

**ANALISIS DEL DELITO DE DESERCIÓN EN LA QUINTA
BRIGADA DE BUCARAMANGA EN EL PERIODO
COMPRENDIDO DEL AÑO 2000 A 2004**

**ADRIANA CRISITINA LARA GUERRERO
MAURICIO MOLANO NIÑO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BUCARAMANGA**

2006

**ANALISIS DEL DELITO DE DESERCION EN LA QUINTA
BRIGADA DE BUCARAMANGA EN EL PERIODO
COMPRENDIDO DEL AÑO 2000 A 2004**

**ADRIANA CRISITINA LARA GUERRERO
MAURICIO MOLANO NIÑO**

**Trabajo de grado para optar al título de:
Abogado**

**Directora
Maria Isabel Afanador
Abogada Titulada**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BUCARAMANGA
2006**

CONTENIDO

INTRODUCCION	1
1. GENERALIDADES DEL SISITEMA PENAL MILITAR	4
1.1. FUERO PENAL MILITAR	4
1.1.1. Antecedentes Históricos	4
1.1.2.El fuero penal militar colombiano en la actualidad	6
1.2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY PENAL MILITAR	9
1.2.1. Principio de presunción de inocencia	9
1.2.2. La mínima privación de la libertad	11
1.2.3 Principio de acto	11
1.2.4.El debido proceso	12
1.3. ETAPAS DEL PROCESO PENAL MILITAR	16
1.3.1. Creación de Fiscales Penales Militares	17
1.4. LA SEPARACION DEL MANDO Y LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	19
1.5. CONTROL DE LEGALIDAD	20
2. TRATAMIENTO PROCEDIMENTAL DEL DELITO DE DESERCION	23
3. ANALISIS DEL DELITO DE DESERCION	36
3.1. Evolución histórica del delito de deserción en la ley penal militar	36
3.2. Elementos típicos del delito de deserción previsto por el artículo 128 de la ley 522 de 1999	41
3.3. De la incorporación a la filas y sus exenciones y aplazamientos	42

4. ESTADISTICAS	45
PORCENTAJE DE DELITOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR 2000	46
PORCENTAJE DE DELITOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR 2001	47
PORCENTAJE DE DELITOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR 2002	48
PORCENTAJE DE DELITOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR 2003	49
PORCENTAJE DE DELITOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR 2004	50
PORCENTAJE DE DELITOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR 2000 A 2004	51
CAUSAS DEL DELITO 2000	52
CAUSAS DEL DELITO 2001	53
CAUSAS DEL DELITO 2002	54
CAUSAS DEL DELITO 2003	55
CAUSAS DEL DELITO 2004	56
DURACION DE LOS PROCESOS DE DESERCION	57
FORMAS DE TERMINACION DE LOS PROCESOS DE DESERCION	58
5. ANALISIS DEL TRABAJO DE CAMPO	59
5.1 MOTIVOS O CAUSAS QUE GENERAN LA DESERCION	59
5.2. SITUACIONES PERSONALES	60
5.3. NEGATIVA DE PERMISOS	61
5.4.NO ESTABLECEN MOTIVOS	61

5.5. FORMAS DE TERMINACION	62
5.6. INCIDENCIA DEL DELITO DE DESERCIÓN FRENTE A LOS DEMÁS DELITOS ACOGIDOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR	63
6. ANALISIS DE LA PROPUESTA PROCEDIMENTAL	66
6.1. EL SISTEMA PROCESAL DEL CODIGO PENAL MILITAR	66
6.2. RASGOS CARACTERISTICAS DEL SISTEMA ACUSATORIO	67
6.3. RASGOS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DECLARADO INEXEQUIBLE EN SENTENCIA C-178 2002	69
6.4. ANALISIS Y FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA PROCEDIMENTAL	70
PROPUESTA PROCEDIMENTAL	76
CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFIA	80

RESUMEN

TITULO

ANALISIS DEL DELITO DE DESERCION EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 2000 A 2004 EN LA QUINTA BRIGADA DE BUCARAMANGA.*

AUTORES

ADRIANA CRISTINA LARA GUERRERO.
MAURICIO MOLANO NIÑO**

PALABRAS CLAVES

TRATAMIENTO, ANALISIS, JURISDICCION, PENAL, MILITAR, DESERCION.

DESCRIPCION

Los miembros de la policía nacional y de las fuerzas militares tienen un fuero especial de carácter penal conforme al cual deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares cuando cometan delitos en servicio activo o en relación con el mismo servicio. La finalidad esencial del fuero militar es que, dentro de los marcos de la Constitución, los miembros de la Fuerza Pública estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial, tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de la organización y funcionamiento de la Fuerza Pública.

El órgano jurisdiccional al que se le ha confiado la misión de ejercer la justicia Penal Militar, aún cuando se presenta como poder jurisdiccional específico, está sometido a la Constitución al igual que todo órgano que ejerza competencias estatales. Por consiguiente, su organización y funcionamiento necesariamente debe responder a los principios constitucionales que caracterizan a la administración de justicia, desde este punto de vista queremos ver que tan viable y que tan necesario es tipificar la conducta de desertión dentro de la justicia penal militar; observando el tratamiento en cuanto a efectividad de los procesos que se adelantan para esta delito, su pertinencia en cuanto a las causas que lo generan y el congestionamiento que causa en las Fiscalías y Juzgados Penales Militares; sirviéndonos de las estadísticas arrojadas en las investigaciones realizadas en el Batallón "Quinta Brigada" de Bucaramanga.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Directora. María Isabel Afanador.

SUMMARY

TITLE

ANALYSIS OF DESERTION OFFENSE IN THE PERIOD COMPRISED BETWEEN THE YEAR 2000 TO 2004 IN THE QUINTA BRIGADA OF BUCARAMANGA*

AUTHORS

ADRIANA CRISTINA LARA GUERRERO
MAURICIO MOLANO NIÑO**

KEY WORDS

TREATMENT, ANALYSIS, JURISDICTION, PENAL, MILITARY, DESERTION

DESCRIPTION

Members of the National Police and Military Forces have a special privilege of penal character as which they must be judged by martial or military courts when they make offenses in active service or in relation to the same service. The essential finality of the military privilege is that within the Constitution framework, members of the Public Force are covered in their activities of service by a special penal legal regime, both substantive and proceeding, that be in agreement to the specificity of the organization and functioning of the Public Force.

The jurisdictional organ to which it has been entrusted the mission of exerting the Military Penal Justice even though it is presented as specific jurisdictional proxy, it is under the Constitution as same as every organ that exerts state competences. Therefore, their organization and functioning must needly respond to the constitutional principles that characterize the administration of justice, since this point of view we want to see how much viable and needed is to categorize the conducte of desertion within the military penal justice, observing the treatment with respect to efectivity in the processes that are in progress for this offense, its appropriateness with respect to causes that generating it and the congestioning that it causes in disctrict attorneys and Military Penal Courts; being useful for statistics obtained in the investigations carried out in the "Quinta Brigada" Battalion of Bucaramanga.

* Grade's work

** Human Science faculty. Right school and Political Sciences. Manager. Mary Afanador Elisabeth.

INTRODUCCION

La constitución de 1991 en su artículo 221, establece un fuero especial para los miembros de las fuerzas militares, el fuero penal militar, aplicable a estos por los delitos que cometan en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, si se tiene en cuenta que los fines primordiales de las Fuerzas Militares están constituidos en la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional así como propender por el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio, por parte de los ciudadanos, de los derechos y libertades públicas, y el desarrollo de la convivencia pacífica, todo ello de conformidad con el artículo 217 de la carta.

La finalidad esencial de este fuero especial es que dentro de los marcos de la Constitución, los miembros de la Fuerza Pública estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial, tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de la organización y funcionamiento de la Fuerza Pública.

La Institución castrense se encuentra estructurada jerárquicamente y, como soporte inmodificable e insustituible aspectos como la disciplina, el servicio y el honor, entendidos, como condiciones esenciales de toda fuerza militar que le permiten actuar como garante para la defensa de las instituciones. razón por la cual el Código Penal Militar consagra como conductas punibles, la desertión, la insubordinación, la desobediencia en sus distintas modalidades, los ataques o amenazas a superiores e inferiores, el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, el delito del centinela, la inutilización voluntaria, la

cobardía, entre otros, las cuales se relacionan de manera directa con las funciones propias de los miembros de la Fuerza Pública, cuyos agentes se encuentran cobijadas por el Fuero comentado.

El objetivo de estudio de este trabajo se circunscribe al análisis del delito de Deserción, su tratamiento procedimental, la efectividad y la pertinencia de la norma que lo tipifica; en el entendido que es el delito de mayor ocurrencia en el ámbito de las Fuerzas Militares, siendo este uno de los factores de significativa influencia en el congestionamiento de la Justicia Penal Militar.

Para ello se realizará no solo el análisis normativo pertinente, sino a su vez, un trabajo de campo en la QUINTA BRIGADA, en los Juzgados 32 Penal Militar, 33 Penal Militar; y en el Juzgado de Instancia de la misma guarnición; en la búsqueda de los procesos adelantados por este delito, en los años 2.000 a 2.004.

Con lo anterior se pretende analizar varios aspectos que permitan ofrecer una visión más amplia del tratamiento procedimental de dicho delito en la Justicia Penal Militar, al igual que los motivos de su comisión, las formas de terminación de estos procesos, y el porcentaje de la deserción frente a otras conductas de las cuales se ocupa la Justicia Penal Militar.

De otra parte, se intenta desde la óptica jurídica abrir paso al escaso interés que sobre el tema se observa por parte de la doctrina y contribuir así en lo posible a un conocimiento omnicomprendido de la realidad fáctica y normativa, dando

como resultado la realización de una propuesta que contribuya a un mejor tratamiento del delito de deserción, y construir así una propuesta de tipo procedimental, que aborde todos los aspectos de este delito, para cumplir así con los objetivos de esta tesis.

1. GENERALIDADES DEL SISTEMA PENAL MILITAR

1.1. EL FUERO PENAL MILITAR

1.1.1. Antecedentes Históricos.

En busca de las raíces históricas del fuero castrense, encontramos que ya en la antigüedad los jefes de tribu desempeñaban funciones judiciales al mismo tiempo que mando militar. Pero es en Roma donde tuvo un inicial desarrollo para asuntos meramente militares y de disciplina¹, Eugene Petit anota que Julio Cesar concedió privilegios a sus soldados, que los empleadores extendieron para congraciarse con el ejercito. Después Honorio creó el “*Magíster Militium*”, excluyendo de los tribunales militares el juzgamiento de los ciudadanos. Valentiano señaló la competencia a los respectivos mandos superiores y Justiniano extendió el privilegio a Italia. En la edad media se apreciaron algunas huellas de la jurisdicción marcial romana y en la época feudal, la justicia común se asimila a la castrense por las prerrogativas del señor sobre sus vasallos.

El Derecho Penal Militar se conoció igualmente en Atenas, Cartago, Macedonia, Persia, India, para hacer juzgamientos en situaciones de guerra y procedimientos especiales.

España es de los países que más se han destacado por el otorgamiento y concesión de fueros, por ser clásico de

¹ Tal como nos lo predica Savigny, (1779-1861) en su obra “Historia del derecho romano”, en la cual explica que existió en roma para aspectos de disciplina. CASADO Burbano, Pablo. “iniciación al derecho constitucional militar” editorial de Derecho

privilegios y prebendas dados por reyes y señores a sus súbditos de ahí que en la legislación foral de la antigua España, encontremos no poco ejemplos de legislaciones especializadas.

En efecto, en la madre patria conocimos estrados especiales para "...nobles, clérigos, religiosos, miembros de las Ordenes Militares, militares, marinos, comerciantes, universitarios, extranjeros, etc. quienes gozaban de numerosos privilegio y exenciones, entre los que figuraba el ser juzgado por sus iguales. Fue una conquista de los primeros regímenes constitucionales de tipo liberal, poner freno a este poder absoluto por medio de la distinción y separación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, encomendando a este último el control de la legalidad de toda la autoridades, funcionarios y ciudadanos como eficaz garantía de la libertad política y del imperio de la ley..."²

En España se conocieron las "Tiufas", unidades militares y administrativas que englobaban unos mil hombres y sus familias. Los "Tiufados" o jefes de las tiufas además de su condición militar, eran los jueces de las gentes de su tiufa.

La ley de "las siete partidas" tiene referencia a la jurisdicción castrense y después de varias disposiciones aisladas, se expidió la primera legislación militar propiamente dicha, mediante la ordenanzas de la armada en 1748 y más tarde las Ordenanzas para Reclutamiento y Sorteo en 1800, así como la ley de Organización y

² CASADO Burbano, Pablo. "iniciación al derecho constitucional militar" editorial de Derecho unidas, Madrid, 1986.

Atribuciones de Tribunales Militares, el Código Penal del Ejército y la Ley de Enjuiciamiento Militar de 1886.

La Constitución española de 1931, en su artículo 25 dispuso: “todos los españoles son iguales ante la ley” y agregó que no podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas. El espíritu de esta norma fue retomado en el artículo 14 de la Constitución de 1978, pero dejó a salvo la consagración suprallegal del fuero militar en el artículo 117, numeral 5, cuando dijo: “...la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la constitución³”.

1.1.2.El fuero penal militar colombiano en la actualidad.

La Constitución Política, en su artículo 221, contempla la existencia de un régimen penal especial y excepcional para el juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio.

La Corte Constitucional ha sostenido que la existencia misma de la Justicia Penal Militar se soporta sobre la presencia de dos factores: subjetivo o personal, de un lado, y funcional, de otro, que justifican la consagración del fuero y del régimen penal castrense.

³ PEÑA Velásquez, Edgard. Comentarios al nuevo Código Penal Militar. Primera edición 2001. Ediciones librería del profesional. Páginas 9 y 10.

➤ **El criterio personal**

Desarrollado por los artículos 1°, 4° y 5° de la ley 522/1999 C.P.M., indica que sólo sujetos calificados gozan de este fuero: de manera exclusiva, los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo; pero esa calidad no es, por sí sola, suficiente para optar de manera válida cuando se trata de conocer de un asunto determinado, por la competencia excepcional de la jurisdicción especial; si así fuera, se configuraría un fuero meramente estamental contrario al ordenamiento constitucional vigente; por eso, el criterio personal debe concurrir con el criterio funcional.

➤ **El Criterio funcional**

Encuentra desarrollo en los artículos 2° y 3° de la ley citada, en cuanto el fuero militar sólo opera para conocer y juzgar: a) Aquellas conductas delictivas que únicamente pueden ser cometidas en razón del servicio que prestan los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, por requerir esos tipos penales de sujetos activos calificados, como en el caso de los delitos del centinela, la insubordinación o la cobardía; y b) Otras conductas delictivas que no requieren necesariamente de ese sujeto activo calificado, pero se relacionan con el servicio que prestan los miembros de las Fuerzas Armadas, pues constituyen omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas a esas instituciones⁴.

⁴ Sentencia C-361 de abril 2 de 2001 M.P. Dr. MARCO GERARDO MONRROY CABRA

Por lo anterior el Código Penal Militar, contiene una regulación especial y diferente respecto de la tipificación de las conductas punibles y las sanciones, como del procedimiento aplicable, en atención a los sujetos, a los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales derivadas de la función que conforme a la Constitución corresponde cumplir a las fuerzas armadas.

Dado que la propia Constitución contempla la existencia de un código penal especial para el juzgamiento de los militares en servicio activo y en razón de los actos cometidos en relación con el mismo servicio, y que por la naturaleza misma de los códigos, estos buscan regular de manera completa una materia, el C.P.M. contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que si bien debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y responde por consiguiente a los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, puede diferenciarse del mismo, cuando así lo exijan las especiales condiciones para las cuales está previsto, o cuando de tal diferencia no derive detrimento de la Constitución. Sobre el particular la Corte Constitucional ha expresado⁵ que 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.

1.2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY PENAL MILITAR

La Constitución Política de Colombia señala que el Estado Colombiano es un Estado Social y Democrático de Derecho. Premisa de gran importancia frente a una evolución dogmática del sistema penal, porque esa característica de Estado Social, genera la obligación para el Estado de garantizar la protección de los bienes jurídicos, dentro de su política social y dentro de su sistema penal.

A pesar de que los miembros de la Fuerza Pública gocen de un fuero especial, no hay que olvidar que la Justicia Penal Militar, también es regida por principios de orden superior, al igual que las demás jurisdicciones, y solo en la medida de su respeto será coherente y armónico con la Constitución

⁵ Sentencia C-358 de 1997 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

1.2.1.Principio de presunción de inocencia.

El Código Penal Militar consagra la presunción de inocencia en su artículo 197 en desarrollo de tal principio establece que sólo se podrá dictar sentencia condenatoria cuando exista certeza de la existencia del hecho y certeza sobre la responsabilidad del procesado (artículo 396 C.P.M.), y sólo se podrá dictar resolución de acusación cuando existan pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado como autor o partícipe (artículo 556 del C.P.M.).

Este principio cardinal del proceso, conduce a que el funcionario judicial no prejuzgue, no se matricule con la primera hipótesis de la investigación, no sesgue su criterio, ni muchísimo menos falte al respeto por la dignidad del procesado. La presunción de inocencia va hasta el momento en que esta logre desvirtuarse, mediante una sentencia ejecutoriada sobre su responsabilidad penal (artículo 29 C.N.).

En la etapa de la investigación el juez debe agotar al máximo el término legal y luego que se tenga el suficiente material probatorio que permita vencer dicha presunción, entra el fiscal a calificar con la concurrencia de las pruebas, la certeza sobre la existencia del hecho o sobre la responsabilidad, para fallar si persiste la duda a favor del procesado.

1.2.2.La mínima privación de la libertad.

La libertad, es el mas importante norte jurídico de nuestra organización democrática; tan importante que desde el preámbulo mismo de la Carta Política, se enuncia como una de las finalidades perseguida por el pueblo de Colombia al momento de refrendar sus instituciones políticas y las autoridades encargadas de administrarlas.

Desde el punto de vista material, es la mínima aplicación del derecho penal o última ratio y la protección de relaciones sociales concretas, dinámicas, precisas y determinadas. Pues la dignidad humana constituye su límite. Así el procesado no puede ser sometido a tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. De la misma manera el principio de culpabilidad, en cuanto solo puede ser responsable quien haya actuado con *culpabilidad*, principio igualmente garante de la libertad.

1.2.3.Principio del acto.

Consagrado en el artículo 6 del C.P.M. En contraposición a un derecho penal de autor donde la persona es responsable no por sus actos, sino por su forma particular de ser o por sus inclinaciones, el derecho penal de acto parte del aforismo según el cual no hay delito sin conducta humana, es decir, la conducta humana ha de trascender al mundo exterior con el impulso de la voluntad, en función del detrimento o puesta en peligro de bienes jurídicos, lo cual permite al derecho represivo castigar a los hombres solo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto. Esto conduce al

criterio básico de imposición de pena por el grado de culpabilidad y no por la peligrosidad.

Tiene su sustento en el artículo 29 de la Constitución Nacional, al describir “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa,....”. Es aquí donde nace el derecho penal de acto, que debe entenderse como acción que se fundamenta en la culpabilidad al reconocer al hombre su dignidad y el principio de lesividad, al no poder haber delito si no hay una lesión al bien jurídico (“Nullum crimen sine injuria”).

1.2.4.El debido proceso.

Para dar inicio a este principio hay que hacer claridad, como ya se ha venido explicando, que a pesar de que la justicia penal militar no forma parte de la estructura orgánica de la rama judicial ella administra justicia, y todas aquellas garantías y principios que conforman la noción de debido proceso, resultan igualmente aplicables a esta jurisdicción especial.

La institución del debido proceso, que se erige en columna insustituible del Estado de Derecho, responde a la necesidad imperativa de establecer un conjunto de garantías jurídicas cuyo objeto principal consiste en proteger a la persona de la arbitrariedad y en brindarle medios idóneos y oportunidades suficientes de defensa, a objeto de alcanzar la aplicación justa de las leyes.

La Carta Política introduce en el artículo 29 el derecho fundamental del *debido proceso*. Este principio está integrado por el de juez natural (artículo 16 C.P.M.), presunción de inocencia (artículo 197 C.P.M.), derecho de defensa, proceso público (artículo 202 C.P.M.), controversia de la prueba (artículo 398 C.P.M.), favorabilidad (artículo 11 C.P.M.), celeridad, prohibición del non bis in idem (artículo 14 C.P.M.), dignidad de la persona, imperio de la ley, igualdad (artículo 13 C.P.M.), doble instancia (artículo 207 C.P.M.), imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad y el principio de legalidad (artículo 6 C.P.M.).

Esta gama de garantías, da lugar a determinar que el procedimiento penal militar tiene como directriz la efectividad del derecho sustancial, de garantía a quienes intervienen en el proceso y por último al restablecimiento del derecho.

Al desarrollar esos principios enunciados, se tiene que la controversia se concreta en varios aspectos que determinan la manera cómo se cumple ella dentro del proceso penal militar en cuanto a la prueba, y se dice que ella se da cuando se tiene la oportunidad de controvertir la fuente y el objeto. En la fuente se ha de mirar desde un punto de vista objetivo y subjetivo para el caso del testimonio, el primero en el sentido de establecer si quien relata unos hechos ofrece credibilidad o no, si incurre en contradicciones, si es creíble o si se trata de hechos inverosímiles. Desde el subjetivo, ha de determinar si existe interés en el resultado del proceso y surge en ese momento el derecho a interrogar y contrainterrogar, como derecho pilar del proceso penal militar⁶.

⁶ PEÑA Velásquez, Edgard. Comentarios al nuevo Código Penal Militar. Primera edición 2001. Ediciones librería del profesional. Páginas 9 y 10.

Otro derecho es el de conocer las valoraciones que hace el funcionario, con el fin de poder controvertir la decisión. El funcionario judicial está sometido al imperio de la Constitución y de la ley, lo que implica el deber de señalar cada uno de los medios probatorios a los cuales les da un valor y por los cuales juzga, y es tan importante éste derecho que en caso de incumplimiento surgiría responsabilidad del Estado y simultáneamente el llamamiento de garantía o posterior derecho de repetición contra el funcionario judicial, independientemente de la acción penal y disciplinaria, cuando la actuación va implícita de dolo o culpa grave, por estar el pronunciamiento por fuera de la ley o sin motivación alguna.

Otro aspecto de gran trascendencia dentro del principio que se está desarrollando, es que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. El juez está en completa libertad de interpretación, lo único que lo condiciona es la ley y, antes de la Constitución de 1991 el funcionario tomaba en cuenta la jurisprudencia, tres jurisprudencias casi tenían fuerza de ley, hoy la cosa es distinta, ellas sirven de orientación no significando con ello que el estar abiertamente en contra a la conceptuado por una Corporación de Justicia sea error judicial.

El derecho a recurrir es otro de los derechos del debido proceso consagrado específicamente en el artículo 207 de la Ley 522 de 1999. En cuanto a la defensa, ella no se concibe si no existe la posibilidad de controvertir la prueba, concepto ligado a la controversia o contradicción por ser genérica en relación a todos los sujetos procesales. La publicidad, el proceso debe ser público por cuanto los sujetos procesales tienen la oportunidad de presenciar el debate y a que la sociedad se entere, en razón a que la administración de

justicia es una función pública; por tanto no puede haber en las etapas del proceso penal militar secreto para las partes.

Estos principios dentro de un Estado Social de Derecho generan como columna principal el concepto de *dignidad de la persona humana o principio de humanidad*, orientado a que a la persona como piedra angular de la organización estatal, no se le pueda imponer sanciones penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico. Por su parte la igualdad ante la ley penal militar, como axioma que parte de la existencia de derechos fundamentales, pregona que todos los individuos de la especie humana gozan de las mismas oportunidades y derechos, sin que las normas jurídicas puedan introducir discriminación alguna y un tratamiento similar para todos los miembros de la comunidad jurídica.

El derecho instrumental da lugar a que el juicio emitido sobre la litis sea definitivo, de manera que no pueda ser modificado por el juez una vez que la decisión de fondo se encuentre en firme, al igual que la vida jurídica no esté regida por la incertidumbre, que el juzgamiento sea realizado por un funcionario judicial señalado en la Constitución, lo que constituye un dique contra la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

La sujeción del juez a la Constitución es la prenda que garantiza los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, es el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, siendo el asiento de una función democrática y social de derecho.

1.3. ETAPAS DEL PROCESO PENAL MILITAR.

Con la Ley 522 de 1999, el proceso penal se desarrolla en varias etapas, la primera es la fase investigativa, cuyo desarrollo corresponde a los Jueces de instrucción, con competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho.

Sobre la figura del Juez de Instrucción Penal Militar, la Corte Constitucional en pronunciamiento por demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 263 numeral 3^o y 264 de la Ley 522 de 1999, expreso⁷:

Si bien es cierto en principio corresponde a la Fiscalía General la investigación e instrucción de los delitos, la Constitución a su vez establece también el fuero militar, en virtud del cual, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio son conocidos por la justicia penal militar (CP art. 221).

Hay que realizar una conciliación de estas dos normas, lo que implica, que debe verse al fuero militar como una excepción a la regla general, como en muchas oportunidades lo ha dicho la Corte Constitucional; la Fiscalía general de la Nación se encargará de la investigación de los delitos, pero en virtud del fuero penal militar le corresponde a los Jueces de Instrucción llevar la investigación de los delitos que realicen los miembros de la fuerza pública en servicio activo, en relación con el mismo servicio.

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-1054 de 2001. M.P. Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

Así pues, si no corresponde constitucionalmente a la Fiscalía la investigación de los delitos amparados por el fuero militar, bien puede la ley atribuir la instrucción de los mismos a los jueces de instrucción penal militar. Nada entonces en la Carta se opone a que el Código Penal Militar establezca que los jueces de instrucción penal militar son funcionarios de instrucción en la justicia penal militar y que tienen a su cargo la investigación de los delitos cobijados por el fuero castrense.

En una segunda etapa, los fiscales califican el sumario y si es del caso profieren la resolución de acusación, este tema se ampliará mas adelante; y finalmente la etapa del juicio penal militar, que es desarrollada por un Juez de Primera Instancia que no puede ejercer coetáneamente las funciones de comando con las de investigación, acusación y juzgamiento.

1.3.1. Creación de Fiscales Penales Militares.

Con la anterior legislación Penal Militar – Decreto 2550 de 1988 – las funciones de calificar y juzgar estaban en cabeza del Juez de Primera Instancia, quien recibía el proceso del instructor y una vez efectuado su estudio y no haber pruebas por practicar o solicitadas las pertinentes, procedía a cerrar la investigación mediante auto de sustanciación. Actuación procesal seguida, era la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra sin intervención de vocales, que una vez ejecutoriada daba paso a la audiencia, y terminado el debate oral se profería la sentencia dentro de los ocho (8) días siguientes, siendo esta etapa procesal asesorada por un Auditor de Guerra.

Hoy con la estructura procesal vigente, el tratamiento que se le da a los delitos acogidos por el fuero penal militar, el fiscal es el protagonista de la calificación, dando paso a que el funcionario que juzga sea diferente al que investiga y acusa. El Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula y a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, éste adquiere la condición de sujeto procesal, no interviene como juez, actúa en igualdad de condiciones con el procesado y su actividad se debate ante un tercero que es el Juez de Primera Instancia.

Los fiscales ejercen sus tareas ante el tribunal Superior Militar y los juzgados del conocimiento, de manera ordinaria y permanente en cada una de la instancias. Resuelven además, los recursos de apelación y de hecho, interpuestos contra las decisiones proferidas por lo fiscales militares ante la primera instancia y la consulta de cesaciones de procedimientos proferidos por los mismos fiscales. Dirimen conflictos de competencia suscitados entre los fiscales militares ante los juzgados de primera instancia y resuelven sus impedimentos y recusaciones.

Sobre el Fiscal Penal Militar la Corte Constitucional expresó⁸:

La figura de los fiscales penales militares, es una innovación introducida por la Ley 522 de 1999, ahora bajo examen, hecha con la intención de establecer un funcionario que se encargue de acusar dentro de la estructura del procedimiento penal militar.

⁸ Ibid., p. 6.

El nuevo sujeto procesal en estudio fue demandado por inconstitucional, por considerar que la Fiscalía Penal Militar, forma parte de la Fiscalía General de la Nación, puesto que ella no puede intervenir en las causas que se siguen contra los militares, pues con ello se quebranta el artículo 250 de la constitución.

La Corte Constitucional afirmó que la Justicia Penal Militar no forma parte de la rama judicial del poder público, a pesar de que su función consiste en administrar justicia, perteneciendo ella a la rama ejecutiva en atención a la organización que el constituyente determinó. Refuerza la Corte este concepto con el artículo 4 de la Ley 585 de 2000, que reformó el artículo 15 del Decreto Extraordinario 2699 de 1991, el cual enumera taxativamente quiénes son los delegados del Fiscal General de la Nación, excluyéndose a los fiscales penales militares. Pues no son solamente razones que tocan con la estructura orgánica de las ramas del poder público, sino a su vez, razones de tipo funcional, tales como que los fiscales penales militares carecen de facultades investigativas o de instrucción, no coincidiendo con las funciones de los delegados del Fiscal General de la Nación.

1.4. LA SEPARACIÓN DEL MANDO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Esta norma rectora se encuentra consagrada en el artículo 214 del Código Penal Militar, que establece “Los miembros de la Fuerza Pública en ningún caso podrán ejercer coetáneamente

las funciones de comando con las de investigación, acusación y juzgamiento”.

El anterior C.P.M. Decreto 2550 de 1988 en el Título II del Capítulo III al VII determinaba la jurisdicción y competencia en las Fuerzas, otros jueces de Primera Instancia y Policía Nacional, teniendo en cuenta los titulares de los respectivos comandos; con la nueva Ley 522 de 1999 se mantiene la jurisdicción de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, pero no le otorga a sus titulares comandantes la facultad de investigar, acusar y juzgar, esta administración de justicia es acogida por un ente en cabeza de un abogado que en ningún momento ejerce funciones de mando en lo militar.

El anterior C.P.M. contravenía la lógica pues resulta imposible que una misma persona fuese capaz de valorar o apreciar con objetividad e imparcialidad las conductas de sus propios subordinados, que en muchas ocasiones han obrado siguiendo sus ordenes, razón por la cual no garantizaba un marco de imparcialidad ante los delitos militares.

1.5. EL CONTROL DE LEGALIDAD

La función del Juez en un Estado de Derecho es aplicar el principio de legalidad, por ser el protagonista más importante dentro de esa forma de Estado. Preceptúa el artículo 563 de la Ley 522 de 1999 que el Juez de Conocimiento por ejecutoria de la resolución de acusación, procederá a realizar un control de legalidad para establecer si existen o no causales de nulidad. Control que consiste en salir en defensa cuando se ha

vulnerado los derechos fundamentales, entendiendo que la resolución es un acto formal que permite que una persona acuda a la audiencia pública, es decir, es un acto en el cual el Fiscal le dice al acriminado cuáles son los cargos que le formula, los que se debatirán en la Corte Marcial ante el Juez de Primera Instancia.

Con base en que nuestro sistema penal militar el fiscal sí califica, el control de legalidad posterior implica que el juez, tenga la responsabilidad de controlar los derechos fundamentales, como sería el caso de una indagatoria sin defensor, una medida de aseguramiento con el recibo de una indagatoria con apremio.

Sobre el control de legalidad realizado por el juez, se ha dicho “que si el fiscal en el proceso de subsunción de los hechos en el referente legal, se aleja radicalmente de las reglas de la lógica y la comprensión jurídica del caso, de tal manera que dicho error lo desvía a títulos o capítulos que tutelan bienes jurídicos completamente extraños a la información procesal obtenida, sin duda se impone el remedio de la nulidad por error en la calificación jurídica.

Una especie de control de legalidad dentro del proceso, circunscrita a errores de dicha envergadura, obviamente corresponde al juez de la causa, porque, no obstante que el fiscal y el juzgador tienen funciones separadas, el proceso penal desarrollado por etapas no deja de ser unitario y solamente se define con la sentencia que es el momento final

dentro de los pasos integrados, armónicos y cualitativamente superiores que comporta su dinámica⁹.

⁹ Sala de Casación Penal - Corte Suprema de Justicia, febrero 24 de 2000, radicación 10.809 M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

2. TRATAMIENTO PROCEDIMENTAL DEL DELITO DE DESERCIÓN

En este capítulo se analizará el Procedimiento Especial establecido en La ley 522 de 1999, el cual se ocupa, entre otros, del conocimiento del delito de la deserción; analizando con particular interés, la providencia de la Corte Constitucional en la que se declara la inexecutable de estas disposiciones, y se establece el procedimiento ordinario, establecido en el Código Penal Militar, como el trámite pertinente para el conocimiento de estos delitos. Lo anterior, obedeciendo a la significativa relevancia que el tratamiento procedimental asignado a un delito, tiene en el congestionamiento o no de los juzgados y tribunales Penales Militares, y por ende la posterior ingerencia que el tema tiene no solamente en la parte teórica, sino también en lo concerniente al análisis de la propuesta a plantear en nuestro trabajo investigativo.

Daremos comienzo a este estudio, contemplando como en nuestro ordenamiento constitucional en su Artículo 221 se establece la creación de una regulación penal específica para el estudio y juzgamiento de las conductas punibles cometidas por los miembros de las fuerzas armadas, en relación con el servicio que prestan; esto, debido a la manifiesta diferencia respecto de la naturaleza de la actividad que se controla, el objeto de la misma y el sentido y alcance de sus disposiciones. Todo esto se materializa en la existencia de normas que describan de manera autónoma los delitos que juzga la jurisdicción penal militar, las autoridades competentes para juzgarlos, y el procedimiento aplicable en cada evento.

Esta potestad, concedida en nuestra Carta Política, permite al legislador la estipulación, en el Código Penal Militar, de un Procedimiento Especial, concebido para el juzgamiento de ciertos delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en cumplimiento de su servicio, entre ellos la Deserción, artículos 578 y 579 C.P.M. Estas disposiciones fueron pensadas y consagradas por el legislador, con el propósito de determinar términos considerablemente más cortos para adelantar la investigación, acusación y juzgamiento, que los estipulados en el Proceso Penal Militar Ordinario. Esta posibilidad se encontraba avalada por la Corte Constitucional en el entendido que se desarrollaran, con este procedimiento, los principios constitucionales, y se reconociera la especialidad de las materias en las que se aplica y la autonomía jurisdiccional de los Tribunales Penales Militares.

Aunque observamos que la finalidad perseguida por el legislador en la creación de este Procedimiento Especial, es la formación de un procedimiento célere, encaminado a determinar la responsabilidad de servidores del estado a quienes se les encomiendan actividades esenciales relacionadas con la defensa de la soberanía, la integridad del territorio y del orden constitucional, no se puede desconocer que en todo caso, el Proceso Penal Militar, y en particular el Procedimiento Especial allí establecido, debe ser respetuoso de las garantías judiciales, como quiera que se encuentra regido por el derecho constitucional e informado por el derecho procesal penal ordinario.¹⁰

¹⁰ URAZAN, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Procesal Penal. 3ª Ed..Editorial Leyer,2002 Pág. 27.

Es por esto, que dicho esquema procedimental acogido por el Código Penal Militar, ha ocasionado particular interés en la Corte constitucional, generando pronunciamientos de dicha Corporación, en los que se manifiesta que el mecanismo empleado por el legislador, consistente en la creación e implementación de un Procedimiento Especial, es idóneo en cuanto es adecuado para alcanzar el fin perseguido por el derecho penal, puesto que se resuelve de manera rápida y definitiva la situación jurídica de un integrante de la fuerza pública en beneficio de la calidad y buena marcha del tipo de servicio que prestan, el cual se rige por altos criterios de integridad, orden y disciplina.

Sin embargo, debido a que el Proceso Penal Militar Especial consagra términos considerablemente breves en los cuales se deberán surtir las diferentes etapas procesales, la Corte Constitucional en Sentencia No. 178 del año 2002, dedica su estudio, de acuerdo a la competencia que le reconoce la Constitución Nacional en su Artículo 241 numeral 4º, a analizar si dicho Procedimiento Especial constituye o no, una violación de los derechos constitucionales a la igualdad y al debido proceso.

Como apreciamos, la naturaleza de la actividad que desarrollan los miembros de la Fuerza Pública, el objeto sobre el que recae la jurisdicción penal militar, el alcance de la legislación de esta materia y la manera como se instrumentaliza concretamente el proceso que se aplica a sus miembros, permite identificar una regulación singular que le corresponde desarrollar al legislador en desarrollo de la Constitución. Sin embargo, la concreción de materias relacionadas, por ejemplo, con el fuero militar, la existencia de

jueces y tribunales militares y el señalamiento de un sistema procesal específico para actuar ante tal jurisdicción, aunque crea un marco normativo diferente al régimen ordinario, ha de interpretarse necesariamente de manera restringida. La existencia de un régimen especial en materia penal militar no puede convertirse en una razón que justifique el desconocimiento de la Constitución y los derechos fundamentales que el Ordenamiento Superior reconoce a todos los ciudadanos, incluyendo a los ciudadanos que forman parte de la fuerza pública. En ese orden de ideas, al juez de constitucionalidad le corresponderá establecer la conformidad entre la regulación que desarrolla la jurisdicción penal aplicable a los miembros de la fuerza pública.

Evidentemente encontramos que la violación al principio de igualdad, que se produce cuando el legislador determina distintas consecuencias jurídicas para un mismo comportamiento¹¹, no se da en el presente caso, pues no existe en realidad un mismo supuesto de hecho al que se le asignen consecuencias jurídicas dispares, sino diferentes comportamientos sancionados de manera distinta y más gravosa para aquellos casos en los que se exige una mayor responsabilidad en razón de la calidad del sujeto activo y del servicio que presta, como ocurre en la Justicia Penal Militar.

Recordando así, los preceptos del debido proceso reconocidos en la doctrina, nos permitimos observar como en materia Penal Militar, la Constitución ha impuesto directamente una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común, obedeciendo de manera expresa al carácter excepcional del fuero militar; por consiguiente, el derecho a la igualdad

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-378 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

procesal no se ve vulnerado por la mera disparidad de los textos normativos.

Por lo tanto, procederemos a analizar las diferencias estructurales existentes entre el procedimiento ordinario y el procedimiento especial del Código Penal Militar, manteniendo en claro que no toda diferencia adquiere validez por la única razón de estar inmersa en una norma denominada especial.

En concordancia con esto, a pesar de apreciar claramente que el Procedimiento Especial establecido en la ley 522 de 1999 C.P.M. cumple con el propósito de desarrollar principios constitucionales que reconocen la existencia del fuero militar, el funcionamiento de las cortes marciales y tribunales militares, y la necesidad de crear un procedimiento adecuado para que estos organismos cumplan su misión constitucional; y que en todo caso la intención del legislador es la de modernizar y profesionalizar la justicia que se imparte en la institución castrense. Se hace imperante detenernos, como ya se dijo, en el análisis de ciertas diferencias estructurales como lo son las conductas reguladas por este procedimiento, la brevedad de los términos procesales, y si con esto se ve comprometida el acatamiento de los preceptos del debido proceso, y en particular el Derecho de Defensa.

De una parte, encontramos que el artículo 578 de la Ley 522 de 1999 señala los delitos que seguirán este trámite, algunos de ellos directamente relacionados con algunos aspectos de la vida militar (los delitos contra el servicio, el uso indebido de uniformes e insignias y la fuga de presos); igualmente se guiara por este trámite el delito de la fuga de presos y el delito del uso indebido de uniforme e insignias de la fuerza pública;

así como los delitos contemplados en el Título Octavo del C.P.M., estos son delitos que a pesar de encontrarse regulados en la legislación ordinaria, pueden ser conocidos por la justicia penal militar en razón al sujeto activo del tipo penal y a las modalidades en las que se lleva a cabo, es decir cuando esto ocurre en estrecha relación con el servicio. No obstante, para efectos del presente trabajo investigativo no podemos afirmar que el artículo 578 es contrario a la Constitución por el simple hecho de someter a reglas procesales especiales, conductas que tienen un régimen distinto ante los jueces ordinarios; pues para llegar a conclusiones sobre el particular, debemos analizar estas disposiciones de manera integral, es decir, estudiarlas a la luz de los principios y derechos reconocidos en la Carta Política.

Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al observar que en los eventos en los que la expedición de normas por parte del legislador limite los derechos fundamentales de los asociados, se hace necesario efectuar un juicio de razonabilidad sobre la norma en cuestión; lo que permitirá considerar los principios y derechos en juego y determinar el grado de incidencia que la medida tiene en las garantías reconocidas constitucionalmente a todos los individuos.

Esto significa, de cara a los artículos que ahora se estudian, que éstos sólo resultan constitucionales en la medida en que respondan a un fin legítimo, perseguido por un medio adecuado que, además, no revele la afectación de ningún otro derecho constitucional.

Por lo tanto, se hace pertinente reparar sobre la brevedad de los términos procesales, característica inexcusable del Procedimiento Especial; para lo cual debemos recordar que en materia penal militar la designación de la responsabilidad en la comisión de un hecho punible, es una de las finalidades elementales de la administración de justicia, la cual si bien se debe cumplir evitando cualquier tipo de dilaciones injustificadas, debemos reconocer que no se alcanza cuando se establecen términos procesales que recortan sustancialmente el ejercicio del derecho de defensa del sindicado, lo que no solo impide establecer con claridad la verdad de los hechos que se estudian en la etapa de instrucción o en el juicio, ocasionando incluso el aumento de los niveles de impunidad en materia delictiva, sino que además nos ubica en una flagrante violación a los principios mínimos del debido proceso, estipulados plenamente en nuestro ordenamiento constitucional y respaldados por tratados internacionales, debidamente acogidos por nuestra legislación.

Tales violaciones al debido proceso se configuran cuando la brevedad de los términos afecta, por ejemplo, las funciones básicas del proceso penal confundiendo en una misma etapa la instrucción y el juicio, o cuando impide la posibilidad de ejercer el derecho de defensa obviando momentos procesales en los que el sindicado o el imputado deben contar con la posibilidad de conocer las actuaciones de las autoridades competentes e impugnarlas en los términos señalados por la ley.¹²

La celeridad en la administración de justicia y la posibilidad de definir prontamente la situación de miembros de instituciones consagradas al servicio y protección de la comunidad son

finalidades legítimas a las que un proceso abreviado contribuye, pero tal regulación se torna irrazonable cuando en el diseño del proceso se desconoce el derecho al debido proceso, bien porque se desnaturaliza la estructura del proceso penal o porque se estructura un procedimiento que no considera la complejidad de los hechos punibles a los que se aplica impidiendo, formal y materialmente, poder establecer la verdad de los actos que se investigan, en el breve lapso que otorga para la instrucción y el juicio, obstaculizando el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Ahora bien, el Proceso Penal Militar se desarrolla en varias fases o etapas a las que también se debe someter el Procedimiento Especial referido en los artículos acusados. La primera de estas fases está constituida por la investigación, que es adelantada por funcionarios de instrucción; en una segunda etapa, los fiscales proceden a realizar la calificación del sumario y si es el caso profieren la resolución de acusación que necesariamente habrá de conocer el sindicado; y finalmente sobreviene de ser así, la etapa del juicio penal militar propiamente dicho.¹³

Al momento de determinarse por parte del legislador, la no intervención de los fiscales penales militares dentro del procedimiento especial, podemos reparar en que esta decisión se toma en concordancia con la potestad constitucional que le asiste, de manera tal que bien pudo, de manera discrecional, considerar que en función del principio de celeridad y de las características propias del procedimiento regulado por los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999, la intervención del

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-178 de Marzo 12 de 2002. Magistrado Ponente: Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ *Ibídem*.

Fiscal Penal Militar no se hacía necesaria, sin que con ello se encuentre desbordado el ejercicio de sus competencias.

Sin embargo, esto no significa en ningún momento que las etapas de investigación, acusación y juzgamiento se puedan confundir en una sola, pues en todo caso el juez militar, a quien corresponda adelantar la investigación, debe proferir una acusación que ha de conocer el sindicado para que pueda enterarse de los cargos específicos en su contra y ejercer el derecho de defensa que se le reconoce en los términos de la Constitución y la ley. Y es precisamente en este punto en donde se puede vislumbrar claramente la violación a las Garantías Procesales, pues al no encontrarse claramente diferenciadas las etapas de instrucción, la acusación y el juzgamiento, se obstaculiza el conocimiento por parte del procesado de todos los elementos de juicio con los que va a disponer el juez y el mérito de los mismos, de acuerdo con los hallazgos hechos en la etapa de instrucción.

Así nos permitimos observar como en los incisos 1 y 2 del artículo 579 del C.P.M. proceso especial, el juez penal militar es la autoridad a la que le corresponde adelantar las etapas de investigación, acusación y juzgamiento, lo cual no solo pone en riesgo su imparcialidad al momento proferir cualquier decisión, sino que además al no realizarse ninguna referencia a la manera como ha de concluirse la investigación y calificarse el mérito del sumario, se amenaza el derecho de controversia que le asiste al investigado, y que garantiza la legalidad y legitimidad del proceso.

Es así, como tampoco se señalan los recursos que proceden, pues en esta materia la norma se limita a afirmar que una vez

perfeccionada la investigación, el juez de primera instancia por auto de sustanciación, declarará la iniciación del juicio. De esta manera, no existe referencia a un acto o situación procesal concreta que diferencie las etapas de investigación, acusación y juzgamiento y que se concrete en una providencia calificatoria que permitiría el conocimiento de los cargos y la intervención del sindicado y su apoderado para, por ejemplo, pedir la práctica de pruebas conducentes a demostrar su inocencia. Por otra parte, el artículo 579 de la Ley 522 de 1999 tampoco alude a la posibilidad de presentar recursos contra el auto del juez que durante el juicio niega la práctica de algunas pruebas, circunstancia que resulta fundamental para que el sindicado pueda gozar efectivamente de su derecho de defensa y presentar los elementos de hecho que obran en su favor¹⁴.

Razones por las cuales la Corte Constitucional declara la inexecutable del procedimiento especial y manifiesta que hasta tanto el legislador no adopte un procedimiento especial compatible con la Constitución Nacional, los procesos se tramitaran de acuerdo al procedimiento penal militar ordinario.

Alternativa que no constituye en la practica una solución viable para el tratamiento del delito de desertión, el cual por su propia naturaleza, consistente en no requerir mayores medios probatorios para poder determinar la responsabilidad o no del procesado, y al grado de incidencia que se presenta en su comisión, no solo permite sino que exige un tratamiento procedimental abreviado que se encuentre acorde con el Debido Proceso, que permita el descongestionamiento de la Justicia Penal Militar y que sea proporcional a las

¹⁴ Corte Constitucional, Op.cit., p.45.

características que le asisten como son el corto periodo de prescripción de la acción, la naturaleza de la pena, y la levedad del daño ocasionado con esta conducta al bien jurídico tutelado por el legislador.

Es por esto que a pesar de que la Justicia Penal Militar no forma parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial¹⁵ ella administra justicia respecto de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio; debe aceptarse que todas aquellas garantías y principios que conforman la noción de debido proceso, resultan igualmente aplicables en esta jurisdicción especial.

Máxime cuando consideramos que el Estado, en ejercicio del *ius puniendi*, se encuentra en una desproporcionada ventaja frente al investigado, y que por ende, y en consonancia con la función primordial del Estado Social de Derecho, la cual se encuentra orientada a crear condiciones de igualdad, justicia y libertad que el hombre no puede alcanzar con esfuerzos individuales, debe procurar y garantizar que administración de justicia se encuentre rodeada de las máximas garantías procesales, de la perfecta sucesión de principios que nos permitan determinar si se ha obrado o no correctamente en la confección de un proceso, en otras palabras se debe propender porque la administración de justicia se encuentre en perfecta consonancia con el precepto constitucional de el Debido Proceso.

¹⁵ Corte Constitucional C-37 de 1996 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo. Esta sentencia especifica que hay órganos o funcionarios que por expresa disposición de la Constitución Nacional administran justicia, como ocurre en el caso de la Jurisdicción Penal Militar (establecida en el art. 116 y 221 C.N.), sin que por esto pertenezcan a la rama judicial del poder público al no estar señalado expresamente en el Título VIII de la C.N.

Esto, sin desconocer que el debido proceso penal no consiste exclusivamente en la forma como ha de desarrollarse el rito, es decir, el señalamiento de etapas preclusivas, indicar los funcionarios competentes para adelantarlas, y los términos en los cuales deben ser cumplidas; sino también en acatar las garantías constitucionales y legales en todas y cada una de las fases y en los actos procesales. Así que se limita, con este contenido, la potestad punitiva del Estado, ya que solo hay debido proceso si se respetan valores superiores como la libertad, la justicia, la dignidad humana, la igualdad y la seguridad jurídica, y derechos fundamentales como la legalidad, la controversia, la defensa, la celeridad y la publicidad.

Así podemos observar, como en dicha regulación se presenta la violación a principios constitucionales, tanto en términos de Igualdad, como en términos del derecho a la Defensa.

Podemos afirmar en cuanto a lo primero, que si bien la naturaleza de las conductas delictivas que han de someterse a dicho Procedimiento Especial guardan relación con actividades encaminadas a garantizar la buena prestación del servicio, como ocurre en el caso de los delitos contra el servicio (abandono del comando y del puesto, abandono del servicio, el delito del centinela, la libertad indebida de prisioneros de guerra, la omisión en el abastecimiento, *la deserción*) y de los delitos de la fuga de presos y el uso indebido de uniformes e insignias de la fuerza pública; y la rectitud del comportamiento que se predica de los servidores públicos al servicio de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional como sucede con los delitos de la emisión ilegal de un cheque o el daño en bien ajeno, delitos frente a los cuales es imperativa la resolución

pronta de la situación jurídica de los implicados dada la necesidad de el orden, la disciplina y la integridad propios de la labor de la fuerza pública. Sin embargo, la mayoría de los delitos que se encontraban regulados procesalmente por este Procedimiento Especial, son sancionados con penas de arresto, que alcanzan hasta 18 meses, o prisión de hasta 5 años, que se imponen como resultado de la comisión de hechos punibles complejos como es el caso de los delitos de estafa o de lesiones personales dolosas frente a los cuales los términos procesales señalados en el artículo 579 resultan excesivamente breves a la luz de las necesidades de garantizar un proceso justo, de evitar la impunidad, de determinar la verdad de lo ocurrido y de salvaguardar el derecho de las víctimas a hacerse parte en el proceso.

3. ANALISIS DEL DELITO DE DESERCIÓN

3.1. Evolución histórica del delito de deserción en la ley penal militar.

La configuración típica de este delito de disciplina militar, ha tenido entre nosotros algunas modificaciones y ajustes en su contenido y alcance a través de la historia legislativa, que también conviene observar con el fin de determinar en su estructura actual sus elementos esenciales.

Así, el delito de deserción, se tipificó por primera vez, de manera sistemática valga precisar en el primer Código de Justicia Penal Militar expedido mediante la Ley 84 del 23 de junio de 1931, que constituyó en verdad el primer antecedente legislativo de un ordenamiento de esta especialidad, en el cual no solamente se estableció la organización de la justicia militar, las entidades que la ejercen, el trámite procesal, los procedimientos en los juicios militares, sino también la descripción de los delitos militares, destinando específicamente el título VI dentro de los delitos contra el servicio, en su capítulo III, al de deserción, que aparte de comprender nueve diversas hipótesis de conducta que daban lugar a la sanción prevista de reclusión militar, determinaba como sujeto activo a “los militares”.

Atendiendo a que el mismo carecía de “las necesarias garantías procesales” además de calificarse de “defectuoso

y antitécnico”, hubo de ser reemplazado por el código expedido a través del Decreto 2180 del 12 de septiembre de 1944, comprendiéndose en el artículo 217 y dentro de los atentados contra el servicio, el delito de deserción, con el siguiente texto: “El soldado que abandone el servicio por más de diez días, o que dentro del mismo término no se presente al superior respectivo, vencida la licencia que se le ha otorgado, incurre en recargo en el tiempo de servicio de un mes a dos años”, punible que mantuvo idéntica descripción típica en el posterior código adoptado a través de la Ley 3ª del 19 de febrero de 1945.

En esta particular materia y bajo los mismos reparos que sustentaron la modificación de la Ley 84, agregándose ahora el hecho de no consultar “los intereses y previsiones de la justicia penal militar”, se expidió un nuevo código el 31 de marzo de 1950, mediante el Decreto 1125. En este ordenamiento, eran sujetos agentes del delito de deserción el “personal de soldados o marinería” que desarrollaran algunas de las diversas conductas señaladas, debiendo por ser de importancia recordar el contenido del artículo 170, en el que se estableció una excluyente de responsabilidad, así:

“Además de los casos generales en que de acuerdo con este código no hay responsabilidad por los delitos, no son responsables del delito de deserción:

1. Los que no hayan recibido instrucción sobre las leyes penales militares en cuanto a deserción se refiere;
2. Los menores de dieciséis años;

3. Los que sobrepasaren el límite máximo de edad para tener obligación de servir en las Fuerzas Militares”.

Bajo la misma crítica que motivó las precedentes reformas, ahora fortalecida por la necesidad de establecer el tribunal superior militar, en búsqueda de “unificación de las doctrinas sobre justicia castrense”, además de imponerse una modificación del capítulo atinente al delito de desertión “por ser antitécnicas las disposiciones consagradas”, mediante el Decreto 2900 del 3 de noviembre de 1953, se dictaron nuevos preceptos en relación con el referido punible, en el que del mismo modo estarían incursos “el personal de soldados o marinería”, suprimiéndose o fusionándose algunos de los supuestos que lo tipificaban y previendo de nuevo una eximente, reproducida posteriormente en el Decreto 250 de 1958, como se verá, al señalar en el artículo 74: “además de los casos generales en que de acuerdo con el Código de Justicia Penal Militar no hay responsabilidad penal, no son responsables de desertión los reos ilegalmente incorporados al servicio de las Fuerzas Armadas”.

Ya en el referido Decreto 250 del 11 de julio de 1958, adoptado como legislación permanente por la Ley 141 del 16 de diciembre de 1961, la conducta típica de desertión se contempló en el artículo 158, así: “comete delito de desertión e incurre en arresto de seis meses a dos años el personal que durante el tiempo que preste el servicio militar obligatorio realice algunos de los siguientes hechos:

1. Se ausente sin permiso por más de cinco días consecutivos del lugar donde preste su servicio;

2. No se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, permiso o vacaciones, o en que termina una comisión u otro acto del servicio, o en que deba presentarse por traslado;

3. Falle al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se le hubiere advertido;

4. Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en campaña.

PAR.—Los sentenciados a pena de arresto por este delito, una vez cumplida, continuarán prestando el servicio por el tiempo que les falte hasta completarlo”.

Previendo además en el artículo 162, como se anotó, una eximente similar a la destacada, acorde con la cual “No son responsables de deserción los que hayan sido incorporados ilegalmente”.

A su turno, en el Código Penal Militar que lo reemplazó, esto es, el contenido en el Decreto 2550 de 1988, cuyo texto es básicamente el mismo adoptado en la Ley 522 de 1999 constitutiva del estatuto recientemente entrado a regir, la descripción de este delito en su artículo 128, es del siguiente tenor:

“Incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al servicio militar realice algunos de los siguientes hechos:

1. Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio.

2. No se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, permiso de vacaciones o en que termina una comisión u otro acto de servicio, o en que deba presentarse por traslado.

3. Falte al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se hubiere advertido.

4. Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en campaña.

El prisionero de guerra que recobre la libertad, hallándose en el territorio nacional y no se presente en el término previsto en los numerales anteriores, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

En la misma pena incurrirá quien recobre su libertad en territorio extranjero y no regrese a la patria o no se presente ante cualquier autoridad consular en el término de treinta (30) días.

Los condenados por este delito, una vez cumplida la pena de arresto, continuarán prestando el servicio militar por el tiempo que les falte”.

3.2. Elementos típicos del delito de deserción previsto por el artículo 128 de la Ley 522 de 1999.

Dada su naturaleza y características, conforme se desprende de su configuración típica, el punible de deserción se ha clasificado como uno de los atentados o infracciones contra el deber de presencia, esto es, que se reprocha el abandono de quien se encuentra incorporado a las Fuerzas Militares prestando el servicio, ejerciendo como criterios reguladores dos factores objetivos temporo espaciales, que están precisamente referidos a la ausencia durante algunos períodos o distancia, que coadyuvan a determinar, además del momento consumativo de la infracción, algunas de las hipótesis de la conducta pues en unos casos es la evasión sin autorización del lugar de prestación del servicio, en otros el no regreso al mismo después de licencia o permiso, o de haber recobrado la libertad dentro del territorio nacional o en el extranjero, o el traspaso de los límites del campamento.

Éste es un delito en el que por antonomasia incurre el soldado que se encuentre incorporado en la fuerza pública, que conforme lo dispuesto por el artículo 8º del Decreto 2048 del 11 de octubre de 1993, reglamentario de la Ley 48 del mismo año, está constituida por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, o en la Policía Nacional (D. 2853, dic. 20/91), o en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (D. 537, mar. 8/94), prestando el servicio militar obligatorio, conforme la constante histórica de su regulación típica lo evidencia, existiendo algunos períodos en los cuales esta cualificación del sujeto activo ha sido más detallada y expresa.

Se trata de un punible de acción, que se estructura como un tipo acumulativo, en el entendido de que agrupa diversos comportamientos, cada uno independencia típica, que como ya se advirtió básicamente se contraen al incumplimiento de las obligaciones de presencia continua al frente del servicio, en tanto las mismas configuran un deber jurídico que es exigible a partir de la incorporación a las filas y la consiguiente adquisición de la investidura militar y la condición castrense.

El bien jurídico protegido es el servicio, cuya continuidad es inherente a la misión del militar, pues entraña la misma eficacia de las Fuerzas Armadas, aun cuando se trata de un delito de peligro abstracto el cual se presume por la propia ley.

3.3. De la incorporación a las filas y sus exenciones y aplazamientos.

Ha impuesto la ley al servicio de reclutamiento y movilización la planeación, organización, dirección y control del sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como la ejecución de los planes de movilización del personal con fines de defensa nacional, asignándosele como funciones específicas, entre otras, la de definir la situación militar de los varones colombianos, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad.

Para estos efectos, se ha previsto un acto complejo integrado por un proceso de inscripción (formulario RM3) que es de obligatorio diligenciamiento por parte de los hombres mayores de edad con miras a definir su situación militar, sin perjuicio de que las autoridades se vean precisadas a instar su realización; un examen de aptitud sicofísica practicado por oficiales de sanidad y un sorteo que se efectúa entre los conscriptos aptos,

citándose a los elegidos para efectos de su concentración e incorporación.

La incorporación como soldado, sin embargo, solamente es predicable, una vez que se da de alta al conscripto mediante la orden del día u orden administrativa de la unidad o contingente, comenzando la respectiva prestación del servicio militar y la instrucción correspondiente.

En materia de exenciones para la prestación del servicio militar, los artículos 27 y 28 de la Ley 48 de 1993, han previsto dos categorías (por los mismos motivos previstos en la L. 1ª/45, arts. 20 y 21), la primera de ellas predicable en todo tiempo, en relación con los limitados físicos y sensoriales permanentes y los indígenas que residan en su territorio, en relación con los cuales no es dable el cobro de la cuota de compensación y los exentos en tiempo de paz, con obligación de inscribirse y pagar la cuota de compensación, entre quienes se encuentran los clérigos y religiosos, los condenados a quienes se haya sancionado con la pérdida de derechos políticos, en tanto no obtengan su rehabilitación, el hijo único, el huérfano de padre o madre que atienda a sus hermanos con su trabajo, el hijo de padres incapacitados, el hermano o hijo de quien haya adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, los casados que hagan vida conyugal los inhábiles relativos y permanentes, los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la fuerza pública, que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o actos del servicio.

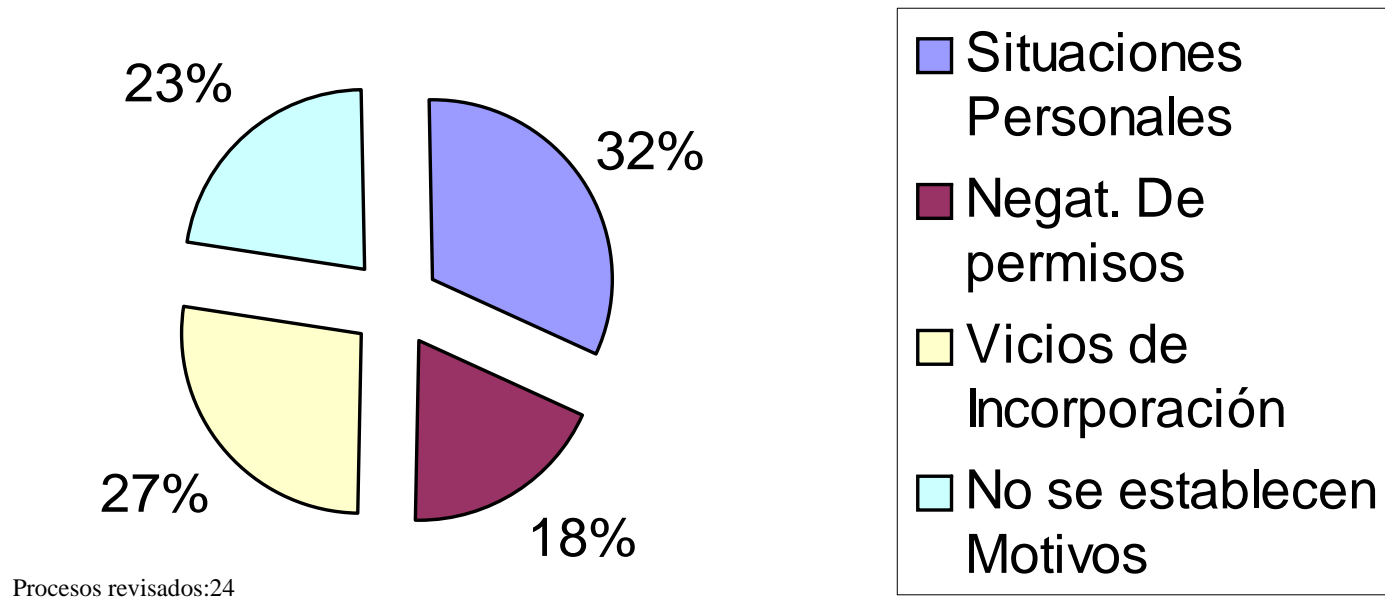
Dada la concurrencia de una exención, es necesario que, previamente a la incorporación del conscripto, el interesado

presente prueba sumaria de la causal que alega, de no poderse acreditar la inhabilidad o la causal de exención será aplazado por un año, al término del cual se efectuará su clasificación e incorporación.

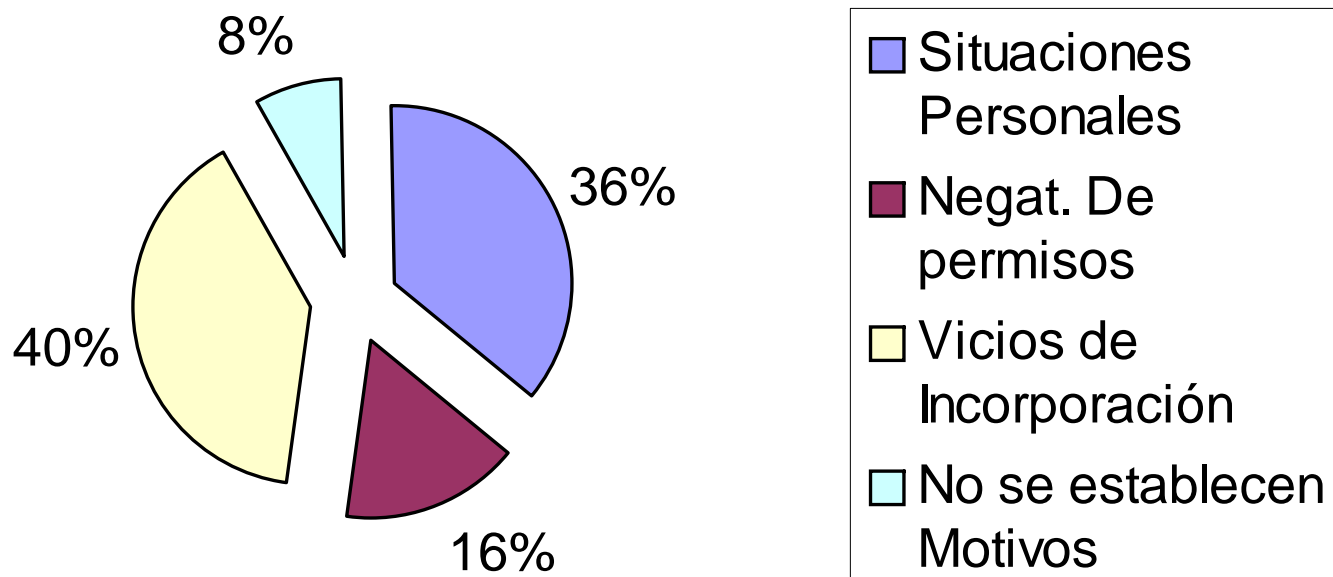
Una vez producida la incorporación del conscripto al servicio, previo el cumplimiento de los anteriores requisitos, a través de dicho acto se entiende para todos los efectos legales discernida la calidad de militar, que produce todos los efectos que le son inherentes, tanto desde el punto de vista de los derechos, prerrogativas y estímulos que esta condición otorga, como también, en cuanto al sometimiento a la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y jurisdicción especiales que le son propios y que se han establecido para el cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de la independencia nacional y las instituciones públicas.

4. ESTADÍSTICAS

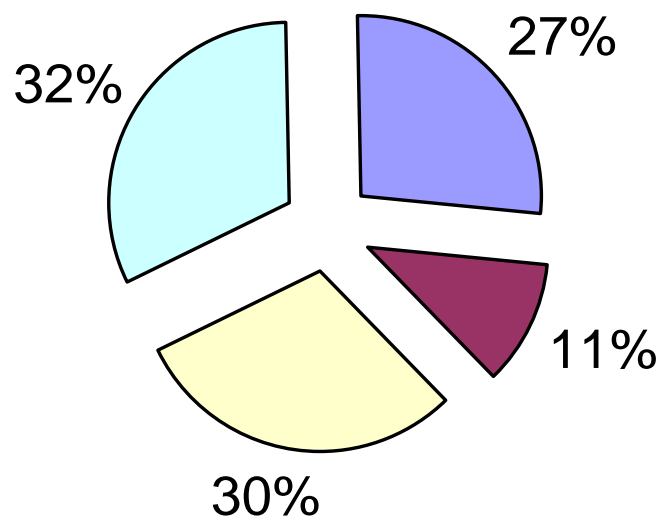
Causas del delito de deserción en el año 2000



Causas del delito de deserción en el año 2001



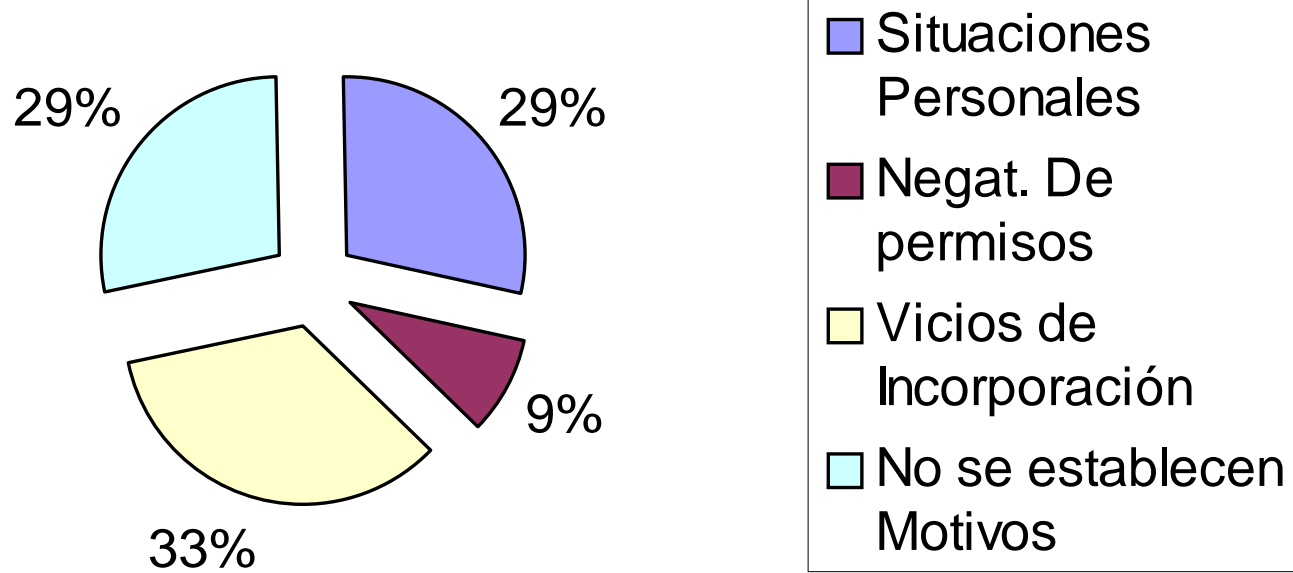
Causas del delito de deserción en el año 2002



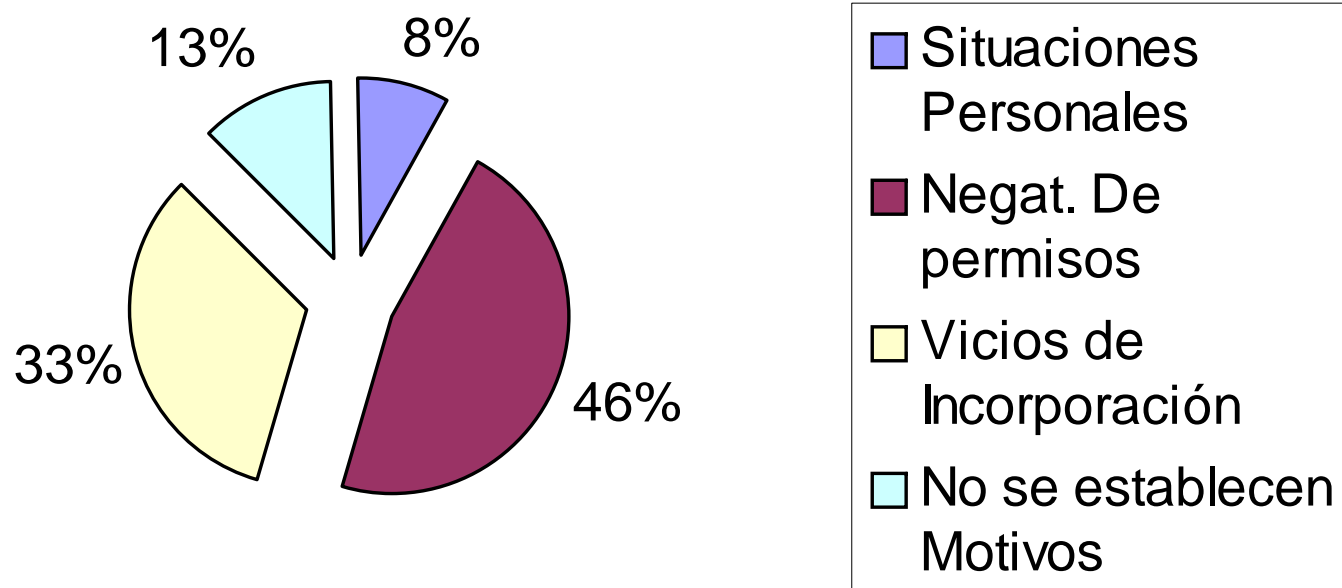
- Situaciones Personales
- Negat. De permisos
- Vicios de Incorporación
- No se establecen Motivos

Procesos revisados:28

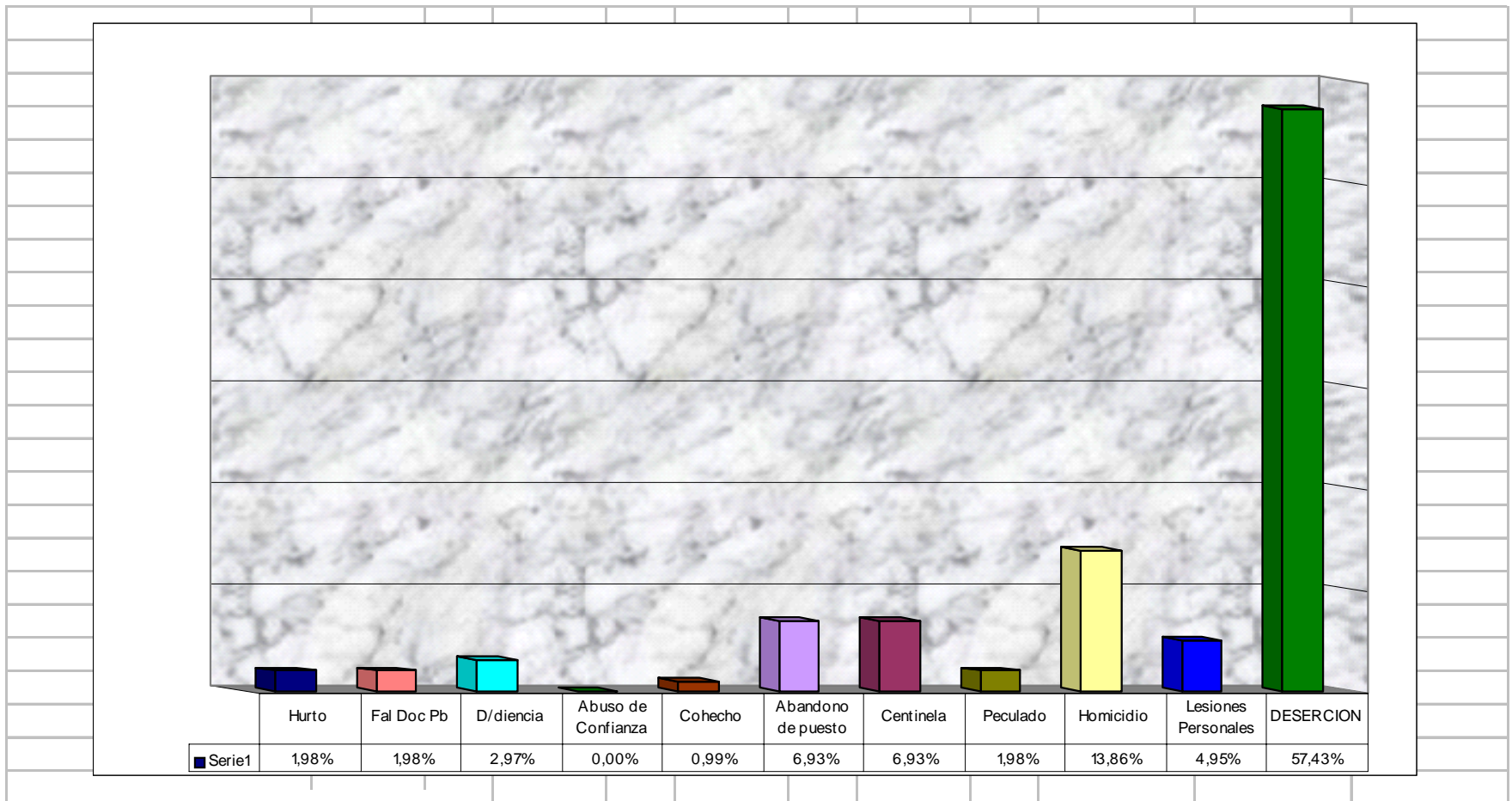
Causas del delito de deserción en el año 2003



Causas del delito de deserción en el año 2004

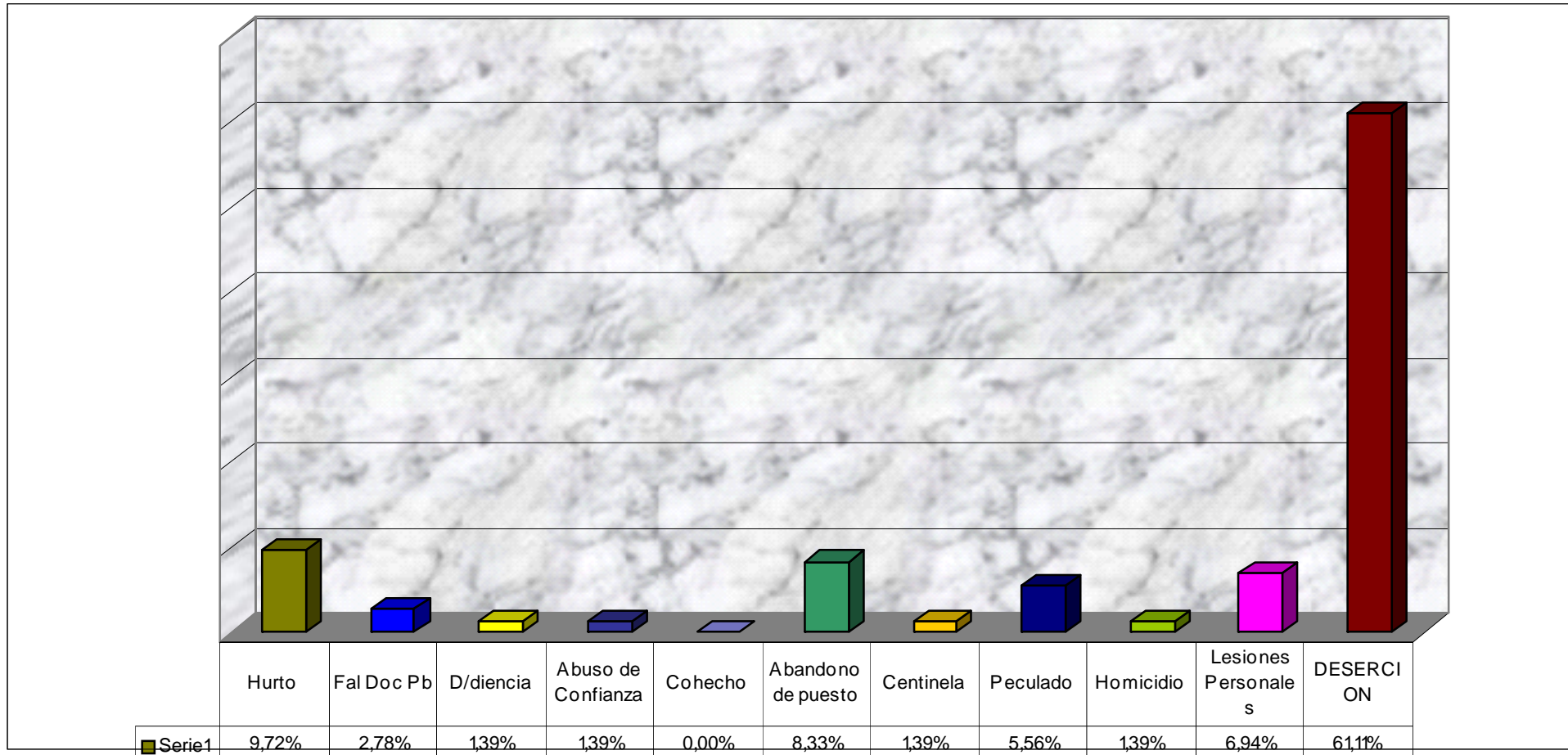


Porcentaje de delitos en la Justicia Penal Militar 2000

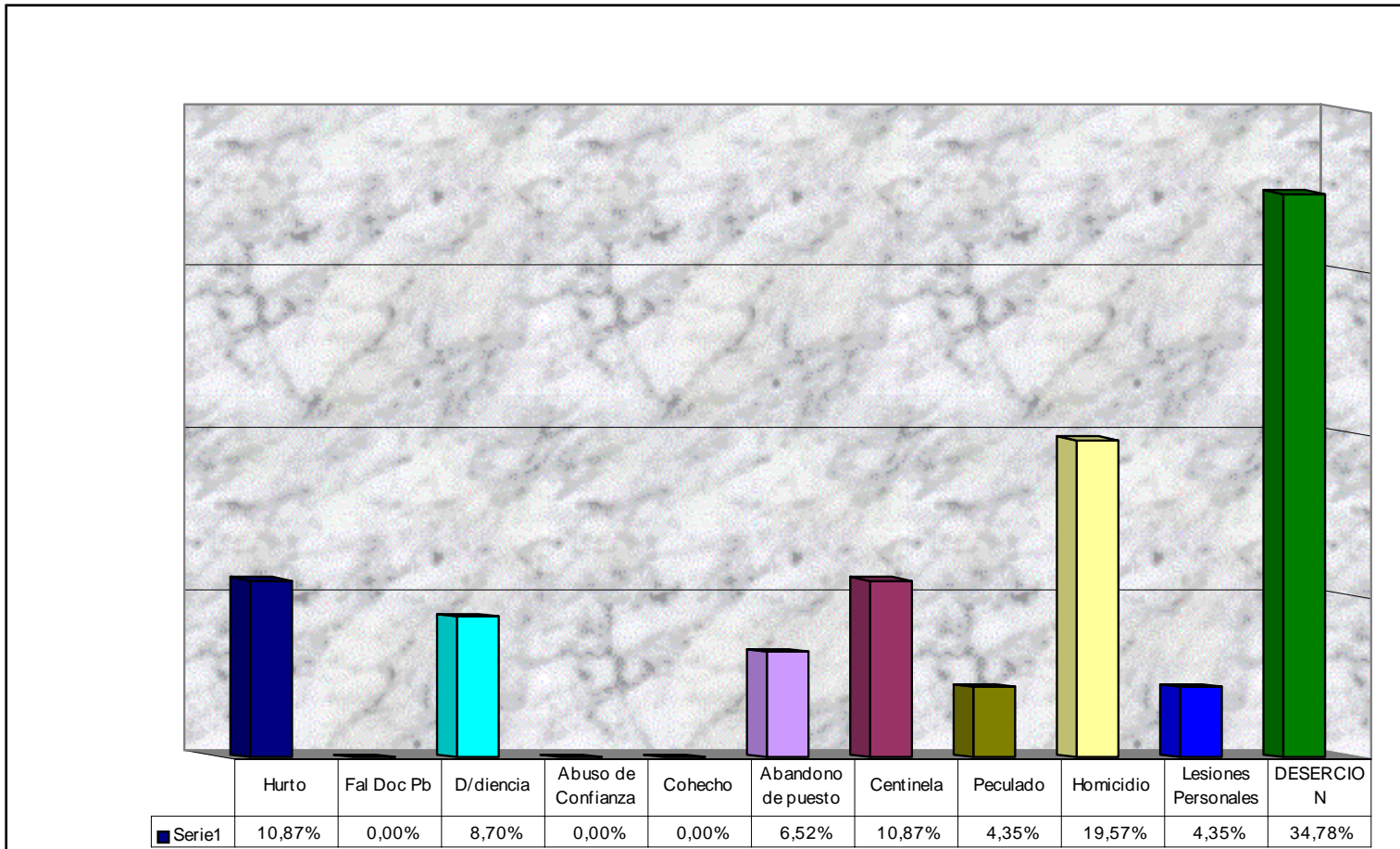


Procesos revisados:50

Porcentaje de delitos en la Justicia Penal Militar 2001

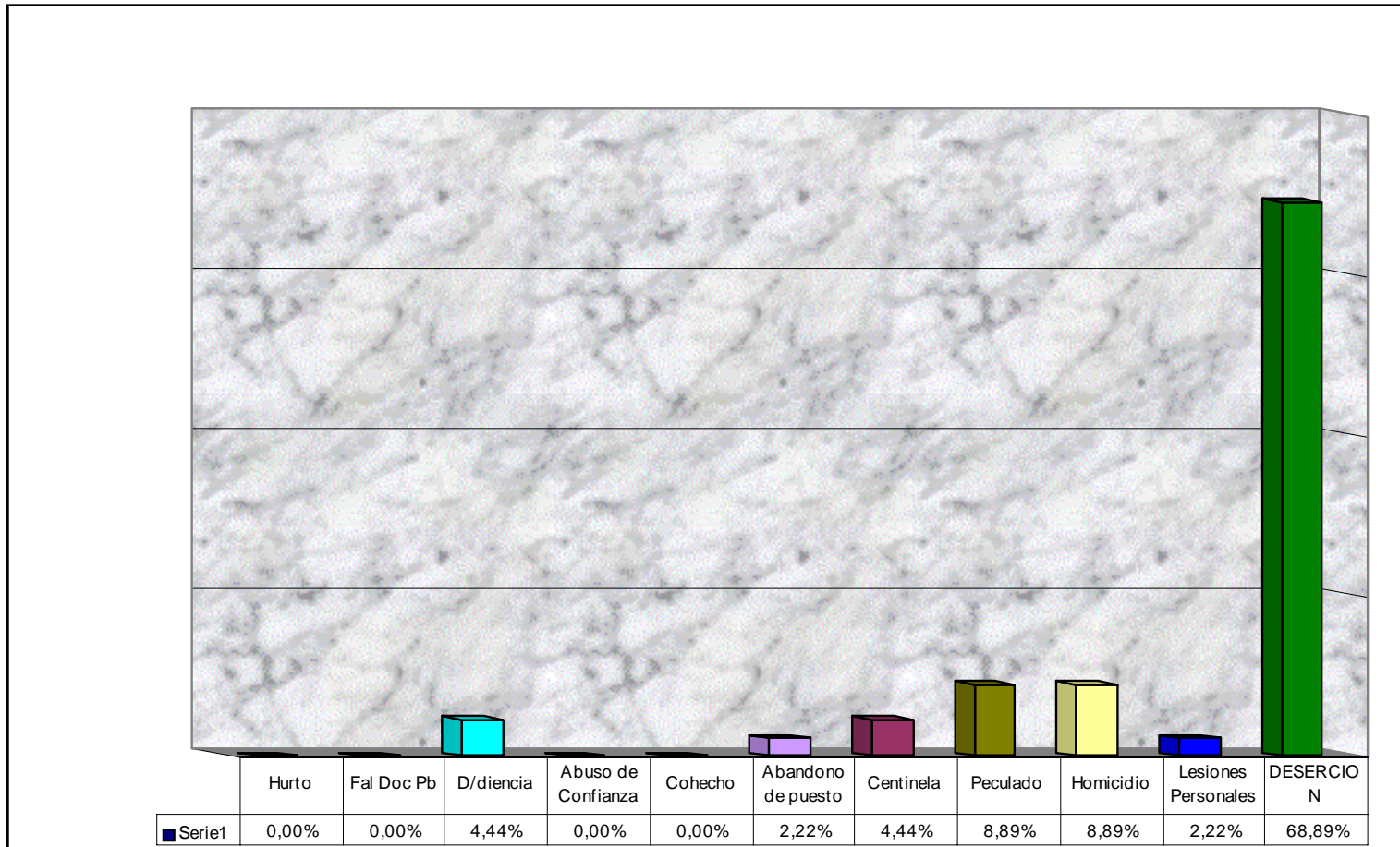


Porcentaje de delitos en la Justicia Penal Militar 2002



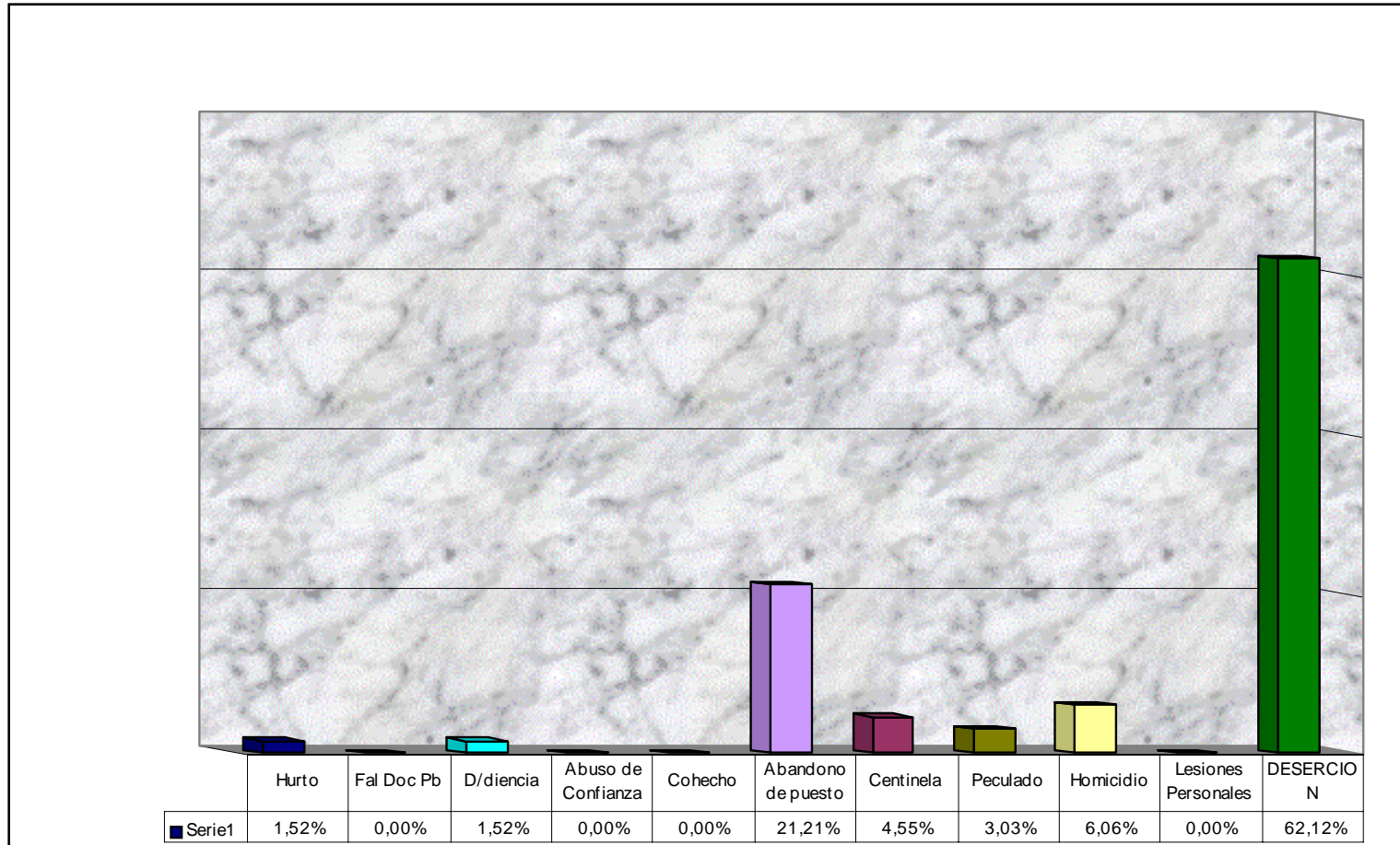
Procesos revisados:46

Porcentaje de delitos en la Justicia Penal Militar 2003



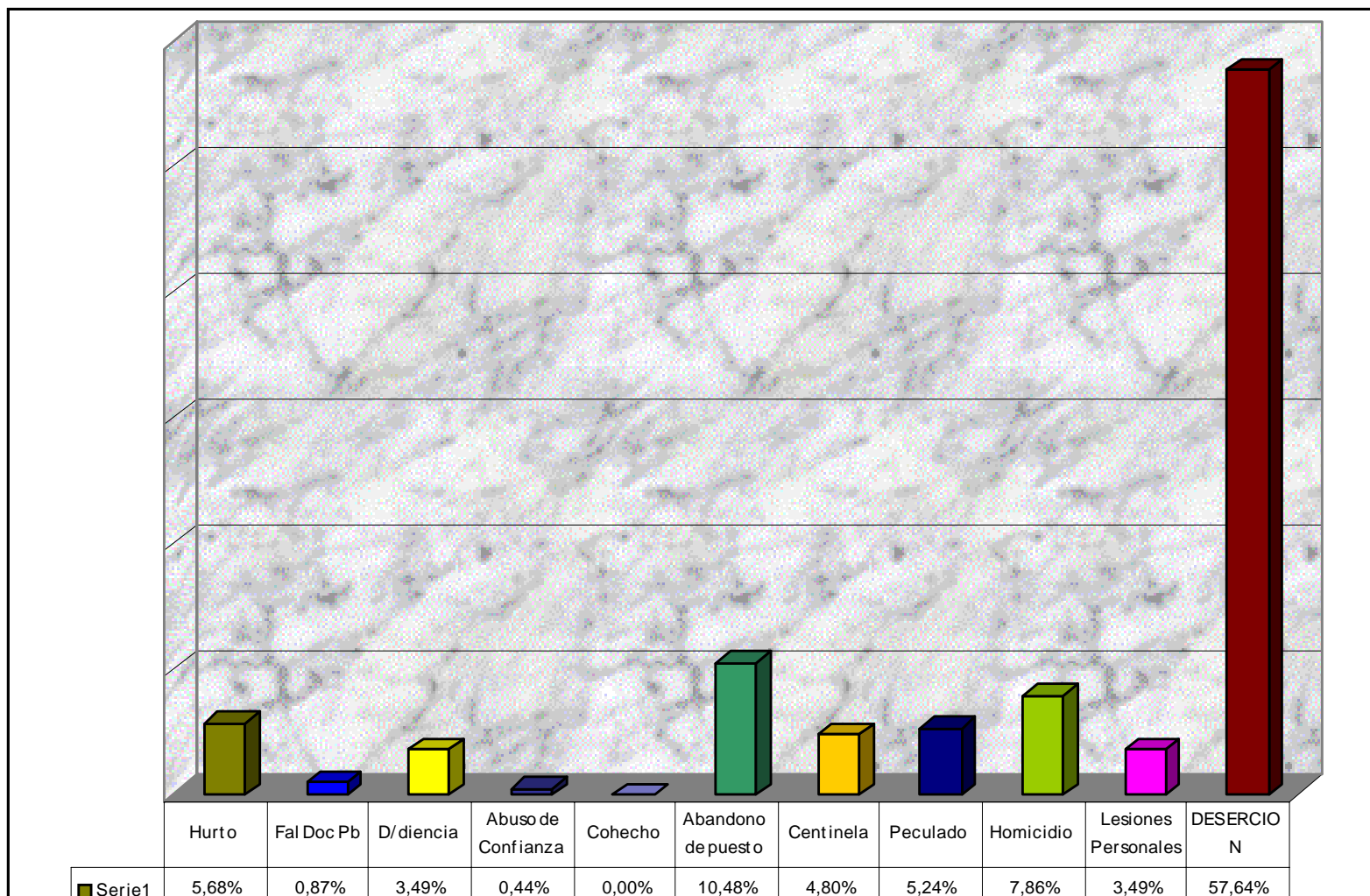
Procesos revisados:45

Porcentaje de delitos en la Justicia Penal Militar 2004



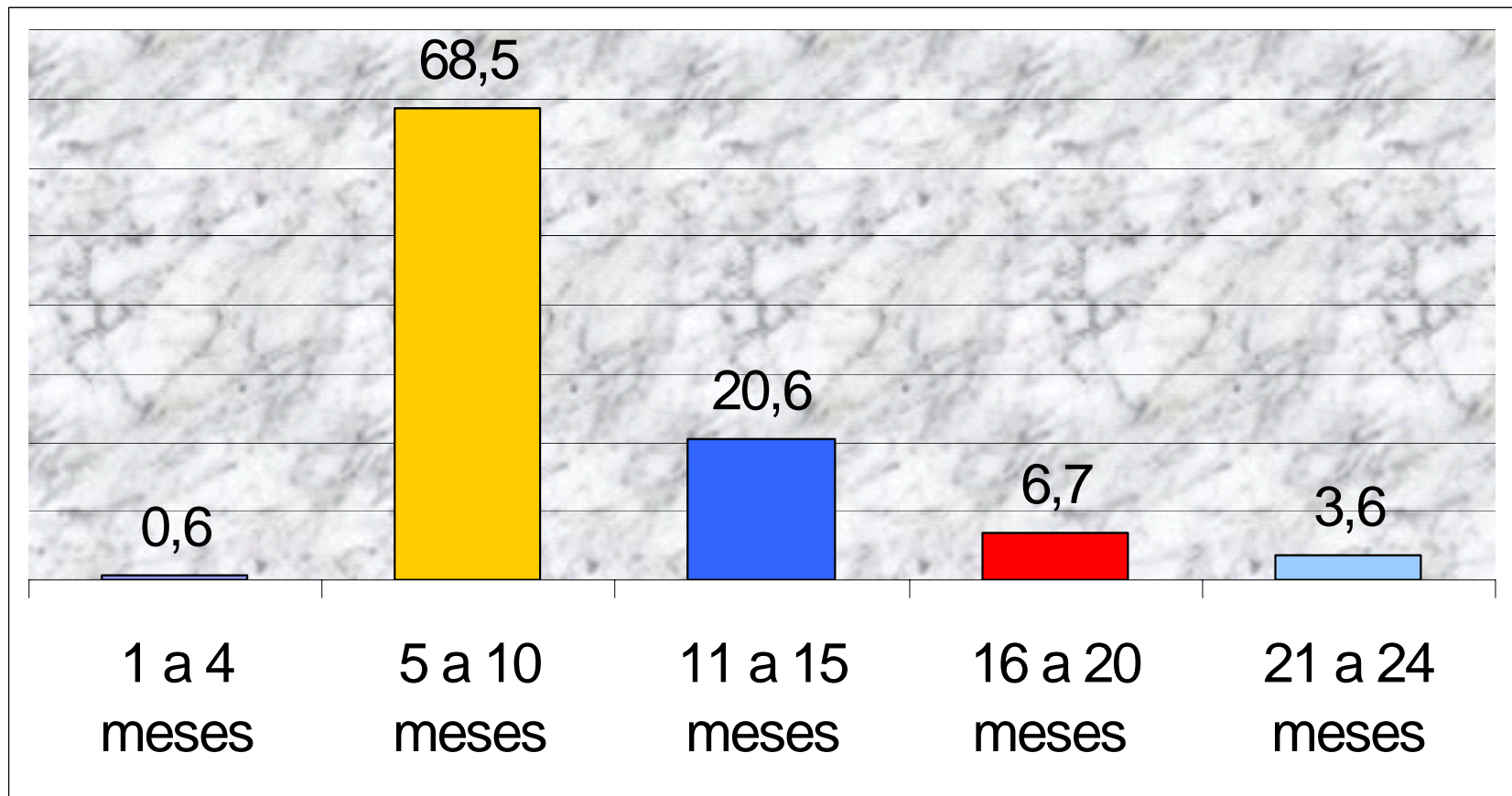
Procesos revisados:66

Porcentaje de delitos en la Justicia Penal Militar 2000 a 2004



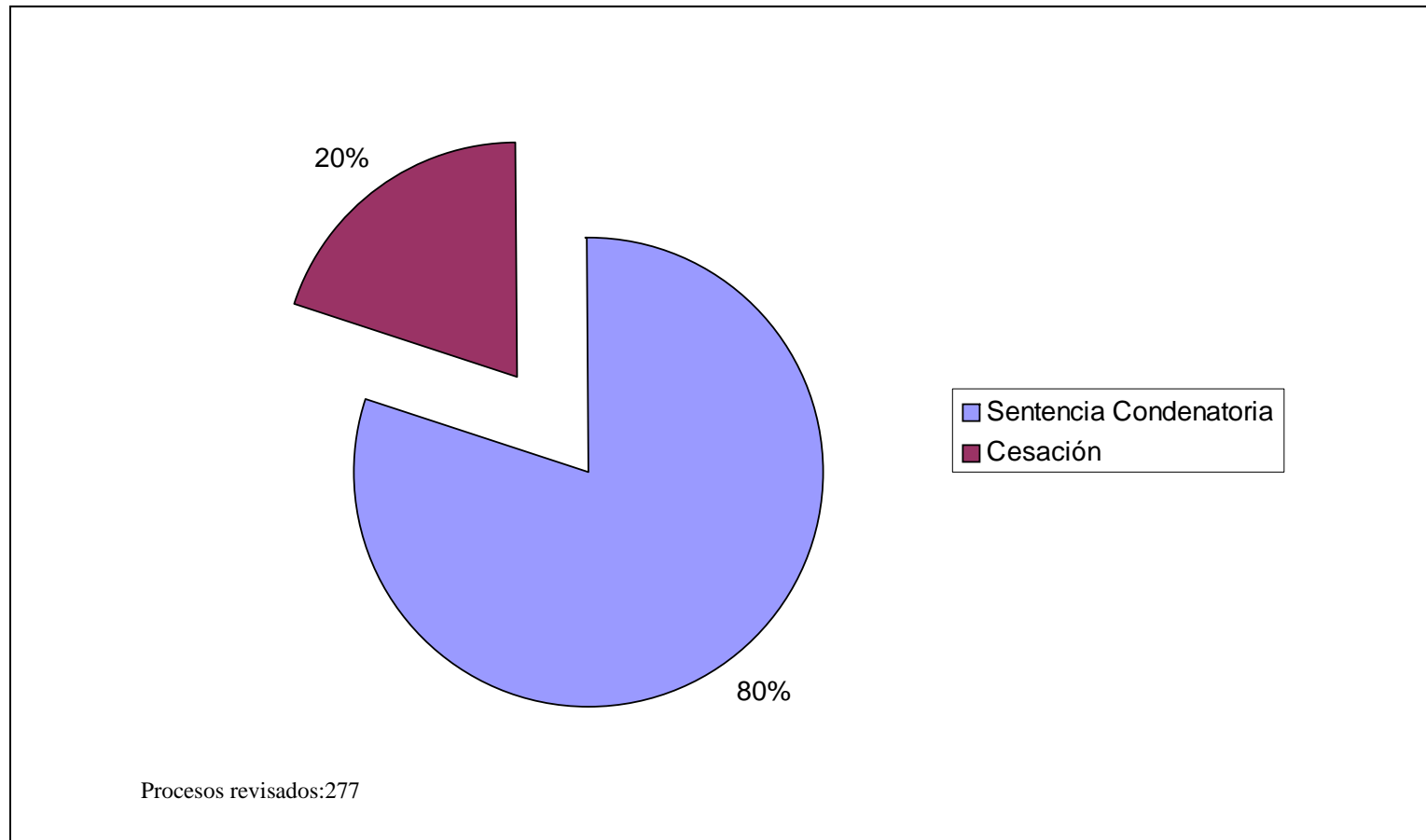
Procesos revisados:277

Duración de los procesos de Deserción



Procesos revisados:277

Formas de terminación de los procesos de Deserción



5. ANÁLISIS TRABAJO DE CAMPO

El trabajo de campo realizado en esta investigación nos arrojan resultados estadístico, sobre el delito de la deserción, estadísticas que obedecen a una recopilación de los datos de los procesos seguidos por este delito en los Juzgados 32 y 33 de la Justicia Penal Militar del Batallón de infantería No.14 Antonio Ricaurte, procesos seguidos a los soldados regulares de la distintas guarniciones de la Quinta Brigada.

A continuación se examinarán los diferentes ítems de las estadísticas con sus respectivas repercusiones para la toma de una decisión con respecto a la propuesta de esta investigación.

5.1. MOTIVOS O CAUSAS QUE GENERAN LA DESERCIÓN

Podemos observar esta conducta desde el punto de vista de los motivos o causas que la generan, según los cuadros estadísticos sobre las causas de este delito, un gran porcentaje es generado por los vicios de incorporación, esto es, soldados que ingresan a prestar el servicio militar con incapacidades de tipo física o mentales y en su gran mayoría por que antes de su incorporación ya eran padres de familia, es decir, tenían bajo su responsabilidad un menor de edad, que en algún momento de su servicio militar los obligó a desertar, ya sea por enfermedades de su hijo, o por problemas económicos. Solo en el año 2001 alcanzó el 40%, y en los demás años alrededor del 30%. Estas cifras nos envían una

clara señal, los controles ejercidos por las fuerzas militares son pocos, en cuanto medios para reconocer a las personas aptas para prestar el servicio militar; es decir, la descongestión de la Justicia Penal Militar, no esta solo en la creación de un procedimiento especial para el delito de la Deserción, si no también esta en hacer más efectivos los controles utilizados en el reclutamiento de los miembros de las Fuerzas Militares, controles que hoy por hoy son muy débiles y no muestran una eficacia real; aunque cuando ya no se pueden evitar casos como estos es necesario contar con un procedimiento que ofrezca resultados más rápidos; ya que estos motivos en muchas ocasiones cuando se prueban, tienen como resultado la cesación del proceso penal.

5.2. SITUACIONES PERSONALES

Las situaciones personales, que se catalogan aquí los soldados que aludieron como motivos de su deserción, responsabilidad con sus padres en la parte económica, y debían hacerse cargo de su manutención económica, o cuando acaecían de alguna enfermedad física después de su incorporación, aunque en muchos de los casos se corroboraba la información con declaraciones de sus familiares, y se encontraba que estos no eran propiamente los motivos que impulsaron la deserción. Este motivo a grandes rasgos podríamos catalogarlo como uno de los posibles deberes, al igual que el anterior item analizado, que se pueden interponer en el cumplimiento de la obligación que tiene la persona para con la patria, es decir, frente al acusado se pusieron dos obligaciones igualmente importantes, por un lado su obligación

para con la Patria y por el otro su deber como padre o como hijo, predominando el segundo, de acuerdo al precepto Constitucional al predominar los derechos de los menores y de la familia sobre cualquier consideración, y en vista del principio de solidaridad que existe entre el hijo y sus padres; claro esto solo en cuanto a la consideración de que se pruebe la posible difícil situación de sus padres, y el acusado se halla visto obligado a intervenir, y halla desertado por estos motivos, situación que no se comprobó en muchos de los casos.

5.3. NEGATIVA DE PERMISOS

En este caso nos referimos a los soldados que hicieron mención a las repetidas ocasiones en las que pedían permisos a sus superiores, para ver a su familia, y que siendo negados dichos permisos durante varios meses, decidieron desertar para encontrarse con sus familiares; para este caso cabe decir que no es tan alto el índice, pero que un incremento en el año 2004, nos deja ver gran preocupación, ya que a medida que la situación de orden público se agrava, son menos los permisos que van a ser permitidos para los soldados.

5.4. NO SE ESTABLECEN MOTIVOS

Y por último la cifra que atañe a: “no se establecen motivos”, son los procesos en los cuales, no se pudo ubicar al soldado y no se puede establecer la razón por la cual desertó de las fuerzas militares.

5.5. FORMAS DE TERMINACIÓN

Ya que el 80% de los procesos seguidos por el delito de Deserción, son terminados en sentencia condenatoria con el lleno de los requisitos y aludiendo a causas reales y justificadas, es decir, no predominaban situaciones en las que otros deberes de mayor jerarquía se interpusieran en el cumplimiento de su obligación con la patria; por esta razón se dejó de pensar en la idea de la despenalización de dicho delito ya que antes de comenzar el trabajo de campo de esta investigación, además claro está estimando la importancia de que la Institución castrense se encuentra estructurada jerárquicamente y, tienen como soporte inmodificable e insustituible de la vida militar aspectos como la disciplina, el servicio y el honor, entendidos, como condiciones esenciales de toda fuerza militar que le permiten actuar como garante para la defensa de las instituciones. Nuestra postura frente al delito de deserción era clara, queríamos concluir diciendo que dicho delito debía despenalizarse, y encaminar dicha conducta hacia un procedimiento disciplinario; y con los resultados arrojados por las estadísticas aquí compiladas, nos vimos en la necesidad de encontrar otra solución a la congestión de la Justicia Pena Militar por el delito de deserción, y esta solución fue la de implementar un procedimiento especial para el delito de la Deserción.

5.6. INCIDENCIA DEL DELITO DE DESERCIÓN FRENTE A LOS DEMÁS DELITOS ACOGIDOS EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Si nos remitimos ahora al porcentaje de los delitos en la Justicia Penal Militar, podremos observar la necesidad imperante de establecer un procedimiento especial para el delito de deserción, por su naturaleza y también por su incidencia.

Solo haciendo el análisis estadístico total de los años 2000 a 2004 en cuanto a cantidad observamos que un 57% del total de los delitos son de deserción, un índice , muy grande con respecto a los demás delitos, que ocasiona una congestión a nivel de la Justicia Penal Militar muy grande, que creemos puede ser resuelto implementando un sistema especial para este delito, como había sido planteado en un principio en Código Penal Militar; pero con todas las garantías penales establecidas en el mismo para el resto de los procesos; un procedimiento más corto como se vera en la propuesta, también debido esto, al tiempo que se demoran los procesos llevados por deserción, la gran mayoría de estos, van desde los 9 meses hasta 12 meses, tiempo que se hace muy prolongado si se mira la clase de delito que se trata y que en su 100% fue cometido por soldados regulares, que prestan el servicio militar por menos de dos años.

El anterior procedimiento especial (hoy declarado inexecutable), era el más rápido de los procedimientos contemplados por la Ley Penal Militar y se hallaba establecido para el juzgamiento de los delitos: Abandono del puesto, Abandono del servicio, Deserción y delito del centinela.

Pero la Sentencia 178 de Marzo 12 de 2002, declaro inexecutable los (artículos 578 y 579) que estipulaban esta clase de procedimiento, ya que su demandante consideró que estos vulneraban el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa; situación respaldada por la Corte Constitucional al considerarse violado el derecho a la igualdad para con aquellos que cometen delitos consagrados en la Ley penal común.

Estudiando el procedimiento especial, relacionado con el Abandono del Puesto, Abandono del Servicio y Deserción, el procedimiento especial se hallaba instituido por cuanto dichas infracciones solo requerían para su consumación abandonar los deberes, cargos o misiones militares por un tiempo determinado. Ese evento, si se quería, era demasiado simple y bien podría ser acreditado sin mucho esfuerzo investigativo, porque estos delitos atentan contra el servicio, o sea es el bien jurídico tutelado y otros que pertenecen a esta misma rama de trámite por los bienes jurídicos violados requieren de sanciones rápidas y eficientes, porque en últimas lo que se está protegiendo es la disciplina de las instituciones armadas incluso el estado de derecho que tiende a ser menoscabado o disminuido con la comisión de estos reatos o delitos.

Observando todos los procesos que se seguían por el delito de deserción se vió claramente que este delito debe ser tratado de forma diferente, en esta afirmación influye que la consecución de la prueba se halla al alcance del instructor, además se trata de material probatorio que no exige prueba científica, al igual que se tiene individualizado al sindicado y a los testigos, y por último que de ser necesaria la práctica de

una inspección se llevará a cabo dentro de la misma jurisdicción.

El tiempo era un común denominador y al establecerlo en cada caso concreto iba encaminada la actividad sumarial, lo que se lograba bien por declaración de testigos, por constancias de la oficina de personal de la respectiva unidad o por las anotaciones que figuran en las tarjetas o folios de vida del sindicado militar.

El problema real que surgió con el procedimiento especial fue la no diferenciación de las etapas procesales, no se respetaron los derechos del sindicado, ya que no habían las oportunidades procesales, por cuanto no existía un manejo adecuado; esta es la parte que se quiere mostrar con nuestra propuesta, se necesita crear un proceso mucho más breve por cuanto como ya se ha explicado anteriormente las características de ciertos delitos en el fuero militar y en especial el delito de deserción, muestran particularidades únicas que lo hacen necesario; obviamente la propuesta creada debe respetar las etapas procesales, dándole oportunidad al defensor del sindicado de ejercer una verdadera defensa técnica apropiada, ya que a pesar de las características particulares que se presenta en dicho delito, se debe tener en cuenta que se trata de un delito como cualquier otro, que tiene una pena privativa de la libertad, y esto hace necesario respetar los cánones del Derecho Penal en toda su extensión, cuestión esta que se excluyó del procedimiento penal establecido en la ley 522 de 1999.

6. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA PROCEDIMENTAL

En el presente capítulo nos ocuparemos del análisis y fundamento de la propuesta procedimental acogida en el actual trabajo investigativo, que busca plantear una solución viable ajustada a los parámetros constitucionales y que permita un descongestionamiento eficaz de la Justicia Penal Militar. Igualmente pretendemos señalar el Sistema Procesal acogido por el Código Penal Militar, que encontramos en la ley 522 de 1999, con el fin de reconocer los parámetros ofrecidos por la actual legislación, a los cuales se deberá acoger cualquier reforma que al respecto se proponga, y finalizaremos el capítulo con la exposición de los principios del Debido Proceso en los cuales se sustenta nuestra Reforma Procedimental.

6.1. El Sistema Procesal del Código Penal Militar

Es inusual en nuestros días encontrar sistemas procesales puros, razón por la cual se han implantado híbridos con tendencias hacia uno u otro esquema. En el caso colombiano ha habido tendencia hacia un sistema acusatorio, con mayor énfasis en el actual Código Penal Militar que ha separado las funciones de investigación, acusación y defensa, aunque sigue huérfano de la intervención popular, al eliminarse el jurado de conciencia en los distintos procedimientos.

Nuestra orientación integral ha tendido hacia el modelo acusatorio, pensando que es el que tiene mas ingredientes de imparcialidad y de respeto por los derechos de las partes. La explicación radica en que mientras en otras disciplinas, como el Derecho Civil, la discusión judicial gira alrededor de los hechos que plantean y demuestran las partes, en el Derecho Penal es al Estado a quien corresponde indagar qué pasó, quiénes tienen algún grado de responsabilidad y cuales son las consecuencias de esa participación.

Para ello, habrá que aplicar el método inductivo hasta obtener la verdad y luego el deductivo en procura de aplicar la ley. Nada más imparcial y objetivo, entonces, que encomendar a un funcionario la investigación, y a otro la acusación –si a ello hay lugar- y a otro el juzgamiento. Cuando este objetivo se cumple, se habla de sistema acusatorio “puro”, mientras las demás notas características no se aparten del enfoque¹⁶.

6.2. Rasgos característicos del Sistema Acusatorio

A grosso modo encontramos que los más importantes y relevantes rasgos característicos del Sistema Acusatorio, son, a saber¹⁷:

- ❖ Hace del proceso un evento eminentemente contradictorio en que las partes –acusación y defensa- se enfrentan en igualdad de condiciones, cada uno en busca de alcanzar sus intereses.

¹⁶ PEÑA VELAZQUEZ, p.322. Op. Cit., p. 5.

¹⁷ Ibidem. p. 322.

- ❖ La iniciativa es del particular o de la autoridad que impulse la acción, mas no del juez; las partes aportan las pruebas y el juez decide de la certeza y la existencia del hecho y la responsabilidad del sindicado.
- ❖ El proceso se inicia con la acusación, no con la investigación.
- ❖ Permite una manifestación de la justicia popular, manifiesta en el jurado de conciencia.
- ❖ Predomina la oralidad y el juzgamiento público.
- ❖ Le asisten los principios de contradicción; naturaleza privada de la acción penal; imparcialidad del juez; la publicidad del proceso; la práctica de pruebas como garantía ciudadana y mecanismo de control de la decisión; el respeto por la dignidad humana; la titularidad de la acusación en persona distinta de quien falla; la valoración de las pruebas –que deben ser evacuadas en presencia del tribunal-, sin sujeción a tarifa probatoria.
- ❖ De la acción penal no puede disponer el denunciante, así abandone la acusación.
- ❖ Las funciones de investigación, acusación y juzgamiento están claramente separadas.

6.3. Rasgos del Procedimiento Especial declarado inexecutable en sentencia C-178-2002

No podemos pasar por alto que en el Código Penal Militar expedido en el año 1999 y que aun se encuentra vigente, se presentaron algunas variantes, que estaban en evidente contraposición al objetivo de la Justicia Militar, consistente en acogerse, aún mas que la Justicia Ordinaria, a la “pureza” del Sistema Acusatorio. Tales variantes se encontraban precisamente en el Procedimiento Especial al cual se sujetaba el delito de la deserción; el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-178 del año 2002, por encontrarse en flagrante violación al Debido Proceso.

Al procedimiento en cuestión le asistían los siguientes rasgos característicos:

- ❖ La investigación era breve y sumaria, debiendo adelantarse en un tiempo no superior a quince días.
- ❖ Se escuchaba al acusado en indagatoria y se le resolvía la situación jurídica en dos días o se le declaraba persona ausente en el mismo termino y se le designaba defensor de oficio.
- ❖ Perfeccionada la investigación, el juez del conocimiento declaraba la iniciación del juicio, mediante auto de sustanciación y corría traslado a los sujetos procesales por dos días para que solicitaran las pruebas que estimaran procedentes.

- ❖ Al juez de instancia le asistía el derecho de decretar pruebas, de oficio o a solicitud de interviniente.
- ❖ El plazo para la practica de pruebas era de cinco días.
- ❖ Vencida la etapa probatoria, se daba traslado al Ministerio Público y al defensor por cinco días a cada uno, para concepto y alegato de fondo, respectivamente, después de los cual se impartía el fallo dentro de los cinco días siguientes.

6.4. Análisis y fundamento de la propuesta procedimental.

Debemos recordar que por mandato constitucional se atribuyó a la Fiscalía General de la Nación la potestad para adelantar la acción penal, realizar la investigación y acusación de todos los delitos, siendo de competencia exclusiva del juez el juzgamiento, lo cual asegura la independencia de este, consagrándose en el mismo artículo 250 de nuestra Constitución Nacional como excepción a este precepto el tratamiento procedimental de algunos delitos, entre ellos los delitos cometidos por la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, es decir, los delitos concernientes a la justicia penal militar.

Ante lo cual y estipulado de igual forma en nuestra Carta Política, se señalará de manera autónoma los delitos juzgados por la Jurisdicción Penal Militar, las autoridades competentes para investigarlos, juzgarlos y acusarlos, así como el procedimiento aplicable en cada evento.

Esta autonomía seguida por el legislador en la disposición del Código Penal Militar, en cuyo artículo 260 se estipula que será función de los Fiscales Penales Militares la de calificar y acusar en el proceso Penal Militar, y que ejercerán sus funciones ante el Tribunal Superior Militar y los Juzgados de conocimiento de manera ordinaria y permanente en cada una de las instancias de conformidad con lo previsto en este Código. Así como la determinación en el Artículo 263, de los funcionarios de Instrucción Penal Militar y en el Artículo 264 de sus respectivas funciones las cuales consisten en tener la competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la justicia penal militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho.

Lo cual esboza una considerable oposición con el procedimiento consagrado en la jurisdicción ordinaria, en la cual como ya se ha manifestado, corresponde exclusivamente a la Fiscalía la investigación y acusación de todos los delitos, y concediéndosele únicamente al juez la función de juzgar, y de velar en cualquier etapa procesal por la observancia rigurosa de los Principios del Debido Proceso.

Sin embargo y conforme a lo manifestado por la Corte Constitucional, esto no constituye una violación ni al debido proceso, ni al derecho a la igualdad en el procedimiento penal, pues no corresponde a la Fiscalía General de la Nación investigar y acusar a los miembros de la fuerza pública que en relación con sus funciones hayan cometido delitos encontrándose en servicio activo, sino a la Justicia Penal Militar, inspirándose así, esta jurisdicción especial, en el criterio de la especialidad, el cual consiste en que debido a lo particular de la funciones desarrolladas por las fuerzas

militares, el control del cumplimiento de las leyes y las normas, tanto en el desarrollo de su misión constitucional, como en la observancia de las reglas internas de la institución, debe recaer exclusivamente en los miembros de la fuerza pública, es decir, que quienes mejor conocen los aspectos relevantes de los organismos destacados en el funcionamiento estatal, serán quienes deberán juzgar los comportamientos de sus miembros.

Lo anterior nos permite señalar, con fundamento en los numerables pronunciamientos que al respecto la Corte Constitucional ha efectuado, que si no corresponde a la Fiscalía General, la investigación de los delitos amparados por el Fuero Militar, bien puede la ley atribuir la instrucción del procedimiento a los propios Jueces de Instrucción Penal militar. Por ello, en el procedimiento ordinario señalado en el Código Penal Militar se determina como funcionarios de instrucción en la justicia penal militar, a los Jueces de Instrucción, quienes tendrán a su cargo la indagación preliminar de los delitos amparados por el fuero castrense. Luego de lo cual, en segunda etapa, los Fiscales Penales Militares procederán, una vez perfeccionada la investigación o vencido el término de instrucción, a efectuar su estudio, y de no encontrar la ausencia de pruebas, procederá a cerrar la investigación mediante auto de sustanciación contra el que solo procede el recurso de reposición. Una vez ejecutoriado este auto y vencido el traslado a los sujetos procesales, el Fiscal calificará el mérito del sumario ya sea profiriendo resolución de acusación o disponiendo la cesación de procedimiento, según sea el caso. Y como última etapa, se llevará a cabo el juicio penal militar, luego de ejecutoriada la resolución de acusación, durante el cual el Fiscal Penal Militar adquiere la calidad de sujeto procesal.

Es pertinente señalar que en desarrollo de estas facultades conferidas por la Constitución Nacional, el legislador consagró en el Código Penal Militar la creación de un Procedimiento Especial, para la investigación y juzgamiento de ciertos delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en cumplimiento del servicio, entre ellos la Deserción, delito objeto del presente trabajo investigativo.

Este procedimiento especial consistía en que correspondía al Juez de Instrucción la función de adelantar y perfeccionar la investigación, oír en indagatoria al procesado y resolver la situación jurídica del mismo, luego de lo cual, y como se señalaba en el Artículo 579 del C.P.M., perfeccionada la investigación, el juez por auto de sustanciación, declarara la iniciación del juicio y dará traslado a las partes para solicitar pruebas, una vez vencido este término se oirá concepto del procurador y del defensor, y se pronunciará fallo, todo este procedimiento sería efectuado en términos procesales excesivamente cortos.

No obstante, esta autonomía consagrada por el constituyente y desarrollada por el legislador en ningún caso podrá ser ajena al debido proceso igualmente estipulado en nuestra constitución, razón por la cual la Corte Constitucional en sentencia Numero 178 del 2002, al estudiar de manera sistemática la Constitucionalidad de este Procedimiento Especial, determinó que era una flagrante violación al debido proceso por cuanto consagra una estructura procesal que no distingue con claridad las etapas de investigación, acusación y juzgamiento de los delitos que se someten a este tramite, lo cual impide el ejercicio efectivo del derecho de defensa expresado, por ejemplo, en la posibilidad de conocer los

cargos específicos y sus fundamentos de hecho de derecho, interponer los recursos pertinentes contra la providencia acusatoria, y recurrir el auto que durante el proceso, niegue las pruebas que las partes consideren conducentes, y además porque los términos señalados por este procedimiento resultan excesivamente cortos, y por tanto irrazonables a la luz de la gravedad de las penas imponibles a los responsables de los delitos sometidos a tal conducto.

Sin embargo no podemos desconocer la problemática que tal situación representa para la justicia penal militar, pues al declararse la inexecutable del Procedimiento Especial, la corte ordena que hasta tanto el legislador no adopte un procedimiento especial compatible con la Constitución Nacional, los delitos sometidos al trámite derogado, se adelantarán conforme a lo establecido por el Código Penal Militar como Procedimiento Ordinario; con lo cual y de acuerdo a lo observado en las estadísticas del porcentaje de delitos en la Justicia Penal Militar durante el rango del año 2000 al año 2004, se ocasiona una importante congestión en los Juzgados Penales Militares originada por el índice de deserción el cual alcanza el 57%, porcentaje considerablemente elevado con respecto a los demás delitos de competencia de la Justicia Penal Militar, razón por la cual consideramos imperante la necesidad de plantear una propuesta que permita establecer un Procedimiento Especial para el manejo procesal del delito de Deserción, que por su naturaleza y también por su incidencia, no resulta pertinente despenalizarlo y encaminar su conducto hacia un procedimiento disciplinario.

Es con este propósito que se plantea la presente propuesta procedimental para el manejo del delito de deserción,

buscando ante todo obedecer los lineamientos expuestos en el Código Penal Militar, reconocer rigurosamente los Principios del Debido Proceso y analizar los señalamientos aportados por la Corte Constitucional en las diferentes providencias estudiadas en el presente trabajo investigativo.

PROPUESTA PROCEDIMENTAL

CAPITULO I

PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Artículo 1. *Aplicación.* El delito de deserción contemplado en el Artículo 128 del Capítulo III, del Título Primero, del Libro Segundo del presente estatuto se investigara y fallara por el procedimiento indicado en el artículo 2.

Artículo 2. *Trámite.* El juez de conocimiento adelantara el recibimiento de la denuncia del delito de deserción y perfeccionara la investigación en el término de quince (15) días. Se oirá en indagatoria al procesado y se le resolverá su situación jurídica dentro de los dos (2) días siguientes. Si no fuere posible recibir la indagatoria dentro del término de instrucción señalado anteriormente, se le emplazara por dos (2) días, se le declarara persona ausente y se le designara defensor de oficio. Una vez resuelta la situación jurídica se le dará traslado a los sujetos procesales por el término de tres (3) días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes.

Perfeccionada la investigación el juez de primera instancia declarará el cierre de la investigación, luego de lo cual el funcionario de instrucción penal militar remitirá el proceso al fiscal respectivo.

Artículo 3. Recibido el proceso por el respectivo fiscal procederá a su estudio. Si encuentra que el funcionario de instrucción dejó de practicar pruebas, le remitirá nuevamente el expediente y se practicarán las pruebas necesarias en un término de 15 días. Si no hubiere prueba para practicar o practicadas las faltantes, cerrará la investigación mediante auto de sustanciación, contra el que solo procede el recurso de reposición.

Ejecutoriada lo auto de cierre de investigación, se ordenará traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales para presentar las solicitudes que consideren necesarias con relación a las pretensiones sobre la calificación.

Vencido el término anterior, el fiscal calificará el mérito del sumario, en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles.

Artículo 4. Recibido el proceso por el juez de conocimiento por ejecutoria de la resolución de acusación procederá a realizar un control de legalidad para establecer si existen o no causales de nulidad. A partir de este momento, el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal.

Si encuentra causal de nulidad, así lo declarará y ordenará reponer la actuación viciada desde el momento en que ocurrió, devolviendo el proceso al funcionario de instrucción o al fiscal, según sea el caso. Esta providencia tendrá naturaleza interlocutoria y contra ella proceden los recursos ordinarios.

Si no existe causal de nulidad, se decretará la iniciación del juicio, luego del cual se dará traslado al Ministerio Público y al

defensor, para concepto por cinco (5) días para alegar. Se pronunciará fallo dentro de lo cinco (5) día siguientes.

CONCLUSIONES

- El delito de deserción es el delito de más incidencia y reincidencia en la Justicia Penal Militar; produciendo esto un congestionamiento de la misma.
- Se establece que los vicios de incorporación como causa del delito de deserción, representa una gran tasa, por lo cual se hace necesario establecer controles más rígidos en la incorporación de los soldados, al prestar el servicio militar.
- El porcentaje de los motivos del delito de deserción que atañen a situaciones donde el imputado sobrepone derechos de mayor jerarquía, no son suficientes, para concluir que se debe eliminar dicho delito, además, siendo la disciplina eje central de la Institución castrense hace necesario preservar el mismo.
- Se hace necesario crear un procedimiento especial para el delito de deserción, por cuanto su incidencia dentro de la justicia penal militar es la más alta, y además, sus características propias de este delito lo permiten. Guardando las garantías del Proceso Penal, ajustado a la Constitución Política.
- Con la creación de este procedimiento, se estima que la congestión de la Justicia Penal Militar dejaría de ser un problema, ya que se evacuarían de mejor manera más de 50% de los delitos en la Justicia castrense.

BIBLIOGRAFIA

CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA

CODIGO PENAL COLOMBIANO

CODIGO PENAL MILITAR

CASADO Burbano, Pablo. "Iniciación al derecho constitucional militar" editorial de Derecho unidas, Madrid, 1986

PEÑA Velásquez, Edgard. Comentarios al nuevo Código Penal Militar. Primera edición 2001. Ediciones librería del profesional.

URAZAN, Juan Carlos. Lecciones de Derecho Procesal Penal. 3ª Ed..Editorial Leyer,2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-361 de abril 2 de 2001 M.P. Dr. MARCO GERARDO MONRROY CABRA

Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-1054 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-378 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. Sentencia C-178 de Marzo 12 de 2002.
Magistrado Ponente: Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional C-37 de 1996 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo.

Sala de Casación Penal - Corte Suprema de Justicia, febrero
24 de 2000, radicación 10.809 M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez
Gallego.