesgosas que enfrentan los miembros de la legislación castrense (Sentencia C228, 2003).

A su turno la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, con ponencia del Magistrado Javier Zapata Ortiz, en pronunciamiento expresó:

Ahora bien, respecto del derecho fundamental a la igualdad, ningún desconocimiento se advierte, porque, se reitera, para adoptar la determinación los Jueces Militares se fundamentaron en el artículo 221 de la Constitución y el Código Penal Militar, razón por la cual con fundamento en el citado derecho no se puede pretender establecer paridad con el ordenamiento penal ordinario, además, la inclusión o no de la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria en la legislación penal militar, es un asunto que corresponde decidir única y exclusivamente al legislador en los términos del artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución, mas no al Juez de tutela y menos por la vía de la integración (Casación 28840, 2006).

Todo lo anterior permite señalar que abundan razones para concluir que la figura de la detención domiciliaria, es ajena a la jurisdicción especial en aplicación al principio de especialidad de la jurisdicción Penal Militar, que no lo admite, no existe vacío normativo, el legislador no lo contempló y la razón está ligada a la necesidad de evitar que con estas medidas se lesione la disciplina ya que no tendría sentido por ejemplo enviar a un soldado



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

desertor a su casa una vez sea condenado o a quien incumpla una orden, ya que uno de los beneficios por cumplir la actividad de manera eficiente, el mejor incentivo para quien cumple la función de la fuerza pública es precisamente estar con su seres queridos disfrutando de un permiso.

Además de lo anterior, el legislador históricamente ha limitado para este tipo de reatos que atentan contra la disciplina (como la desobediencia) la medida de aseguramiento de detención preventiva, es decir, el único camino que tiene el Juez de Instrucción Penal Militar frente a este tipo de conductas, es la imposición de la medida de detención, siempre y cuando contra del procesado exista por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

Al respecto basta traer a colación lo expresado por el Tribunal Militar en sentencia del 10 de septiembre de 2009 MP. TC. Jacqueline Rubio Barrera:

De tal manera, que de conformidad con las normas antes citadas del Código Penal Militar, que es una legislación especial y autónoma, como lo ha reconocido en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para el delito por el que se procede, la única medida de aseguramiento es la detención preventiva, y ello no es contrario a la Carta Política, toda vez que ciertos delitos previstos en el digesto castrense por su importancia para el cumplimiento de las funciones de la Fuerza Pública, así como la naturaleza del bien jurídico protegido, el legislador ha determinado que sólo dicha medida es la indicada (Radicado 25311, 2009)

Es decir, son tipos penales que ameritan una protección especial por su ámbito de protección, por su diferencia en trato, configuración y fines superiores que persiguen, los cuales van ligados con la función constitucional que se pretende proteger, más aun, tutelan bienes jurídicos probablemente intangibles e insignificantes para el común de la gente (como el tipo penal de desobediencia), no así para una institución jerarquizada y castrense donde actúan los militares y policías destinatarios de la norma, organización que fundamenta su estructura en la disciplina y el servicio, valores resaltados desde la misma Constitución, por cuando su naturaleza va ligada de manera irrestricta al respecto de la dignidad humana y al valor por excelencia que garantiza la existencia del ser humano, como principal sujeto de protección en un Estado de Derecho (Fernández, 2014).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Lo anterior en concordancia con lo señalado en el artículo 467 de la ley 1407 de 2010 que dispone tres aspectos esenciales para que la medida de aseguramiento de detención preventiva prospere en la jurisdicción penal militar:

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 y cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión (Senado, 2010).

En estos criterios se radicaliza aún más la especial protección que existe de la disciplina militar, bien jurídico protegido con el tipo penal en estudio, allí la razón por la cual, sólo deben imponerse medidas de aseguramiento de detención preventiva para este tipo de reatos, sin importar el quantum punitivo, el cual es inferior a lo que consagra la normatividad, de esta manera se materializa lo que se ha venido decantando en cuanto a la especialidad de la justicia militar, como bien jurídicamente tutelado y la importancia de su protección por vía legislativa.

No obstante, el Tribunal Superior Militar en su jurisprudencia ha exigido que no basta con el indicio de responsabilidad que se observaba en la ley militar, se debe hacer un análisis de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida para poder justificar esa aplicación restrictiva de derechos, al respecto dispuso con ponencia del Magistrado Ponente MY®. José Liborio Morales Chinome:

La sala debe precisar que ha sido criterio de esta corporación ajustar la procedencia de la aplicación de los fines de la medida de aseguramiento, en tratándose de delitos típicamente militares, por lo cual, se debe entonces, no solo examinar la acreditación de los requisitos formales y sustanciales para la imposición de la medida de aseguramiento, sino que además, se hace necesario explorar la operancia de los fines que se persigue al imponer la medida en cada caso concreto, más aún, cuando se trate de medida de aseguramiento restrictiva de la libertad personal, sin que sea necesario recurrir al procedimiento ordinario por integración normativa, sino como una garantía constitucional, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia (Radicado 146427, 2010).

Bajo ese entendimiento, basta examinar algunos postulados constitucionales que fijan las finalidades admisibles para optar por la detención preventiva, es así que el artículo 250 Superior, al sistematizar las acciones que debe adoptar la Fiscalía en la persecución del delito,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

le impone la de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, correspondiendo a una medida de carácter preventivo y no sancionatorio, por lo cual no requieren de juicio previo, solo buscan asegurar los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse (Restrepo , 2006, pág. 416).

En el mismo sentido, exigen el cumplimiento de otro de los fines de la detención preventiva, en la necesidad de afianzar la preservación de la prueba, como quiera que fija como función del operador judicial velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso, luego si a este ente acusatorio le compete velar por la seguridad de los testigos y de sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de aseguramiento que considere pertinentes, para evitar que se pueda ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción (Pedraza, 2010, pág. 88).

Por último, la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede forjarse como fin propio de la detención preventiva a partir del mandato del artículo 1 superior, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en la prevalencia del interés general, convergente con el precepto determinado en el artículo 2 de la misma norma, que establece como fin esencial del Estado, asegurar la convivencia pacífica de la comunidad, por tanto, la detención persigue como fin impedirle al imputado la continuación de su actividad delictual que afecte la comunidad en la que se desenvuelve (Bernate, 2005, pág. 153).

En el mismo sentido Londoño (2005) señala en relación con la medida de aseguramiento privativa de la libertad:

En la esencia de la existencia jurídica de la medida de aseguramiento se encuentra el contenido de la proporcionalidad: solamente se impondrá la medida restrictiva, limitativa o afectativa del derecho fundamental a la libertad ambulatoria cuando sea equivalente el daño producido por el actor pasivo de la acción penal del Estado; y no se impondrá tal medida cuando no exista equivalencia entre los fines de la medida y el comportamiento del extremo pasivo de la relación jurídico – procesal penal en la actuación de persecución (Londoño, 2005, pág. 89).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

La imposición de la medida de aseguramiento debe estar fundamentada ineludiblemente del principio de proporcionalidad, el cual está fundado en la antijuridicidad material, (Principio de lesividad), por cuanto dicha medida, debe corresponder al daño causado al bien jurídico protegido, a la sociedad y por ende a la continuidad de la afectación de ese bien jurídico tutelado atacado y vulnerado a través de la conducta punible, involucrando al igual la posibilidad de eludir la acción de la justicia y torpedear el proceso penal, lo cual iría en detrimento de la verdad procesal y por ende de la efectiva recta y eficaz impartición de justicia.

Este tema al igual, guarda relación directa con el Principio de Insignificancia, toda vez que el hecho punible hay que conectarlo e interpretarlo con la teoría material de la antijuridicidad y la lesividad efectiva, significativa y real del bien jurídicamente tutelado, atendiendo variables, tales como la personalidad del autor; las circunstancias dentro de las cuales se realizó el hecho delictivo y el valor y alcance de la conducta, habida cuenta que el legislador en la nueva tendencia de sus políticas criminales, acorde con el principio de intervención mínima y necesidad de pena, teniendo en cuenta además, los límites a la función punitiva estatal y los funcionales del sistema penal reductivo, solo se justifica la aplicación de penas en los delitos de mayor dimensión y alcance social que resultan intolerables para la convivencia social y la seguridad jurídica en la visión de la doctrina moderna.

2.1. Aspectos generales para la imposición de la medida de aseguramiento

Con el fin de entender el tema objeto de estudio, es importante señalar que los parámetros que se aplican en justicia ordinaria para imponer una medida de aseguramiento son los mismos que se aplican en justicia penal militar, específicamente en cuanto a los requisitos, sin embargo, tal y como se verá a continuación, a pesar que en la justicia ordinaria se define el contenido de cada uno de estos requisitos, en justicia penal militar el contenido de los mismos no pueden apegarse a los primeros y de hecho los tribunales vienen haciendo una interpretación conforme lo exige la justicia castrense.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Partiendo de esa premisa, los fines constitucionales orientados a restringir la libertad de manera preliminar derivan en esencia del artículo 250 superior, de allí nace su influencia en la norma procesal y se deriva su obligatoria aplicación dentro del sistema penal acusatorio para los intervinientes del proceso penal militar, especialmente para el Fiscal quien debe asumir la carga probatoria con suficiencia, para justificar ante el Juez de Garantías la pertinencia de la restricción para el caso objeto de estudio, así se garantiza la presunción de inocencia y se da vida a los postulados esbozados en las decisiones de los tribunales internacionales creados para la protección de los derechos humanos.

Por ello, las medidas de aseguramiento como lo destaca Bedoya (2007) son:

(...) medios estatales de preservación y defensa social. Con ella se busca la preservación de la comunidad de los posibles ataques de la persona “peligrosa” y, además, con ella el Estado busca mantener intacta su facultad de poder ejecutar sanciones penales que llegue a imponer luego de un debido proceso. Las medidas de aseguramiento pueden entenderse entonces como medidas de prevención general y estatal en cuanto se busca proteger a la comunidad y garantizar la potestad sancionatoria del estado (Bedoya & Delgado, 2007, pág. 87).

Situación que en el caso de la norma especial (penal militar) hace alusión al grupo de personas que conforman una determinada unidad, es decir aquellos servidores que son orgánicos dentro de la estructura funcional de la fuerza y por ello tienen dependencia operacional y administrativa cohabitan en un cuartel e integran la comunidad militar o policial.

Para ese grupo de personas, están dirigidas las normas jurídicas, y la medida de aseguramiento ejerce sobre ellos una barrera una defensa de posibles ataques futuros de los transgresores de la norma, por cuanto en una entidad de esta naturaleza, donde los efectivos no son tan numerosos como en otras formas de asociación colectiva, cualquier lesión a los bienes jurídicos tiene múltiples repercusiones, ya que en ese limitado espacio geográfico, cualquier alteración al orden natural, deriva en situaciones que podrían desencadenar indisciplina, dando al lastre con el cumplimiento que debe caracterizar al personal que allí cohabita.

Dichas medidas, deben ser valoradas desde la perspectiva de la observancia de la dignidad humana, evitando excesos en la intervención estatal, por cuanto con ellas se limita un derecho



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

fundamental, cuya titularidad está en cabeza del ciudadano y por ello, solo podrá ser limitado en la medida que se cumplan con las finalidades previstas por la Ley, la Constitución y se cumplan con los requisitos contenidos en esas normas, lo anterior por cuanto esa ponderación constituye un límite material del *ius puniendi*.

Así lo reconoce Granados (2011) cuando manifiesta:

La libertad junto con otros derechos fundamentales del ciudadano se ven afectados tras la imposición de cualquier medida restrictiva de la libertad. Por lo tanto, el Estado, so pena de excederse en sus facultades y de enfrentarse a una medida flagrantemente inconstitucional o ilegal, debe aplicar un juicio de proporcionalidad entre la finalidad buscada y la naturaleza e intensidad de la medida. Dicho juicio el cual integra la idoneidad, necesidad de la medida, reviste de una gran importancia, dado que a través de él se reconoce la limitación al recurso del *Ius Puniendi* del Estado (Granados, 2011).

Además, porque podría presentarse un conflicto entre la restricción a la libertad (en virtud de la limitación autorizada por la ley y los tratados internacionales¹) y el derecho de la presunción de inocencia. En palabras de Sandoval (1999):

(...) encerrar a una persona en una prisión antes que se declare si es culpable o inocente, es violar y desconocer el principio de la presunción de inocencia; atentar contra el principio de la dignidad humana y desconocer el llamado principio de la libertad personal estatuidos en los artículos 28, 12 y 29 de la Constitución Colombiana y artículos 2º, 3º y 4º del mismo código de procedimiento penal que se encuentra en vigencia (Sandoval, 1999, pág. 59).

Lo anterior porque se tiene autorizada la limitación en normas de rango constitucional, al hacerse efectiva podría afectarse la percepción de esta persona, por encontrarse en dicha situación puede tener la comunidad en la que ejerce sus funciones, con la innegable afectación al buen nombre, desprestigio institucional, señalamiento y estigmatización que ello trae consigo.

Por eso dichas medidas en la ley ordinaria y militar se consideran una excepción, por eso la libertad el Quijote la definía diciendo:

(...) la libertad SANCHO, es uno de los más preciados dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra y el mar encubre; por la

¹ Art. 7º inc. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 9º inc. 3º del pacto internacional de derecho civiles y políticos. Véase además: art. 9º inc. 3º del PIDC.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito Informe final de investigación

libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que le puede venir a los hombres (Vargas, 2007, pág. 17).

En ese estado de las cosas, se hace indispensable mencionar precisamente esos fines constitucionales y legales que hacen factible la aplicación de dicha excepción, y para ello, es oportuno referirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional como fuente obligada de consulta, que identifica tres fines:

La necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, y al eventual cumplimiento de la pena, la protección de la actividad probatoria frente a cualquier acto de ocultamiento, destrucción, deformación o entorpecimiento, la protección de las víctimas y los testigos, y la protección de la comunidad del peligro derivado de la eventual continuidad de sindicado en la actividad delictiva (Sentencia C371, 2002).

Esos fines aparecen ahora presentes tanto en la jurisdicción ordinaria, como en la penal militar y los ha dividido en tres grandes grupos como lo destaca el (Pedraza, 2010, pág. 89): i. necesidad de la medida para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia (riesgo de obstaculización) ii. Necesidad de la detención porque el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima (riesgo de reiteración); y iii. Necesidad de aseguramiento por cuanto resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o al cumplimiento de la sentencia de condena (riesgo de fuga).

Estos postulados en la justicia penal ordinaria se encuentran definidos en la propia ley sustantiva (artículo 308 ley 906 de 2004), sin embargo, en la justicia penal militar no, lo que hace que en los jueces de la justicia castrense no exista claridad, ni uniformidad con relación al contenido de estos criterios.

2.2. Criterios de los tribunales para la imposición de medida de aseguramiento en el delito de desobediencia

Como se ha resaltado a lo largo de la argumentación, el tipo penal militar de desobediencia es una conducta punible que afecta la disciplina, para ese bien jurídico el único camino que le queda al Juez de Instrucción Penal Militar es la detención preventiva, en cumplimiento de lo consagrado en el artículo 522 de 1999, siempre y cuando exista un indicio de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

responsabilidad, ese es el único requisito existente y por ende la medida de detención prospera en la mayoría de los casos.

Esto fue avalado por la Corte Constitucional al declarar exequible estos numerales en la Sentencia C - 709 de 2002, en donde se señaló que el derecho penal militar es un derecho especial, en que la mayoría de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, supone la infracción grave de los deberes especiales que se encuentran relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio, precisamente por ello, el legislador les ha otorgado un plus de antijuridicidad excluyéndolos de los beneficios o subrogados penales.

Al respecto, es importante recordar que esa Corporación al analizar aspectos del principio de igualdad y las diferencias de punibilidad entre hechos punibles en la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria, expresó que un tratamiento diferenciador puede partir del supuesto de la mayor o menor entidad del hecho punible o del grado de la lesión de los bienes jurídicos tutelados:

(...) también la alternativa puede depender de la mayor o menor importancia que el legislador confiera a los bienes que se busca proteger, o del grado de culpabilidad que denote la conducta descrita. De cualquier manera, la opción mencionada dependerá del concepto valorativo del legislador respecto de estos elementos, valoración que, a su vez, estará condicionada por las circunstancias históricas, políticas y sociales que pueden llevar al legislador, como en efecto ha sucedido, a considerar que una conducta que hoy es delictiva, mañana pueda ser tenida como contravencional o viceversa (Sentencia C361, 2011)

Situación muy diferente, ocurre ante la reforma legislativa surtida en el año 2010 y que dio como resultado la construcción de la ley 1407 de 2010 cuya finalidad y orientación filosófica se ajusta a los postulados del moderno derecho penal, que prevé la valoración del injusto desde la perspectiva del derecho constitucional y el respecto de la dignidad humana como fuente fundante de la estructura dogmática, propias de los modelos alemanes de administración de justicia (Jakobs, 1995), en donde no basta con cumplir el requisito objetivo, esto es, que se atente contra la disciplina, porque es necesario sopesar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la restricción del derecho a la libertad, midiendo el daño



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

causado al bien jurídico y a la sociedad militar, destinataria esencial del ámbito de protección de la norma.

De esos tres criterios de ponderación, el más importante es el de la proporcionalidad o prohibición de exceso como lo plantea Bedoya (2004), allí se establece que este suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto.

La proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias, la exigencia de adecuación, la exigencia de necesidad de pena, la exigencia de subsidiariedad, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto: se exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.) y el fin que persigue con esa pena (Bedoya L. , 2004, pág. 22).

Bajo el anterior criterio resulta redundante pero necesario manifestar, como se ha venido esbozando a lo largo de esta argumentación, que toda medida restrictiva de derechos fundamentales (no solo medidas privativas de la libertad), implica la observación de los presupuestos constitucionales a fin de garantizar de manera amplia efectiva aplicación de la ley, sin olvidar la dignidad humana, cuyo reconocimiento es taxativo y está implícito en el primer artículo de la ley 599 de 2000, de la ley 600 de 2000, y por supuesto de la ley 906 de 2004.

2.2.1. Obstrucción del proceso militar

Sea lo primero mencionar que este aspecto no está señalado en la ley 522 de 1999, no así en la ley 1407 de 2010, en donde está regulado de la siguiente manera:

Artículo 466. 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.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Como quiera que no se hace mención a nada más dentro de la codificación penal militar, por vía de la integración normativa resulta oportuno entonces establecer que se entiende por obstruir el libre ejercicio de la justicia y para ello se trae a colación el artículo 309 de la ley 906 de 2004, cuya naturaleza desde su promulgación, irradió de manera significativa la jurisdicción castrense tornándola más garantista, la citada norma consagra:

Artículo 309. Obstrucción de la justicia. Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación (Senado, 2004).

Con esta norma se busca proteger la actividad probatoria de la investigación, y por ende la buena marcha de la administración de justicia, en cabeza hasta este momento de los jueces de instrucción penal militar, al considerar que es indispensable mantener privado de la libertad al imputado, para que éste; no entorpezca, ni influya en el recaudo de los elementos materiales probatorios o de la evidencia física, incluso, para que no afecte las etapas iniciales de la actuación, en donde en muchos casos se torna necesaria su presencia, por expresa disposición legal, evitando la dilatación innecesaria de los procesos.

Guarda sustento en lo que en Alemania se denomina “*peligro de oscurecimiento*” (San Martín, 2003, pág. 1238) y se enlaza con la obstrucción presumida del procesado por cuanto:

Este peligro existe legalmente si se da la sospecha de que el inculpado destruirá medios de prueba, los modificará, suprimirá, disimulará, o falsificará, de que influirá de forma ilícita en coimputados, testigos o peritos, de que motivara a otros a tales conductas, y por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedara dificultada (Gómez, 1985, pág. 107).

Lo cual constituye una presunción futura, los verbos rectores están conjugados de esa forma, por tanto, le corresponde al Fiscal como director de la petición, demostrar que el procesado tiene, por ejemplo, la capacidad de general aquel mal en el desarrollo de la investigación y para ello, debe acudir a las características personales, sociales y económicas del imputado, de allí porque se supone que es un líder, un director un comandante que cuenta con poder derivado de su jerarquía en la institución, con lo cual puede llevar a influenciar en los posibles



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

testigos, o incluso comprar conciencias, para que delante del juez se entregue una versión alejada de la verdad.

Al respecto del Pedraza (2010) en su obra ya citada plantea:

(...) dígase que el imputado que puede inducir testigos o que influye decididamente en la opinión de sus compinches es por lo general un “poderoso”, un “jefe”, un “cabecilla”, o una persona con poder de intimidación o de constreñimiento sobre otros, con capacidad suficiente para someter la voluntad de los demás llegado el caso en que su poder económico no se suficiente para dominar la conciencia ajena. Lo mismo cabe predicar para el evento de la manipulación del perito, de quien a pesar de presumirse su carácter recto, incorruptible y firme, puede verse amenazado por la fuerza intimidante del imputado que le manipula (Pedraza, 2010, pág. 90).

Y en relación con el alcance de esta causal desde el punto de vista jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia Sala Penal indicó:

La preservación de la prueba dentro del proceso penal fue la razón que motivó al legislador para justificar la imposición de la detención preventiva por cuanto al existir motivos razonablemente fundados en que el procesado o acusado, directa o indirectamente puede llegar a tener injerencia en los elementos probatorios que formarán parte de la investigación o en la fase de juzgamiento de las pruebas a practicar en la audiencia pública, indican la tensión entre los dos derechos fundamentales, siendo necesario en ese momento procesal que se le otorgue mayor valor al debido proceso por encima del derecho a la libertad, pues solo de la aducción de la prueba, en forma legal y oportuna y de su posterior valoración, es como el funcionario judicial puede llegar a tomar una decisión definitiva en torno a la responsabilidad penal (Casación 32792, 2010).

El Tribunal Militar ha desarrollado esta temática, indicando que la obstrucción a la justicia debe estar ligada a los presupuestos normativos señalados en el artículo 309 de la ley 906 de 2004, por cuanto en materia castrense la ley especial no contempla esa denominación, este presente ingresa por virtud del principio de integración normativa con el fin de llenar este vacío específico (Radicado 156962, 2011).

En esencia este órgano judicial de segunda instancia ha señalado,

(...) en la Jurisdicción Penal Militar, pese a que el procedimiento actual se está ritado por los caminos que señala la Ley 522 de 1999; cuando se trate de una medida de aseguramiento de detención preventiva, también se deben verificar los presupuestos que regulan los fines de la medida en cita, así la normatividad tenga vacíos al respecto, la razón de su exigibilidad, surge de los preceptos constitucionales que fijan los principios para restringir el derecho a la libertad y por desarrollo legal, acudiendo a los principios de integración y de favorabilidad, se han de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

desarrollar los contenidos de los artículos 466 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, en armonía con los preceptos consagrados en los artículos 308 y subsiguientes de la Ley 906 de 2004 El tercero y último, plantea la necesidad o finalidad que se persigue con la medida de aseguramiento privativa de la libertad, es decir, cuál es el propósito de la imposición de la medida y para ello, el legislador estableció unos criterios que evitan la arbitrariedad o la especulación, esas pautas se concretan en i) buscar que el imputado pueda transformar o desfigurar el recaudo probatorio o dificulte este último ejercicio por parte del investigador; también la privación de la libertad (Radicado 157964, 2014).

Partiendo de esa premisa, considera el Tribunal Castrense que se obstruye el proceso penal militar cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación (Radicado 157477, 2012).

En el mismo sentido ha señalado que le corresponde al juez instructor, el cual en materia penal militar con el procedimiento vigente es el que cuenta con las atribuciones legales para restringir la libertad de un soldado o policía, establecer probatoriamente la posibilidad de afectar la libertad partiendo de la presunción futura de que va a perjudicar la actuación procesal, especialmente por su papel dentro de la organización, el nivel de mando y jerarquía con el cual se podría llegado el caso ordenar a determinado subalterno decirle en uno u otro sentido, no obste cualquier aseveración en ese sentido debe ser sustentada en el caudal probatorio, por cuanto la ley exige motivos razonablemente fundados (Radicado 156918, 2011).

Lo que lleva a pensar que este requisito de obstrucción a la justicia, desaparece en la medida que el órgano encargado de recolectar los medios de prueba haya culminado su labor, por cuanto, estos elementos ya están en poder del Juez Instructor, lo cual en los procesos penales militares es muy común que suceda, toda vez que los testimonios que son en muchos casos los que sustentan por ejemplo una desobediencia, son recolectados el mismo día de la denuncia, y con ello, después de aperturada la investigación se llega a la indagatoria, lo cual



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

haría difícil sustentar esta suposición en la medida que no es probable la afectación de la actividad probatoria cuando esta ya se llevó a cabo.

Esto lleva concluir que la efectividad de la justicia penal militar en recolectar y adelantar la investigación, los exiguos términos que existen para adelantar una investigación tratándose de los delitos investigables por el del procedimiento especial (ley 1058 de 2006), hace muy difícil sustentar la obstrucción a la justicia, porque esta causal desaparece una vez se ha recolectado el material probatorio suficiente, más aún, porque hoy aún persiste la “permanencia de la prueba” (Parra, 2009, pág. 29) como característica del sistema de enjuiciamiento criminal de la jurisdicción especializada.

2.2.2. Peligro para la comunidad militar

Al igual que lo anterior constituye una novedad legislativa para la jurisdicción castrense, en la nueva ley 1407 se encuentra codificado de la siguiente manera:

Artículo 466. Requisitos:

2. Que el imputado o acusado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública.

El Tribunal Superior Militar, en un pronunciamiento calendado 4 abril de 2011 frente a esta causal indicó:

Es necesario que la sociedad militar conviva en su interior disciplinada, cohesionada, ordenada, en condiciones óptimas de coexistencia, porque ello se traduce en preservación de la estructura, jerarquía, subordinación; sólo así se alcanza eficazmente el éxito y por ende el cumplimiento de las finalidades constitucionales a las cuales se debe la Fuerza Pública. En suma, la disciplina contribuye a la legitimidad, integridad, seguridad e interés de las Fuerzas Militares y de Policía; propósitos que no sólo se reclaman, dentro del concepto de interés general en la colectividad “Fuerza Pública”, sino, en la sociedad en general (Radicado 156920, 2011).

Y frente a este mismo tópico la Corte Suprema de Justicia sala penal al analizar las causales vigentes en la ley 906 de 2004, artículo 310 consagró:

Se reitera entonces, que el fundamento se encuentra en la Constitución Política, en el artículo segundo de la protección a la comunidad desde el cual se pueden desarrollar en la ley distintas



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

hipótesis de ese y otros principios constitucionales, sin que su contenido sea diverso, es decir, por ejemplo, la protección de la víctima, principio que se puede desarrollar en distintas hipótesis sin que sean excluyentes entre ellas; por el contrario cada una de las previsiones legales apuntan a la protección de diferentes aspectos de la misma finalidad de la detención preventiva (Casación 32792, 2010).

Con lo cual se quiere significar, que para justificar la detención preventiva acudiendo a esta causal, es indispensable analizar la posibilidad de que el imputado continúe generando un daño a la comunidad, lo cual cobra sentido desde el punto de vista constitucional, al matizar la afectación con los fines esenciales del Estado, los cuales en una comunidad a la cual está destinada la ley penal militar, son determinantes porque de ello se deriva fundamentalmente el papel que cumplen dentro de la estructura de la colectividad.

En esencia, la afectación a esa comunidad especial, que necesita de los más altos estándares de obediencia y cohesión, está ligada a la posibilidad de que la conducta se pueda generalizar, al no encontrar una respuesta efectiva y oportuna por parte del operador judicial al momento de administrar justicia, por ello, se consagra como único camino la detención, para los infractores de los tipos penales que atentan contra la disciplina o el servicio, por cuanto el grado de afectación de ese bien jurídico, va dirigido directamente a la existencia y preservación de la institución jerarquizada.

La detención preventiva por motivos de peligrosidad del autor constituye una “necesidad penal” (Ferrajoli, 2001, pág. 551). Esto es una medida de aseguramiento que se toma por razones de defensa social para proteger a la comunidad de futuros delitos que vaya a cometer el futuro delincuente (Bedoya & Delgado, 2007).

Por ello, al analizar la gravedad del hecho, o la posible pena imponible, el operador judicial deberá efectuar un juicio de proporcionalidad, poniendo en la balanza el daño causado con la conducta y la libertad, teniendo en cuenta la posible sanción que esta conducta podría generar en caso de llegar a una condena lo cual en los delitos típicamente militares resulta complejo, ya que por ejemplo para la deserción; el legislador previó una condena de prisión que va desde 8 meses hasta dos años (Senado, 2010).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Se Deja en manos del Fiscal, la carga argumentativa pero sobretodo probatoria al momento de solicitar la medida de aseguramiento de detención preventiva en la audiencia pertinente, con el fin de demostrarle al Juez de Control de Garantías, la causal referida, ya que no es suficiente con la mera enunciación, se hace indispensable soportarla con medios de prueba legalmente obtenidos los cuales permiten justificar la decisión que ha de tomar el Juez.

Al respecto la Fiscalía General de la Nación en el “Manual de las Audiencias Preliminares” escrito por Vanegas (2007), consagró para sus funcionarios:

Dada la gravedad de este tipo de decisiones en materia de afectación del derecho fundamental a la libertad, es lógico que el legislador exija que la necesidad de protección de alguno de estos intereses constitucionalmente relevantes debe tener soporte en “motivos graves y fundados”. Así pues, no basta con que el fiscal aduzca que el imputado podrá destruir evidencias, sino que debe aportar los medios de acreditación que sirven de fundamento a su aseveración, por ejemplo, que al momento de la captura amenazó a los testigos; que en procesos anteriores procedió violentamente contra ellos; que tiene acceso a las pruebas e intentó destruirlas cuando se enteró de que estaba siendo investigado, etc (Vanegas, 2007, pág. 87).

Porque esos motivos fundados a los que se refiere el autor, son determinantes al momento de restringir la libertad, y quedan en la subjetividad del juez y en su percepción cuando el fiscal le solicita la restricción a la libertad, con lo cual no se quiere significar que surgen del arbitrio del operador judicial, sino de las elementos materiales probatorios con los cuales se sustenta esa aseveración, ya que de allí se deduce la peligrosidad del sujeto activo, la posibilidad de afectación a víctimas o testigos, y el riesgo de reiteración que como ya se señaló en los delitos contra la disciplina y el servicio, es lo que más afecta el bien jurídico, por cuanto la repetición de una conducta como el abandono del servicio, en una unidad determinada, puede poner en peligro el cumplimiento de la misión a ellos delegada, ya que se disminuyen los efectivos y la capacidad de respuesta ante cualquier alteración del orden público.

Ahora, que implica riesgo para la seguridad de la fuerza pública, requisitos que está inmerso en la norma precedentemente citada, la respuesta refulge al analizar el bien jurídico, el cual se dispuso con el fin de salvaguardar los más altos estándares e intereses de la institución castrense, entre los cuales están los recursos y los medios disponibles para el cumplimiento de la misión.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

El concepto de comunidad que trae la norma en el artículo en cita como lo señala el Tribunal Militar, debe extenderse al aspecto militar o policial, en ese sentido ha señalado:

(...) dentro de esta comunidad, se enmarca igualmente la comunidad militar y que nada garantiza que el comportamiento asumido por el suboficial no vuelva a repetirse, desde otro ámbito laboral o personal (Radicado 156646, 2010) .

Especialmente por la función que se cumple y la actividad que se desarrolla derivada de la misión constitucional y la garantía de protección para los ciudadanos, estas actuaciones como lo destaca el órgano colegiado castrense en torno a su afectación constituye un:

Comportamiento que resulta desde todo punto de vista reprochable y no únicamente por ser servidor Público, además por ser integrante de la Fuerza Pública ya que ostenta el grado de Cabo Primero, por esta razón conoce que la función constitucional está encaminada a satisfacer los fines del Estado, entre estos defender la soberanía nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (Radicado 156646, 2010).

Lo anterior resulta relevante por cuanto de cara al postulado Constitucional, que el Derecho Penal Colombiano procura la protección de bienes jurídicos, que pueden buscar la tutela de intereses particulares y concretos, bienes jurídicos con vocación institucional u organizacional, que resguardan el amparo del beneficio general. Por ello la sistemática y coherencia del derecho punitivo moderno sugiere que el bien jurídico cumpla una función social, lo que no se supedita a concepciones temporo-espaciales o modales, sino a la eficacia de quien está llamado a dinamizarlo cuando ostenta un cargo y cumple determinada función en sociedad (Radicado 156202, 2010) .

Lo anterior, especialmente porque el bien jurídico que tutela la ley militar está destinado a garantizar los fines esenciales delegados a la institución militar, cualquier afectación al deber de servir o el incumplir una orden legítima, pone en riesgo la misión y con ello la misma estabilidad estatal, al respecto el tribunal militar ha señalado:

(...) busca garantizar el cumplimiento de actividades propias de la Fuerza Pública, sin las cuales no es posible alcanzar los cometidos Constitucionales que definen la razón de ser del Estamento Castrense o de Policía en una sociedad, por ello sus efectos se proyectan efectivizando la actividad o menguándola. Una noción de bien jurídico con dimensión práctico social, depende de la función del Derecho Penal Militar en la comunidad, si la configuración social se basa en bienes jurídicos, la norma penal debe apuntar a su protección. Requiere la colectividad, para garantizar la vigencia impoluta de su Fuerza Pública, contar con un sistema



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

penal que conciba con un plus de protección la naturaleza del bien jurídico (Radicado 156202, 2010).

Bajo esa premisa los delitos que garantiza que las actuaciones de los militares se desarrollen observando la subordinación, cohesión y disciplina, deben ser interpretados de forma sistemática con los artículos 2 y 6 superior, lo que sugiere una posición de garantía por Institución y Organización en quienes fungen como militares para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, derechos y libertades, orientando toda su actividad de instrucción y entrenamiento, logístico administrativa, de servicios de guarnición, de régimen interno, operacional, etc., a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Partiendo de la base que su interpretación debe ser sistémica, lo anterior por cuanto la desobediencia protege y tutela la bien jurídica disciplina, la cual según o señala la segunda instancia militar,

(...) no puede ser vista como un concepto aislado, alejado de la realidad social, ni con lectura sesgada o restringida que apunte solo a la consideración de bienes que disciplinen o cohesionen la Fuerza Pública a su interior, sino que el doble contenido de la norma penal militar es de tal naturaleza que busca la protección ínter sistemática de la Fuerza Pública y la sociedad (Radicado 156190, 2009).

Afirmación que se hace visible cuando se restringe la libertad atendiendo al criterio de protección de la comunidad militar, ya que si bien es cierto, por las condiciones personales y laborales de los procesados de las causas militares y de las pruebas que se recaudan con facilidad en los expedientes puede concluirse que aquellos comparecerán al proceso, y además que no se hallan en situación que les permita atentar contra la actividad probatoria, también lo es, que desde el punto de vista de la prevención general, la comunidad que integra la Fuerza Pública, debe quedar enterada que la realización de comportamientos como cometer el delito de desobediencia son de gravedad, por la especial función que cumplen sus miembros, para el caso Fuerzas Militares y Policía Nacional en virtud de la Constitución Política y la naturaleza del bien jurídico tutelado, y por ende, merecen tratarse con severidad (Radicado 155600, 2009).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Eso lo recalca incluso la Corte Suprema de Justicia al señalar:

(...) las normas constitucionales referidas a la privación de la libertad y las contenidas en las ya mencionadas del ordenamiento procesal penal, imponen una actitud preventiva tanto de carácter particular como general para proteger a la comunidad (Casación 22188, 2004).

Situación que permite sustentar la afectación al derecho a la libertad, mediante la causal de lo que constituye un peligro para la comunidad militar, ya que la finalidad está orientada a garantizar la estructura de la institución militar, manteniendo un nivel de exigencia superior en la conducta y comportamiento de los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto la disciplina permite que puedan cumplir adecuadamente su función constitucional de garantizar la subsistencia del ordenamiento constitucional.

Además de lo anterior, frente al bien jurídico tutelado ha manifestado el Tribunal Castrense que constituye una entidad superior, que cobija a todos los miembros de la institución y pretende desarrollar los fines del Estado, orientados a procurar la convivencia pacífica en comunidad y desarrollar las actividades diarias bajo los más altos estándares de calidad y comprometimiento con la misión, controlando todos aquellos fenómenos que podrían afectar el libre desarrollo de las tareas que involucran una operación, desde el inicio de la misma, hasta la consolidación en el objetivo, o en tareas administrativas en el cumplimiento del régimen interno de una unidad, que inicia, con el despertar de las tropas, hasta la finalización de las actividades cuando se da el toque de recogida.

Por ello este bien para el Tribunal Superior Militar es:

(...) una seguridad subjetiva reflejada en la convicción íntima de cada miembro de no temer la producción de un hecho dañoso para sí, y objetiva, como la estabilidad de control de las causas o factores que tienen la potencia de afectar el desenvolvimiento armónico y normal de la vida militar (Radicado 155229, 2008).

En cuanto al concepto de víctima, y lo que constituye un peligro para esta, en los delitos que lesionan o ponen en peligro la disciplina como la desobediencia, no puede entenderse con una persona en particular, sino una comunidad en general, ya que el sujeto pasivo en estos tipos penales es el Estado, sobre quien recae la acción y la afectación, por ello, la víctima como persona jurídica que es, para estos reatos típicamente militares, se deberá entender en



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

virtud de la afectación a la comunidad militar que resulta indirectamente perturbada, cuando se afecta la capacidad de reacción o se incumplen las ordenes, lo cual genera división y desmoralización ya que se da un trato generalizado represor a un grupo de personas cuando una en particular ha trasgredido la normatividad.

Cuando la víctima resulta ser el Estado, se hace más difícil demostrar el grado de peligro para este, teniendo en cuenta que el hecho de estar *subyudice*, por sí mismo, constituye ya una limitación a la posibilidad de afectar y trasgredir el bien jurídico o, cuando la respuesta no es efectiva y la misma comunidad que evidencio el daño derivado del comportamiento, en algunos casos ya no está presente cuando se lleva a cabo la restricción a la libertad, bien sea porque el contingente al que pertenecía el sujeto activo ya se licencio, o porque se dio cumplimiento al plan de relevos que para el ejército por ejemplo, se surte cada dos años.

2.2.3. No comparecencia al proceso

La ley Penal Militar consagra esta casual dentro del artículo 466 de la siguiente manera:

Artículo 466. Requisitos:

3. Que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Al respecto en la ley 906 de 2004, el legislador estimó la no comparecencia al proceso o a la eventual condena en el artículo 312, al indicar que la falta de arraigo en la comunidad, la gravedad del daño causado y el examen del comportamiento durante el proceso o en otro anterior, son los aspectos a observar por el Fiscal y por el Juez para restringir la libertad invocando esta causal.

La falta de arraigo del imputado en la comunidad, significa esa carencia de vínculos familiares, sociales y laborales en la comunidad militar y por ello sería posible pensar en la posibilidad de su ausencia en el proceso.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Dentro de la misma norma, vigente en la ley penal militar por vía de integración, se establece como requisito para ello el arraigo que se determina por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo, además como sucede cuando la persona por ejemplo, goza de doble nacionalidad, y tiene las facilidades de abandonar el país o los recursos necesarios para permanecer oculto (Bernate, 2005).

En un delito como la deserción o el abandono del servicio, en el que los militares o policías se ausentan de las obligaciones derivadas de su investidura y de su cargo, sería fácilmente verificable esta causal, en la medida que estos servidores son proclives a abandonar sus deberes y por ello, nada indicaría que al quedar en libertad no lo hicieran de nuevo. Pero, en un delito como la desobediencia por ejemplo, donde el militar que trasgrede es un oficial o suboficial de carrera, que reside en la unidad militar y está plenamente identificado y por lo tanto es fácilmente ubicable, la naturaleza de su personalidad y sus factores personales o familiares hacen imposible encausar la petición acudiendo a esta causal. Porque al estar involucrado el infractor con la sociedad, bien sea porque tiene un domicilio fijo, o porque tiene negocios serios o una trayectoria militar que se deriva de la antigüedad en el ingreso al escalafón, para analizar la vinculación del imputado en la sociedad, y al analizarse esos factores podría afirmarse que el procesado si comparecerá al proceso como lo dice Pedraza (2011):

(...) ya que seguramente no abandonará a su familia, ni dejara su trabajo, ni desprotegerá sus negocios, y todo ello en confluencia con los roles sociales, bajo el sano entendimiento que la persona que se encuentra bien establecida en la familia y en lo laboral, adquiere necesariamente vínculos comunitarios o también tiene arraigo en la comunidad o en una determinada comunidad (Pedraza, 2010, pág. 111).

En ese sentido al igual se ha pronunciado la doctrina Alemana al considerar que:

El peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, sino, con arreglo al claro texto de la ley, sólo en razón de las circunstancias del caso en particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada según el caso no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser considerados también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y su situación particular. Por otra parte, el hecho de que el imputado tenga un domicilio fijo no es suficiente de ningún modo, para negar el peligro de fuga. En la práctica, el peligro de fuga representa el motivo de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

detención más importante, en cuyo caso, para fundar una formula preponderante se invoca la expectativa de una pena elevada (Roxin, 2000, pág. 260).

En el mismo sentido como lo reseña en la doctrina latinoamericana ha dicho que algunos parámetros que deben analizarse al momento de decidir la existencia del peligro de fuga son:

El arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; b) la pena que podría llegar a imponerse en el caso; c) la magnitud del daño causado; d) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal (...) Heinz Zipf menciona entre las circunstancias por considerar el monto de la pena esperada, las relaciones personales del imputado, en particular sus vínculos familiares, la seguridad del puesto de trabajo, el domicilio fijo, los cambios frecuentes de domicilio o trabajo, la utilización de nombres falsos o papeles...” (...) “Al hablarse de ‘peligro’ de fuga, se está haciendo referencia a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, evitando ser juzgado, o bien se vaya a sustraer de la pena que se podría imponer (Rodríguez, 1997, pág. 171).

A su turno el Tribunal Militar ha señalado como se ha destacado hasta este momento, que los jueces militares encargado de proferir las decisiones restrictivas de la libertad deben tener en cuenta además de los aspectos objetivos, también los fines constitucionales en razón a que la injerencia en la privación de la libertad durante el proceso penal es una medida de carácter excepcional que debe tener su justificación material, bien sea para asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, la continuación de su actividad delictual o la protección de las pruebas a practicar -o las que deban allegarse-. Así, en virtud al principio pro libértate, sería necesario hacer una evaluación, para llegar a la conclusión si la restricción se justifica o no, por supuesto bajo los postulados de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, precisamente por la restricción al derecho fundamental de la libertad y la restricción como consecuencia excepcional de una medida de aseguramiento (Radicado 155838, 2009).

En ese contexto, cuando en el desarrollo de la investigación resulta necesario afectar la libertad de un militar o policía que ha cometido el delito de desobediencia, el arraigo y la posibilidad de ausentarse de sus obligaciones propias del proceso o la eventual penal constituyen las herramientas necesarias a sustentar en la decisión interlocutoria,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

especialmente porque estas no constituyen un juicio de responsabilidad, son de carácter provisional. En ese sentido señala el tribunal:

(...) no es una pena, su aplicación es compatible con la presunción de inocencia y en consecuencia que no comporta una presunción de culpabilidad. Por manera que al adoptar una decisión de carácter provisional, como la que nos convoca, con connotación de ejecutoria formal, no se quebranta de suyo con la presunción de inocencia, razón por la cual para proferirla, no se requiere de plena prueba, menos aún de la certeza, (ya que aquí aún no se discute de fondo el tema de la responsabilidad, la que sólo se verifica cuando se alcanza la certeza que ha de tener el juzgador para proferir una sentencia conforme al artículo 396 del digesto penal militar o cuando el funcionario instructor o calificador deciden de fondo mediante cesación de procedimiento por imperar una causal subjetiva de ausencia de responsabilidad), en consecuencia lo que ha dispuesto el legislador de 1999, es que en el proceso se viertan los contenidos de prueba mínima. El fundamento probatorio de la medida de aseguramiento remite acorde con las voces del artículo 522 del C.P.M., a la presencia de prueba directa o indirecta, aquella comporta el testimonio, la confesión, el documento, la inspección y la peritación y ésta el indicio que para el caso de medida de aseguramiento debe ser grave, el que se entiende cuando entre el hecho indicador y el hecho indicado concurre una inferencia lógica inmediata, lo que sugiere el grado de compromiso penal del procesado frente a los hechos objeto de investigación, así, el indicio ha de llevar al funcionario judicial al grado mental de probabilidad de que el sindicado obró realizando la Ley penal (Radicado 155457, 2008) .

Situación que como ya se indicó en materia penal militar es difícil de establecer, por cuanto es una institución donde para el ingreso a la vida militar o policial se debe superar procesos exhaustivos de incorporación que se repiten periódicamente, que incluyen estudios de seguridad de personal, en el cual se investiga el lugar de residencia, los nexos familiares e incluso los recursos disponibles, para evitar el fenómeno de la corrupción por la función que desempeñan.

Es más, en esas instituciones los departamentos de personal cuentan con bases de datos de todo el personal que hace o ha hecho parte de la unidad, se tiene claro conocimiento del lugar de trabajo y de la unidad que pertenece, además el número de efectivos permite establecer un control diario, que se materializa a través de formaciones tres veces al día, donde se constata el personal y la disponibilidad para el servicio, lo cual hace, como ya se expresó, difícil o tal vez inadecuado exponer esta causal, ya que la carga probatoria que podría tener el Fiscal para tal fin se tornaría insuficiente y extremadamente débil, además, porque en la actualidad es el Juez de Instrucción Penal Militar el encargado de realizar esta constatación, el cual hace parte



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

de la institución y conoce de primera mano todo lo antes resaltado, porque en últimas es el encargado de la investigación y por ello de sustentar la privación de la libertad.

Además las penas para estos delitos no son altas, y el fenómeno de la prescripción es muy garantista, por ejemplo para la deserción en la norma está contemplado que la investigación y la pena prescriben en un año, situación que hace evidente que ni la sanción esperada, ni la posibilidad de ausencia sean justificantes para la detención en establecimiento carcelario, por el contrario, es el mismo bien jurídico y no las características del imputado, lo que justifica la restricción de la libertad, por ello, considero inadecuado transcribir literalmente estos postulados a la justicia militar, por cuanto, en muchos casos, no tiene el alcance que se ha significado en la ley ordinaria.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

CAPÍTULO III

3. Aportes para la construcción de los requisitos de imposición de medida de aseguramiento en el delito de desobediencia a partir del principio de especialidad

Hasta este momento se ha pretendido resaltar la importancia que reviste para una institución jerarquizada castrense, el bien jurídico de disciplina, este, es concebido como el ideario de cualquier organización militar y policial que basa su existencia en el cumplimiento de las ordenes, el acatamiento de las instrucciones y la observancia del respeto por el superior, valores inherentes a la función que cumplen en defensa de las instituciones legítimas del Estado.

En ese contexto, se sustenta la existencia de conductas punibles que sancionan comportamientos que pongan en peligro este bien jurídico, tipos penales creados para proteger la existencia misma de las instituciones, por cuanto contemplan sanciones privativas de los miembros de la fuerzas pública que incumplan ordenes en ejercicio de sus funciones.

Ordenes que deben tener una relación directa y próxima con el servicio, es decir que contemplen tareas delegadas y directamente orientadas al cumplimiento de la misión constitucional, “dicha preceptiva deja entrever que las actuaciones de los miembros de la fuerza pública se presentan como integrantes de la misma, como personas y como ciudadanos, de modo que la totalidad de los actos u omisiones no pueden quedar comprendidas dentro del fuero” (Sentencia C1184, 2008).

Solo aquellos comportamientos que tengan una relación directa con las tareas propias del servicio, pueden alcanzar el reproche necesario para imponer una sanción cuando de este derive un incumplimiento, es decir, solo el incumplimiento a las órdenes que tengan esa relación próxima con la función, son las que podrían de alguna manera tener un reproche penal y disciplinario.

Lo anterior resulta relevante, por cuanto el miembro de la fuerza pública puede desenvolverse en distintos escenarios donde alcanza a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

terceros, incluso, recibir órdenes que no tengan esa relación con el deber funcional, cuyo incumplimiento por ser espurio, no alcanza a transitar por la esfera de la ley punitiva militar.

Un ejemplo de ello, son las ordenes ilegítimas; donde la obediencia debida surte sus efectos, en especial, cuando se trata de instrucciones dirigidas a violar derechos humanos, en esos casos, cuando la afectación al derecho ajeno no surja como legítima a la luz del marco normativo que gobierne la actuación, el incumplimiento no deriva en una investigación penal por el delito de desobediencia.

Si bien es cierto, las fuerzas militares pueden lesionar de manera legítima bienes jurídicos como la vida, en el contexto del Derecho Internacional Humanitario, cuando el uso de la fuerza esté dirigido a un combatiente enemigo su actuación es legítima y como lo reconoce la Corte Constitucional el resultado muerte no constituye en esos efectos jurídicamente un homicidio².

También se puede hacer uso de la fuerza, esta vez como último recurso cuando se trate de defender un derecho propio o ajeno ante una injusta agresión, es decir, en el contexto de la legítima defensa o el estado de necesidad, allí, el uso de las armas legítimas en contra de quién atente contra la vida o integridad es una opción vinculante, relacionada con el entrenamiento y la doctrina operacional que sustenta la actuación de los miembros de la fuerza pública en el teatro de los acontecimientos.

En esas circunstancias la función del militar es legítima aun cuando lesione como se hizo evidente bienes jurídicos de terceros, en ese contexto, el incumplimiento de una orden puede acarrear consecuencias jurídicas desde la esfera del derecho militar, no sucede lo mismo como ya se señaló cuando esas órdenes están dirigidas a ejecutar delitos de lesa humanidad o frente a la comisión de crímenes de guerra, donde el militar debe rechazar dicha instrucción; lo cual no lo ubica dentro de la hipótesis prevista para el tipo penal de desobediencia.

² En ese sentido ver la Sentencia C177 de 2001.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Lo anterior, porque este delito como ha podido ser evidenciado a lo largo de la argumentación de este trabajo, castiga el incumplimiento de órdenes legítimas emitidas por el superior en actos relacionados con el servicio, el alcance punitivo está enfocado entonces a proteger la función de la institución jerarquizada y a controlar a través de la prevención general, el poder derivado del monopolio de las armas y la subordinación a la autoridad civil ejercida entre otras personas por el Presidente de la República como máxima autoridad administrativa³. Situación que de cara a la prevención general representa un valor altísimo en torno al desempeño profesional de los que hacen parte de la institución jerarquizada, donde las ordenes son el pilar que sustenta su naturaleza y permite el ejercicio escalonado de las actuaciones de cada uno de los miembros de la fuerza pública.

Atentar contra esos valores inherentes a la institución y su naturaleza, constituye una afrenta al servicio castigada con sanción, misma que involucra la posibilidad preliminar de restricción a la libertad, requisito objetivo contemplado por el legislador, quien en uso de su potestad de configuración legislativa, limitó como único camino para el operador judicial la restricción a la libertad para este tipo de conductas, las cuales como sucede en la justicia ordinaria tienen su fundamento en el principio de necesidad de la pena.

En ese contexto es propicio señalar que el sistema penal militar opera bajo el principio de reserva legal, lo cual como lo señala Pérez (2005), significa que solamente el parlamento (en nuestro caso el Congreso), tiene la facultad de crear delitos, penas, medidas de seguridad, y de establecer procedimientos (Pérez, 2005, pág. 65).

En desarrollo de esa potestad, que surge precisamente de la necesidad de separar los poderes, se construyen normas de carácter jurídico penal, tendientes a lograr la convivencia pacífica, orientadas en gran medida (por lo menos de manera ideal), a garantizar la protección de bienes jurídicos personales o colectivos, en ese procedimiento, también se crean principios rectores que gobiernan la actuación y dispositivos amplificadores, todo lo anterior tratando

³ República de Colombia., Constitución Política, Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

de enviar un mensaje claro a la sociedad militar y con un fin probable, reducir la criminalidad a un mínimo razonable.

También el legislador en virtud de esa potestad, desarrolló al construir la Ley 1407 de 2010, una serie de principios tales como: la dignidad humana, igualdad, legalidad, favorabilidad, enfocados a llenar de garantías las actuaciones de las partes, una forma de límite material de la potestad que ostenta el Estado de castigar, que viene directamente del derecho constitucional.

Partiendo de esa premisa, en el artículo 12 de la ley punitiva castrense se consagran los principios de las sanciones penales. En efecto, el operador judicial al imponer una pena o una medida de seguridad debe tener en cuenta si esta es: proporcional, razonable y necesaria, verbigracia, no debe ser exagerada en relación con el daño causado al bien jurídico y al grado de culpabilidad del autor (González, 2011, pág. 415) debe estar debidamente motivada en argumentos jurídicos, y necesaria desde la preceptiva de la prevención como lo señala el inciso final de esta norma.

En relación con este último aspecto, el principio de necesidad de la pena, la Corte Constitucional ha señalado que esta (la pena), debe servir para lograr la convivencia pacífica como medio preventivo o para restablecer el mal turbado con la conducta, cuando esta comporta grave afectación de bienes jurídicos tutelados previamente por el legislador.

De manera específica señala la Corte en torno al principio de necesidad de la pena:

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural (Sentencia C647, 2001).

Definición que cobra sentido en el contexto de un derecho penal lleno de garantías e inspirado en la dignidad humana, buscando preceptos de mínima intervención y limitación punitiva para las conductas que realmente vulneran de manera efectiva bienes jurídicos personales o



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

colectivos, cuya protección se hace indispensable, si se quiere recobrar la tranquilidad turbada con la conducta en el seno de la colectividad militar.

La cual, está integrada por individuos que hacen parte de la fuerza pública y desarrollan su función en las instalaciones de los cuarteles militares y policiales y necesitan de la disciplina, la naturaleza misma de la actividad que desempeñan depende de ello, pretender algo diferente resulta un exabrupto si se tiene presente que este servidor como ningún otro está dispuesto incluso a entregar su vida en el campo de combate, incumplir una orden en ese contexto representan un riesgo altísimo para las instituciones legítimas del Estado y la cohesión misma ligada al imperio de la ley penal militar.

Consideró que aquí nace y se justifica la priorización de la restricción de la libertad como camino idóneo cuando se trata de preservar la disciplina en una institución de las dimensiones descritas, la comunidad militar necesita de esa disuasión si lo que se pretende es garantizar el cumplimiento de la misión, así lo entendió el legislador cuando decidió limitar esa posibilidad frente a estos reatos y lo patentizó la Corte cuando declaró la exequibilidad del articulado, utilizando un criterio de proporcionalidad pero principalmente el de especialidad que gobierna las actuaciones de la justicia militar en el trasegar jurídico de la nación.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se pretende ilustrar lo que a nuestro juicio debe entenderse en cada uno de los aspectos ya analizados por obstrucción a la justicia militar, no comparecencia al proceso o riesgo de fuga y peligro para la comunidad militar, todo ello enfocado a la preservación del bien jurídico disciplina, elegido por cuanto constituye una herramienta indispensable a la hora de controlar el poder derivado del monopolio de las armas.

Lo que se busca con la presente argumentación, además de lo ya compilado, es unificar de manera idónea por lo menos, lo que debió el legislador dejar por escrito (como lo hizo en la ordinaria), lo que debe entender cada operador judicial a la hora de imponer una medida de aseguramiento por riesgo de fuga, riesgo de reiteración y, riesgo de obstrucción, una configuración que pretende desde nuestro criterio, subsanar la omisión legislativa relativa.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

En ese sentido, el concepto más autorizado de omisión, viene precisamente desde la Corte cuya jurisprudencia ha destacado la inacción del legislador, al respecto ha señalado:

La omisión legislativa se configura, cuando el legislador no cumple en forma completa un deber de acción expresamente señalado por el constituyente, o lo hace en forma imperfecta. Este ocurre cuando se configura, "una obligación de hacer", que el constituyente consagró a cargo del legislador, "el cual sin que medie motivo razonable, se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa, en una violación a la Carta (Sentencia C-215, 1999).

Bajo esa premisa, al tenor de lo signado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional existen dos clases de omisión legislativa, una "*omisión relativa*" y una "omisión absoluta", la primera (omisión relativa), plantea que:

Se presenta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión "está ligado, cuando se configura, a una 'obligación de hacer', que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta (Sentencia C -173, 2010).

Frente a la segunda (omisión absoluta) la Corte en la precitada sentencia plantea:

Se presenta en caso de falta absoluta de regulación legal, cuando no pesa sobre el legislador el deber constitucional de proferir una determinada norma". Este tipo de omisión legislativa no puede ser objeto de demanda de inconstitucionalidad, porque "el juicio de constitucionalidad esencialmente consiste en la comparación entre dos textos normativos, uno de rango legal y otro constitucional, de manera que la inexistencia del primero lógicamente impide adelantar tal proceso comparativo propio del control abstracto de constitucionalidad de las leyes" (Sentencia C -173, 2010).

Ahora bien, como quiera que se considera que sobre el legislador pesa una obligación de regular todo lo concerniente a los derechos y garantías constitucionales de los asociados, el hecho que no exista una norma clara dirigida a interpretar lo que se debe entender por los requisitos para imponer una medida de aseguramiento presente en el artículo 466 de la ley 1407 de 2010, constituye por lo menos una omisión legislativa relativa, la cual como se transcribe a continuación tiene los siguientes elementos:

La demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, impone al actor demostrar lo siguiente: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables,



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito Informe final de investigación

tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador (Sentencia C -173, 2010).

Requisitos jurisprudenciales que al ser analizado de cara a la ley 1407 de 2010, justifica la existencia de la omisión legislativa relativa y plantea la necesidad de crear conceptos propios, ajustados a la realidad de la sociedad militar que como se ha resaltado a lo largo de la argumentación tiene unos fines en si misma diferentes y diferenciados, propios de servidores públicos que pertenecen a una línea de mando donde la antigüedad y jerarquía marca el camino de su interrelacionamiento.

Pretender entonces como se ha señalado, traer los mismos criterios de la ley 906 de 2004 vulnera ese principio de especialidad ampliamente reconocido, entonces, al existir una omisión legislativa relativa lo procedente en por lo menos desde la academia, intentar subsanar ese yerro y como a continuación se resalta, crear en cada uno de ellos un acápite especial que a mi juicio debió tener la norma militar desde el momento mismo de su promulgación, la cual tuvo lugar en el mes de agosto de 2010.

3.1. Problemas preliminares aplicables a los tres criterios.

El primer problema que surge de este acápite es que en la justicia militar no existe juez de control de garantías (por lo menos no por ahora⁴), la función entonces la asume en primera instancia el Juez de Instrucción Penal Militar, funcionario que fue creado para cumplir otra

⁴ Según el decreto 1575 del 28 de septiembre de 2017 la primera fase del sistema penal acusatorio en la justicia penal militar será en el año 2020 en la ciudad de Bogotá.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

labor en otra ley, norma cuya argumentación jurídica y sustento filosófico está ligado al esquema casualista del delito.

En este sistema procesal de Corte Inquisitivo, el juez de instrucción utiliza la Ley 522 de 1999, norma que trae como único camino en el delito de desobediencia después de la indagatoria restringir la libertad, es decir, imponer una medida de aseguramiento, así funcionó el sistema hasta la creación de la ley 1407 de 2010, que es una copia idéntica de la ley 906 de 2004, norma que empezó a regir en lo sustantivo, no así, en lo procesal.

Entonces, por un lado continuó el procedimiento, pero no todo el procedimiento, lo cual es un contrasentido, o se aplica o no, debería ser la propuesta de solución, simplemente se buscaron soluciones intermedias frente a distintas instituciones, entre ellas, el régimen de libertad y su afectación, el cual en materia penal militar se debe entender en su sistema inquisitivo, no como funciona en su sistema penal acusatorio, un total desacierto.

El segundo problema viene desde el principio de integración normativa, el cual según lo señala el artículo 14 de la ley 1407 de 2010 establece:

Artículo 14. Integración. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones de los Códigos, penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código.

Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código.

Lo cual como lo ha dejado sentado el Tribunal Militar (Radicado 156646, 2010), implica llenar los vacíos con la ley procesal ordinaria, para el caso concreto la ley 906 de 2004, norma cuya orientación filosófica esta cimentada en otro esquema dogmático y contiene elementos propios del sistema penal acusatorio.

En ese contexto, como no existe en la Ley 1407 ni en la Ley 522 de 1999 lo que puede entender o interpretar el operador judicial por riesgo de fuga, riesgo de reiteración o riesgo de obstrucción, se debe llenar ese vacío con los artículos 309, 310, 311 y 312 de la ley 906 de 2004, lo cual puede tener sentido frente a delitos de origen común, por ejemplo: el



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

homicidio, el hurto, el peculado, la concusión o el cohecho, tipos penales que pueden ser cometidos por el funcionario de la fuerza pública en relación con el servicio, pese a no estar contemplados de manera taxativa en la ley penal militar, no así frente a los delitos que atentan contra la disciplina, como el tipo penal de desobediencia.

El tercer problema, está en la jurisprudencia misma, existe una tesis pacífica del Tribunal Militar según la cual, además de los requisitos objetivos para la imposición de una medida de aseguramiento por el delito de desobediencia, eso es, que atente contra la disciplina, se deben observar los criterios constitucionales ya citados, esta ha sido una constante en todas las decisiones compiladas donde los magistrados han exigido cuando llegan en alzada las decisiones de los jueces de instrucción penal militar, que se realice el respectivo test de ponderación y se justifique en todos los casos la existencia del aludido peligro para la comunidad, peligro para la comparecencia al proceso, o peligro al recaudo probatorio.

Esa interpretación sistémica es plausible por cuanto está directamente relacionada con las dediciones de la Corte que incluyen esa exigencia, mal haría el Tribunal Militar en ir en contravía del máximo órgano constitucional del país, el problema es que en las decisiones verificadas no se encontró de manera clara, expresa y lineal, lo que cada uno de estos aspectos debe representar en el proceso militar, de cara a la preservación de la disciplina como bien jurídicamente tutelado.

Es decir, en las decisiones del Tribunal Militar no existe un criterio unificado en torno a lo que se debe entender por cada uno de esos criterios, depende de la sala en la que llegue el proceso, el ámbito de interpretación aplicado, ello, además de generar inseguridad jurídica conlleva a mi juicio una flagrante violación del principio de especialidad que debe gobernar las decisiones de la justicia penal militar y limita, el proceso hermenéutico que le asiste al operador de primera instancia, el cual, no encuentra en la segunda instancia un camino seguro de argumentación que le permita interpretar la ley en cada caso concreto.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

El argumento utilizado por el Tribunal que se extracta de las decisiones compiladas⁵, plantea que la jurisdicción penal militar no es un compartimiento estanco, por ende debe ajustar sus decisiones a la concepción del Estado social y democrático de Derecho, donde el derecho fundamental a la libertad debe ser protegido por el Estado y la privación de la libertad excepcional, permitiendo únicamente que las autoridades judiciales la restrinjan cuando se reúnen presupuestos de contenido formal (clase de delito, *quantum* punitivo, modalidad del delito), y de contenido sustancial dirigido a la demostración de los fines de la medida de aseguramiento bajo criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, por ende no puede la Justicia Penal Militar ser ajena a principios y derroteros constitucionales, como bien lo señala la Honorable Corte Suprema de Justicia, de allí que el proceso penal militar debe interpretarse dentro de la sistemática constitucional.

Por consiguiente, los fines constitucionales para imponer medida de aseguramiento como la detención preventiva, deben ser acatados y atendidos, aún en tratándose de delitos típicamente militares, toda vez que la Justicia Penal Militar conforme al artículo 116 de la Constitución Política, administra justicia y por consiguiente está sujeta a los mandatos constitucionales como garantía a la protección de derechos fundamentales, como el de la libertad y, postulados que constituyen imperativo penal en la Justicia Penal Militar (Sentencias C-774/01 Y C-1149/01).

Partiendo de lo antes encunado y como ya se anunció, a continuación, se intentaran construir los criterios que el legislador omitió consignar en la ley militar, todo lo anterior teniendo en cuenta los tres aspectos señalados y reiteradamente compilados presentes en el artículo 466 de la ley 1407 de 2010:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado o acusado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

⁵ Ver entre otras decisiones los radicados: 152829/2008 – 157118/2011 – 15016/2011 – 158496/2016 – 158466/2017.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

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

3.2. La obstrucción a la justicia militar como criterio de restricción del derecho a la libertad, frente al delito de desobediencia.

La obstrucción a la justicia constituye una afrenta al procedimiento cuando se trata de delitos complejos, es decir entramados criminales que involucran en gran medida la presencia de organizaciones o estructuras dedicadas a la comisión de actos punibles, que implica del Estado el mayor esfuerzo investigativo con el fin de descifren cada uno de los eslabones de la cadena criminal.

También representa la mayor dificultad cuando se lesionan bienes jurídicos de interés para la sociedad, es decir, se cometen conductas que lesionan no solamente la víctima como un ser humano individualmente considerado, sino la colectividad misma, un ejemplo de ello son los delitos que se cometen contra los menores, o cuando involucran mujeres o bienes del Estado, de ahí, la repercusión general de la misma conducta constituye *per se* una dificultad investigativa mayúscula.

En esos casos, es probable que se pueden demostrar como lo señala la norma ordinaria; los motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación. Situación que para el delito de desobediencia resulta bastante complejo, miremos algunos casos de la vida militar que podrían derivar en la comisión el delito de desobediencia:



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Un sargento es nombrado como comandante de guardia por la orden del día de la unidad táctica (Batallón), para el efecto debe presentarse el día X a la hora H a recibir su turno, pero no llega a prestar el servicio, porque la noche anterior salió de fiesta e ingirió bebidas embriagantes.
- Un soldado está cumpliendo su servicio en el alojamiento, lugar donde además de cuidar las pertenencias de sus compañeros, también debe estar pendiente del aseo del mismo y de un armamento que está en consigna, ese día juega la selección Colombia y decide dejar abandonado su puesto a las tres de la tarde, hora del partido, lugar designado para el cual fue nombrado el día anterior y cuyo turno iba de 6 de la mañana y terminaba a las 6 de la tarde.
- A un capitán le dan la orden por escrito de presentar a comandar una unidad en el teatro de las operaciones y de manera unilateral decide no ir a cumplir su función, porque considera que ya perdió todo su ímpetu militar y que prefiere quedarse en labores administrativas.

Nótese el contexto de los hechos y la generalidad de los acontecimientos, situaciones fácticas que son las que generalmente comprenden este tipo de comportamientos, conductas que pueden ser cometidas por oficiales, suboficiales y soldados indistintamente, es claro que no estamos frente a criminales, ni organizaciones delictivas con vocación de permanencia, tampoco frente a personas que puedan generar conductas como las que contempla el artículo 309 de la ley 906 de 2004.

Qué hacer entonces, cómo entender e interpretar dicha obstrucción a la justicia si tenemos dentro de los hechos investigados las siguientes características coincidentes:

1. La orden es clara, legítima y fácilmente verificable, puesto que consta por escrito, fue emitida con las formalidades legales y por el superior respectivo.
2. Esas órdenes se emiten de manera pública, es decir, la notificación se realiza en formación a las que asisten todos los integrantes de la unidad táctica, todos conocen y pueden dar fe de la designación en la actividad y el cumplimiento de la misma.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

3. La desobediencia es un delito de mera conducta, es decir para su configuración jurídico normativa no requiere de un resultado material, verificable o palpable por lo sentidos, este tipo penal se perfecciona con la simple negativa, la inacción verificada en el tiempo y en el espacio.

Lo anterior significa que el papel del Juez Instructor es relativamente sencillo en cuanto al recaudo probatorio, ¿qué necesita entonces para demostrar que un miembro de la fuerza pública incurrió en esta conducta? básicamente el testimonio de quien emite la orden, el acto administrativo mediante el cual se imparte la orden, uno o dos testigos que den fe de que la orden se emitió. Sí bien es cierto no existe una tarifa legal en el proceso penal militar, la recolección de esta prueba en el sistema inquisitivo que gobierna la actuación castrense resulta generalmente una obviedad.

Resulta entonces muy difícil que el inferior intimide a su superior, o pretenda comprar o coaccionar testigos cuando este tipo de ordenes se emiten a pie firme y en formación, es decir no menos de 600 personas resultaron enteradas que el sargento estaba nombrado de servicio, el soldado debía estar todo el tiempo en el alojamiento y el capitán debía ir a comandar su unidad en el área de operaciones.

Resultaría practicante imposible amenazar, comprar o coartar el testimonio de 600 personas que pueden dar fe de esa situación y si a esto le sumamos que la pena establecida para este tipo de conductas no supera los dos años, comparados con los 12 que podrían hacerse merecedor el testigo que calle o falte a la verdad, resultaría ilógico pensar en que alguien entraría a ocultar algo tan evidente.

En ese contexto, la causal como está concebida en relación con este tipo penal, resultaría inaplicable, situación que limita la argumentación del operador judicial que debe entrar a ponderar los criterios ya transcritos cuando la ley le indica que debe imponer una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad.

Para el efecto y de cara a la propuesta argumentativa planteada, considero que esta causal debería ser inaplicable frente a los delitos que atentan contra la disciplina, incluso contra el



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

servicio, su naturaleza y configuración se excluyen en torno a los contenidos previstos por el legislador, dejando la posibilidad de analizar esta casual solamente frente a delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública cuando estos sean de origen común, es decir delitos que no están contemplados en la ley penal militar y deben ser incorporados al proceso castrense en virtud del principio de integración normativo previsto en el artículo 14 de ley 1407 de 2010 concordante con el artículo 195 de la ley 522 de 1999.

3.3. El riesgo de fuga en relación con el tipo penal de desobediencia.

La norma ordinaria cuyos contenidos deben ser observados como ya se señaló por los jueces militares, establece en el artículo 312 los requisitos para entender que un procesado no tiene la intención de comparecer al proceso y por ello se debe limitar su libertad:

Artículo 312. No Comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena (Senado, 2010).

Al respecto resulta pertinente señalar nuevamente que los miembros de la fuerza pública cuentan con un arraigo, en la mayoría de los casos, militares que tienen mucho que perder si se ausentan de sus responsabilidades, poseen la aspiración de llegar a los mal altos grados en su carrera militar, incluso, pretenden obtener la asignación de retiro para lo cual, deben estar presentes en la unidad por un periodo de 20 años consecutivos.

Esta situación hace perder cualquier posibilidad de inferencia en relación con la aplicabilidad del primer numeral, si se tiene presente que los militares y policías son fácilmente ubicables, su arraigo está ligado a la comunidad militar a la cual pertenecen y donde pasan la mayor parte de su vida, además la pena no es muy alta (dos años de prisión), lo que les permite una



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

vez termine de pagar la misma, retornar a sus actividades situación que pueden perder si se ausentan de sus obligaciones o de las consecuencias del proceso.

Por lo anterior, considero que la causal se debe replantear utilizando algunos de los criterios observados por el legislador en la ley ordinaria, teniendo en cuenta que estos ya fueron analizados con la Corte Constitucional (Sentencia C419, 2016), lo cual genera una validez constitucional que debe ser observada.

Partiendo de lo anterior, esta causal prevista en el artículo 466 debería tener el siguiente tenor literal:

No comparecencia: Para decidir en un proceso penal militar o policial la no comparecencia del imputado se deberá tener en cuenta los siguientes factores:

1. La gravedad del daño causado a la disciplina militar o policial, directamente relacionada con la orden impartida, afectación que debe ser analizada teniendo en cuenta las repercusiones que para la misión constitucional tuvo dicho incumplimiento.
2. La actitud que el imputado asuma frente al daño causado al bien jurídico y a la misión delegada a la fuerza militar o policial a la que pertenezca.
3. Su trayectoria militar medible al revisar su hoja de vida, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

Si bien se mantiene la misma estructura, al incluir dentro del criterio de valoración el daño causado con el comportamiento a la disciplina militar, se puede medir el grado de afectación que sufrió el bien jurídico cuyo resultado en ocasiones no es medible en este tipo de reatos que son de mera conducta. De lo que se trata de analizar es qué pasó al incumplir la orden, ya que los efectos pueden medirse de manera inmediata, qué actividad tuvo que desplazar la unidad para subsanar esta novedad teniendo en cuenta que la fuerza armada no se detiene y, probablemente toca utilizar otra persona para suplir esa ausencia, lo cual redundaría en una



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

grave afectación, ya que se reducen el número de militares o policías disponibles para contrarrestar una situación de orden público que afecte a la colectividad.

Al analizar la actitud, es posible verificar su grado de arrepentimiento en relación con el hecho endilgado y si este se representa o no en los demás compañeros, situación que resulta muy importante cuando se trata de un comandante, porque no solo se hace evidente la indignación en relación con los superiores que emiten la orden, sino con los subordinados a los cuales este militar está llamado a dar el ejemplo.

Finalmente, se analiza su trayectoria para medir el grado de compromiso que este militar tiene en relación con la misión a él encomendada, verificando si es reiterativo en este tipo de incumplimientos, lo cual resulta eficaz de cara al principio de lesividad, por cuanto muchas veces, este tipo de acciones se manejan desde la perspectiva del derecho disciplinario y no penal, lo anterior partiendo del principio de necesidad de imposición de la pena.

3.4. Peligro para la comunidad militar, como causal para justificar una medida provisional restrictiva de la libertad

Frente al peligro para la comunidad militar en la justicia ordinaria el legislador dispuso de dos normas, una relacionada con el peligro para la comunidad, y otra dirigida al peligro a la víctima, esta situación no es posible analizarla como está contemplado en los artículos 310 y 311, por cuanto en este tipo penal la víctima es el Estado, la causal antes citada aplica como ya se ha dicho para tipos penales de origen común, no así para delitos que vulneren la disciplina.

Como lo señala Bernate (2014):

La figura del peligro para la comunidad encuentra sus raíces en la filosofía de la Escuela Positivista del Derecho Penal, que entiende que la pena tiene una finalidad resocializadora, y que existen personas que, gracias a una predisposición constitucional, sumada a unas condiciones ambientales, representan un peligro para la sociedad, que tiene derecho a defenderse de ellas. En contraposición, la persona que no resulta peligrosa no requiere un tratamiento penitenciario, ni en la fase del proceso, ni en la de ejecución de la condena. En últimas, lo que representa peligro para la comunidad es una persona y no un hecho específico, y ello justifica la intervención del Derecho Penal, en aras de resocializar al individuo y



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

neutralizar el peligro que representa respecto de una sociedad (Bernate, Peligro para la comunidad, 2014).

Además de lo anterior, la conducta punible partiendo de lo establecido en el artículo 15 de la ley penal militar está integrada por las tres categorías dogmáticas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), desde esa perspectiva, el concepto de sanción cobra un valor esencial cuando se analiza teniendo en cuenta cada uno de estos elementos, llegando incluso a considerarse indispensable incluir la valoración de la necesidad de la pena, antes de proferir una decisión definitiva.

Con lo anterior se quiere significar que, la justificación para la limitación del derecho a la libertad resultante cuando se impone una sanción penal, está ligado a los fines que el Estado busca con esta restricción; además de la ponderación entre el daño causado al bien jurídico en relación con el castigo impuesto, el cual, debe ser el menos gravoso para el individuo, si se tiene presente la dignidad humana como premisa mayor, en un modelo de relacionamiento social como el que impera en Colombia.

En se sentido, señala Roxin (1981) que: “el contenido de la pena requiere, por tanto, una justificación autónoma separada de la justificación de la pena misma” (Roxin, Inicicación al derecho penal de hoy, 1981, pág. 33), es decir, la sanción pese a estar contenida en la ley puede ser modificada o inaplicada si esta no se compadece con el asunto que ha sido analizado, discutido y debatido en el proceso judicial, factores excluyentes de tipicidad como el error o la ausencia de dolo, permiten morigerar las consecuencias establecidas en los preceptos punitivos, en la medida que estos no se adecuen a las exigencias axiológicas enunciadas dentro de la argumentación planteada en cada una de las diferentes etapas procesales.

Necesidad de la pena y fin mismo de la sanción punitiva, se contraponen con las distintas teorías que buscan justificar la función de la sanción en el tráfico jurídico de una nación, teorías como la retribucionista, según la cual la pena a imponer debe ser proporcional al grado de culpabilidad, esto es, una conducta cometida con fines abyectos o fútiles debe acarrear mayor reproche desde la perspectiva del desvalor de la acción, en contraposición con el



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

desvalor de resultado y el grado de afectación del bien jurídico personal o de interés colectivo, “la idea detrás de esta teoría es la expiación de la culpa, entendida como el daño y sufrimiento que debe padecer el delincuente, debido al daño o sufrimiento que ha producido con su actuar” (Kant, 2007).

Incluso teorías relativas, en contraposición de las teorías absolutas que buscan, a través de la imposición de la sanción, la consecución de unos fines (prevención general y especial), mensajes preventivos dirigidos a la colectividad o al individuo que delinque para que se abstenga de vulnerar o reiterar la afectación de bienes jurídicos contemplados en las normas punitivas.

Esos mensajes preventivos pueden ser dirigidos a la colectividad (prevención general), Beccaria y Bentham como alguno de sus exponentes, señalan (Beccaria, 2011) que el Estado puede a través de las normas punibles informar a la colectividad de aquellos comportamientos que de ser ejecutados traerían como consecuencia un mal, desde esa perspectiva todo aquel que transite por los senderos de la ilegalidad puede resultar sancionado, disuasión que surge como forma de castigo que desde antaño a ligado la concepción psicológica del comportamiento humano, fundamentado en la intimidación y en el encausamiento del individuo que vive en sociedad y que necesita reglas de conducta (Mir, 1976).

Además, al individuo, (prevención especial) como mensaje tendiente a evitar la comisión de nuevos comportamientos delictivos por parte de quien ya ha trasgredido el ordenamiento penal (Ruiz, 2011, pág. 34), premisa necesaria que debe ir acompañada de programa de reinserción a cargo del Estado y en cabeza del individuo por cuanto si bien se deben entregar las herramientas adecuadas para que, aquel se encuentra privado de la libertad pueda estudiar, capacitarse, aprender un arte, una profesión, algún oficio lícito en el cual se pueda desempeñar una vez termine de pagar su pena, el proceso de resocialización es voluntario y corresponderá entonces a cada quien, tomar la decisión si realmente quiere regresar a la sociedad a la cual le hizo mal a ser productivo, o continuar por el camino de la criminalidad.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Además de lo anterior es claro que en Colombia como lo señala la Corte: “la pena tiene un fin preventivo, representado en el establecimiento legal de la sanción penal, un fin retributivo que se manifiesta con la imposición judicial de la pena y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, a partir de principios humanistas contenidos en la Carta y en los tratados internacionales” (Sentencia C340, 1996).

Situación que implica desde la perspectiva penal militar al verificar el alcance de la restricción preliminar a la libertad en relación con la función que cumple la sanción en el seno de la colectividad, lo cual, en materia de conductas que atentan contra la disciplina reviste cierta relevancia si se tiene presente la responsabilidad que adquieren estos servidores cuando asumen la obligación de defender el Estado y sus instituciones, allí surge la necesidad de sancionar en gran medida conductas que pongan en peligro la cohesión necesaria que permite el cabal cumplimiento de las ordenes en una institución jerarquizada.

En ese contexto, la comunidad militar está conformada por todos los soldados, suboficiales y oficiales que integran una guarnición militar, hombres y mujeres que cohabitan bajo cuarteles y desarrollan a cabalidad la misión delegada por el comando superior, estos cantones militares tienen dentro de su estructura toda una organización piramidal que permite según el grado el cumplimiento de tareas inherentes desde lo administrativo y desde lo operacional.

Esa multiplicidad de tareas exigen un alto grado de compromiso, especialmente cuando se usan armas de fuego o se adelantan procedimientos que involucran la restricción de derechos de terceros, en ese contexto las teorías antes citadas sobre la necesidad de la pena y la prevención general y especial, cobran sentido cuando se impone una medida restrictiva de la libertad por el delito de desobediencia, la comunidad militar resulta gravemente afectada cuando uno de sus miembros se sale de los cauces normales, rompe la cadena de mando y desatiende su función.

El reproche en esos efectos debe ser mayor, porque es necesario enviar ese mensaje de represión, del uso legítimo del *ius puniendi* frente a los que pretenden poner en peligro la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

misión constitucional delegada, en un ambiente como el que se vive en un cuartel militar o policial, incumplir la orden emanada equivale a los crímenes más graves cometidos en el seno de la sociedad general, por cuanto el desobedecer trae inmersa la posibilidad de anarquía, lo cual es muy peligroso si se tiene en cuenta que esta comunidad está armada y ostenta el poder derivado de ese monopolio.

En ese contexto construir una causal cuyo alcance contribuya a entender la importancia que tiene en el seno de la comunidad militar la disciplina resulta relevante, es complejo en ese caso pensar en un militar que desobedece la orden como una persona que tiene vinculación con organizaciones dedicadas a la comisión de actividades criminales, en los ejemplos ya citados resulta improbable dicho vínculo, tampoco es posible que existan sentencias condenatorias en contra del imputado por cuanto una sanción de esta naturaleza, viene en la mayoría de los casos acompañada de una separación absoluta de la fuerza militar o policial, para su comisión no se utilizan armas de fuego y por supuesto tampoco está involucrada una persona menor de 14 años.

Copiar el texto de la justicia ordinaria resulta abiertamente inapropiado, por ello la importancia de crear una causal propia, que llene de identidad esta figura en la comunidad militar, casual que debe tener presente el test de ponderación ya analizado en relación con el principio de necesidad de la pena, además de los criterios de prevención y retribución que la dogmática penal que se ha desarrollado sobre todo en el derecho continental europeo.

Para efectos del presente trabajo consideramos que la causal podría quedar de la siguiente manera:

Peligro para la comunidad: Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. El grado cargo y función que cumplía el imputado para la fecha de los hechos.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

2. El lugar donde se cometió la conducta, es decir, si esta tuvo ocurrencia en una guarnición militar, base militar o puesto adelantado de combate, lo anterior para determinar el número de efectivos que podrían resultar influenciados con el incumplimiento reprochado.

3. La afectación al bien jurídico disciplina desde la perspectiva el derecho militar (reglamentos, doctrina, circulares, directivas ordenes de carácter permanente), los valores que fundamenta la institución castrense y el respeto por el principio de jerarquía que gobierna la actividad militar y policial en cada una de las guarniciones o destacamentos militares y policiales.

La función que cumplen los miembros de la fuerza pública está ligada de manera ineludible al monopolio de las armas, esto hace que su actuación este supeditada al imperio del poder civil, la ley penal militar es precisamente una materialización de dicho control, por ello, no es extraño encontrar dentro de su codificación castigos ejemplares para los miembros de la fuerza pública que cometan delitos que lesionen o ponen en peligro la disciplina o el servicio, esto ha sido considerado por la Corte Constitucional ajustado a la Carta Magna, por ello, no es extraño encontrar en la misma ley procesal la restricción a la libertad como primera alternativa para el castigo de este tipo de conductas, proceder así, no es desconocer el principio de presunción de inocencia, es reafirmar la importancia que tiene la prevención general en el seno de la comunidad militar.

Finalmente resulta pertinente destacar que el anterior argumento obedece al análisis propio del contexto militar, que como quedo claro, guarda serias y formales diferencia con la justicia ordinaria; por tal motivo, los requisitos para proferir medida de aseguramiento deben adaptarse las particularidades de la situación castrense, tal y como se expuso en párrafos anteriores.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Conclusiones

La justicia penal militar es una institución antiquísima, por cuanto su naturaleza y evolución va ligada necesariamente a la misma existencia de la nación, que sustenta sus valores y principios en tipos penales dirigidos a la comunidad militar, estos delitos denominados típicamente militares, siempre han sido del mayor interés para el legislador, ya que están concebidos para limitar el poder derivado del monopolio de las armas y garantizar la sujeción al mando, el cual está en cabeza del Presidente de la República, es decir una autoridad civil, lo contrario sería, permitir la anarquía, el caos y el cambio de *facto* del modelo de Estado vigente.

La medida de aseguramiento de detención preventiva en el derecho militar, siempre ha sido el único camino para el operador judicial cuando se analiza una situación jurídica donde se lesiona o se pone en peligro la disciplina, en especial cuando se trata del delito de desobediencia, el legislador siempre ha considerado este tipo de afectación, justificada a la imperiosa necesidad de proteger un bien jurídico en cuya naturaleza descansa la institución castrense, por ello, la Corte Constitucional encontró ajustado a la Carta Magna dicha consagración normativa, por cuanto al tenor de los allí evidenciado no se vulnera el derecho a la igualdad.

La aplicación de los fines previstos en la Ley 906 de 2004 en la jurisdicción castrense, ha contribuido notablemente al deterioro continuo y progresivo de los bienes de la disciplina y el servicio y por ende a la pérdida de credibilidad y confianza de la Justicia Penal Militar por parte de los comandos, quienes esperan de los administradores de justicia determinaciones ejemplarizantes y que les ayuden a mantener la cohesión al interior de las tropas. En ese orden de ideas consideramos que las aplicaciones de los fines que justifican las medidas de aseguramiento, solo deberían aplicarse a casos muy especiales y no convertirlos en garantía general para los procesados.

El delito militar de la desobediencia protege la disciplina, bien jurídico tutelado que exige un tratamiento diferencial por cuanto en él se cimienta la estructura misma de las instituciones



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

armadas, cuya naturaleza está en cumplir los fines esenciales del Estado, por ello, su configuración normativa debe ser diferente a las demás regulaciones, porque ese carácter excepcional a través de ella es que se permite construir los valores propios que ayudan al cumplimiento de las órdenes, que son sin lugar a dudas la materialización de la disciplina en una institución jerarquizada.

La dinámica militar es una actividad peligrosa, administra innumerables fuentes de riesgo, en los superiores jerárquicos la sociedad confía el control administración y empleo de dichas fuentes de riesgo, cuando existe negligencia, falta de autoridad moral, y no se emiten las recomendaciones y se ponen en práctica los procedimientos establecidos para ejercer el mando y control, el riesgo se eleva, lo que implica un reproche más drástico que al común de los funcionarios, ya que como se ha señalado, los bienes jurídicos tutelados por excelencia que se buscan preservar en un Estado Social de Derecho, como la vida, la libertad, la dignidad, descansan fundamentalmente en los órganos encargados de su cuidado, y para ello se le entrega el monopolio de las armas y la investidura como autoridad.

En el comandante militar como funcionario público que es, recae la responsabilidad en el control y en la ejecución de las órdenes emitidas. En ejercicio de su comando, dichas ordenes deben cumplir con los preceptos señalados por la ley para ser atendidas, cualquiera que esta sea, en la medida que esté orientada a vulnerar bienes jurídicos superiores de la colectividad, quedara proscrita de la relación funcional, y las consecuencia de su emisión se reprocharan a título de dolo, ahora bien, si la falla en el servicio es generada en forma directa por su subalterno, y en el desarrollo de la investigación se establece que el superior no desplego todas las acciones que tenía a su alcance para ejercer el debido control, se le imputa la falta bajo la figura de la comisión por omisión.

Por vía del principio de favorabilidad, hoy por hoy se aplican criterios jurídicos diferentes y diferenciados para la imposición de una medida restrictiva de la libertad, teniendo en cuenta postulados creados para la ley ordinaria, al copiar taxativamente las normas que traen esos contenidos a la jurisdicción penal militar se afecta sustancialmente con la disciplina y se pone en riesgo el cumplimiento de los fines del Estado, por ello se considera una grave



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

omisión legislativa, olvidarse de la especialidad de la justicia militar al aplicar valores y criterios que se observan en la justicia ordinaria a las cortes marciales.

Todos los intervinientes en el proceso penal, y en cualquier proceso judicial o administrativo, deben entender que todas sus actuaciones deben estar regidas dirigidas y ponderadas por los preceptos de rango superior, reconocidos en cuanto al ordenamiento interno a través de la constitución política, y en el ordenamiento internacional, a través de los tratados internacionales debidamente ratificados, los cuales como es de público conocimiento hacen parte de nuestra legislación a través del Bloque de Constitucionalidad.

Cualquier medida que esté orientada a restringir derechos fundamentales tales como, libertad, intimidad, libre locomoción, libre desarrollo de la personalidad, debe obedecer a un juicioso análisis ponderado de la medida a imponer en contraprestación con la afectación causada, cobra especial valor el principio de lesividad, (antijuridicidad material), como presupuesto indispensable para evitar injusticias o impunidad en el sistema penal en el cual se desenvuelva.

Todo procedimiento judicial debe ser justo y equitativo en la medida de su aplicabilidad, no solo el juez está obligado a respetar tales normas, los investigadores y fiscales cobran un papel muy importante para evitar la impunidad que hoy nos gobierna; por la mala práctica de procedimientos, esto hace que en la ley 906 de 2004 el Juez Control de Garantías por ejemplo por vicios en la captura, deje libre a una persona. Nuestro sistema es muy garantista, y el Juez Constitucional lo sabe y lo aplica a diario en cada una de sus actuaciones.

Los bienes jurídicos disciplina y servicio, han estado presentes en todas las codificaciones que se han surtido al interior de la justicia penal militar, buscan garantizar el cumplimiento de la misión, y mantener los efectivos de una unidad listos para la eventualidad, por cuanto las fuerzas militares y policía son entidades castrenses y por ello, están incluidas dentro del ámbito de protección de la norma, ya que tienen en sus hombros la responsabilidad de cumplir a cabalidad con los fines esenciales del Estado, funciones derivadas sin duda, de los artículo 216 y siguientes de la Constitución Política actual.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Para los delitos que lesionan o ponen en peligro la disciplina y el servicio, el legislador siempre ha previsto para el operador judicial la restricción a la libertad al momento de revisar y resolver una situación jurídica, esto ha sido revisado frente a las acciones de inconstitucionalidad instauradas para este procedimiento penal especial, y siempre ha sido declarado exequible, bajo el entendido que no se vulnera de ninguna manera el principio de igualdad, ya que están destinadas a preservar instituciones muy especiales, además por que dicho principio se debe predicar entre iguales, y sin duda la ley ordinaria frente a los delitos del servicio no puede ser margen de comparación.

El Tribunal Superior Militar acogió desde hace algunos años, la tesis que el funcionario judicial que administra justicia, debe aplicar el test de proporcionalidad al momento de resolver la situación jurídica, es decir verificar si la medida resulta necesaria, idónea y adecuada de cara al fin que se pretende proteger, justificando con el material probatorio obrante y las condiciones personalísimas del sujeto activo, si el militar infractor constituye o no; un peligro para la sociedad o la víctima, un riesgo para el normal desarrollo de la actividad probatoria, o resulta probable que eluda las posibles consecuencias de pena.

En decisiones del Tribunal ya citadas, se plantea que aun existiendo el indicio grave de responsabilidad que contiene el artículo 522 de la ley 522 de 1999, no se cumplen con los fines constitucionales, el funcionario judicial deberá abstenerse de imponer medida de aseguramiento, por cuanto esta vulneraría los postulados consagrados en la constitución política, toda vez que la misma constituye una excepción y no la regla, desconociendo de alguna manera la importancia de los bienes jurídicos en contienda y su relación con los fines del Estado y la necesaria cohesión que debe gobernar las instituciones armadas en quienes descansa el monopolio de las armas.

Por vía del principio de favorabilidad, hoy y por hoy se aplican criterios jurídicos diferentes y diferenciados para la imposición de una medida restrictiva de la libertad, teniendo en cuenta postulados creados para la ley ordinaria, al copiar taxativamente las normas que traen esos contenidos a la jurisdicción penal militar se afecta sustancialmente con la disciplina y se pone en riesgo el cumplimiento de los fines del Estado, por ello se considera una grave



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

omisión legislativa, olvidarse de la especialidad de la justicia militar al aplicar valores y criterios que se observan en la justicia ordinaria a las cortes marciales.

La protección a la víctima puede ser otro argumento al cual acudir a la hora de restringir el derecho a la libertad, en estos reatos militares será el Estado quien sufra las consecuencias de la conducta punible, por ello, la justificación estará orientada en demostrar que el riesgo de reiteración afecta sustancialmente los fines esenciales incluidos en el artículo 2 de la Constitución Política, esto es; garantizar la paz y la tranquilidad de los conciudadanos.

Cuando un soldado observa que su compañero es sorprendido durmiendo de centinela, le siguen un proceso y no evidencia ninguna consecuencia por el incumplimiento del servicio, considera que la actuación está permitida y es tolerada por su superior, por ello piensa realizar el mismo comportamiento por el cual su compañero no ha recibido castigo alguno, con el ejemplo sin duda se pensaría en la restricción preventiva a la libertad como una pena, lo cual es intolerable en un Estado de derecho, no obstante el alcance que se pretende significar no es tal, es simplemente referenciar la dificultad que representa el asunto, en un ambiente donde el centinela se convierte en pieza fundamental para garantizar la seguridad de la unidad, especialmente cuando ésta se encuentra en el área de operaciones y la presencia del enemigo es latente.

El servicio y la disciplina son bienes jurídicos esenciales dentro de la institución militar y policial, si bien es cierto no es posible desconocer los postulados vigentes de administración de justicia en materia de restricción de la libertad, si es necesario una revisión profunda de los criterios incluidos en la ley penal militar, es pertinente ajustar a la especial función que cumplen y al riesgo que corre la institucionalidad, si no se cuenta con una organización castrense disciplinada y disponible para la defensa del Estado y de la sociedad.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Referencias bibliográficas

- Barrera, J. (2006). *El injusto en el delict militar de desobediencia*. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público. eccaria, C. (2011). *De los delitos y las penas*. Bogota D.C.: Sika.
- Bedoya, C., & Delgado, F. (2007). *Control de garantías y principio de proporcionalidad en el proceso penal acusatorio ley 906 de 2004*. Medellín: Biblioteca jurídica DIKE.
- Bedoya, L. (2004). *Límites constitucionales a la afectación de derechos fundamentales*. Bogota D.C.: Temis.
- Bernate, F. (2005). *Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá D.C.: Biblioteca jurídica DIKE.
- Bernate, F. (2014). Peligro para la comunidad. *Ambito jurídico*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-141104-peligro-para-la-comunidad>
- Biblioteca Digital. (26 de 03 de 2017). *Biblioteca Piloto de Colombia*. Obtenido de <http://bibliotecapiloto.janium.net/janium/Documentos/BPP-D-BBC/BPP-D-BBC-0086.pdf>
- Bolívar, M. (2004). *Fundamentos del derecho penal militar*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y ley.
- Casación 22188 (Corte Suprema de Justicia 21 de Abril de 2004).
- Casación 28840 (Corte Suprema de Justicia 12 de diciembre de 2006).
- Casación 32792 (Corte Suprema de Justicia 16 de Febrero de 2010).
- Espinosa, A. (2003). *Derecho militar mexicano*. México: Porrúa.
- Fernández, J. (2014). *Los retos éticos de las fuerzas militares*. Madrid: Tirand Lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Fierro, J. (1984). *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*. Buelos Aires: De plama.
- García, N. (1990). *La rebelión militar en el derecho penal*. VillaRobledo: Universidad de la Mancha.
- Gómez, J. (1985). *La detención preventiva en le proceso penal acusatorio*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- González, I. (2011). *Lecciones de derecho penal, parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Granados, J. (2011). El modelo basado en la escala de severidad de los delitos según la gravedad de la penal como criterio objetivo en al imposición de la detención preventiva. *Derecho Penal Contemporaneo*, 6.
- Guerron, C. (2013). Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3005/3.pdf>.
- Hurtado Barrera, J. (2000). *Metodología de la Investigación Holística*. Caracas: Supal - IUTC.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas.
- Jiménez de Asua, L. (1950). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada S.A.
- Kant, M. (2007). *Metafísica de las Costumbres*. San Juan: Manuel Garcia Morente.
- Londoño, C. (2005). *Medidas de Aseguramiento*. Bogotá D.C.: Temis.
- Mackay, R. (1965). *El delito de desobediencia en el Código de justicia militar de Chile*. Santiago de Chile: Editorial juridica de Chile.
- Martínez, I. (1977). *Derecho militar y derecho disciplinario militar*. Buenos Aires: De Palma.
- Millan, A. (2012). *Justicia Militar*. Madrid: Ariel.
- Mir, S. (1976). *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosh.
- Naranjo, V. (2000). *Teoría Constitucional*. Bogota D.C.: Temis.
- Parra, J. (2009). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá D.C.: Librería Juridica el Profesional.
- Pedraza, M. (2010). *La detencion preventiva en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones juridicas Andres Morales.
- Peña, E. (2001). *Comentarios al nuevo código penal militar, su texto, jurisprudencia y las institucionas del derecho enal ante los nuevos códigos penal y de procedmiento penal*. Bogota D.C.: Librería el Profesional.
- Pérez, A. (2005). *Instroduccion al derecho penal* (Segunda ed.). Bogota D.C.: Universidad Exernado.
- Prieto, L. (1994). *Libertades públicas y fuerzas armadas*. Madrid: Ministerio de Educación



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Radicado 146427 (Tribunal Superior Militar 7 de Abril de 2010).
- Radicado 155229 (Tribunal Superior Militar 17 de Diciembre de 2008).
- Radicado 155457 (Tribunal Superior Militar 2 de Diciembre de 2008).
- Radicado 155600 (Tribunal Superior Militar 10 de Septiembre de 2009).
- Radicado 155838 (Tribunal Superior Militar 20 de Mayo de 2009).
- Radicado 156190 (Tribunal Superior Militar 10 de Noviembre de 2009).
- Radicado 156202 (Tribunal Superior Militar 3 de Agosto de 2010).
- Radicado 156646 (Tribunal Superior Militar 31 de agosto de 2010).
- Radicado 156918 (Tribunal Superior Militar 11 de abril de 2011).
- Radicado 156920 (Tribunal Superior Militar 4 de Abril de 2011).
- Radicado 156962 (Tribunal Superior Militar 19 de septiembre de 2011).
- Radicado 157118 (Tribunal Superior Militar 29 de Septiembre de 2011).
- Radicado 157477 (Tribunal Superior Militar 5 de Octubre de 2012).
- Radicado 157964 (Tribunal Superior Militar 12 de Junio de 2014).
- Radicado 25311 (Tribunal Superior Militar 10 de septiembre de 2009).
- Restrepo , O. (2006). *Investoigación jurídica y sociojurídica en Colombia*. Medellín: Universidad de Medellin.
- Rodríguez, J. (1997). *Prision Preventiva, límites contitucionales*. San José: Mindo Grafico S.A.
- Rodríguez, F. (1988). *Derecho penal comparado, legislación comun y legislación militar*. Bogota D.C.: Publicaciones jurídicas FRU.
- Roxin, C. (1981). *Inicicación al derecho penal de hoy*. Sevilla: 1981.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ruiz, C. (2011). *Lecciones de derecho penal parte general*. Bogota D.C.: Universidad Externado.
- San Martín, C. (2003). *Derecho procesal Penal Volumen II*. Lima: Grijley.
- Sandoval, R. (1999). *Medidas de Aseguramiento y Libertad provisional*. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Senado. (2003). Ley 836 de 2003. Bogotá D.C. Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0836_2003.html
- Senado. (2004). Ley 906 de 2004. Bogota D.C. Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Senado. (2010). Bogota. Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1407_2010.html
- Sentencia C -173, 172 (Corte Constitucional 2010).
- Sentencia C1184 (Corte Constutucional 3 de Diciembre de 2008). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1184-08.htm>
- Sentencia C121 (Corte Constitucional 22 de Febrero de 2012).
- Sentencia C-215, 215 (Corte Constitucional 1999).
- Sentencia C228 (Corte Constitucional 18 de marzo de 2003).
- Sentencia C340 (Corte Constitucional 1996).
- Sentencia C358 (Corte Constitucional 1997).
- Sentencia C361 (Corte Constitucional 2011).
- Sentencia C371 (Corte Constitucional 14 de Mayo de 2002).
- Sentencia C419 (Corte Constitucional 31 de agosto de 2016). Obtenido de
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-469_1916.html#INICIO
- Sentencia C431 (Corte Constitucional 6 de mayo de 2004). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-431-04.htm>
- Sentencia C578 (Corte Constitucional 4 de Diciembre de 1995).
- Sentencia C578 (Corte Constitucional 2005).
- Sentencia C647 (Corte Constitucional 20 de Junio de 2001). Obtenido de
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-647-01.htm>
- Sentencia C709 (Corte Constitucional 2002).
- Setencia C371 (Corte Constitucional 14 de Mayo de 2002).
- Setencia C431 (Corte Constitucional 6 de Mayo de 2004).
- Setencia C872 (Corte Constitucional 2003).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Vanegas, L. (2007). *Las Audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

Vargas, P. (2007). *La captua y la libertad en el nuevo código de procedimiento penal*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley.