

**UNIVERSIDAD MILITAR  
NUEVA GRANADA**

**DESIGUALDAD DE ARMAS EN LO MILITAR DENTRO DE NUESTRO  
ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL VIGENTE**

**ISAÍAS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ  
JULIO CESAR BOHÓRQUEZ DUQUE**

**BOGOTÁ DICIEMBRE 01 DE 2011**

## **TABLA DE CONTENIDO**

### **1. DESIGUALDAD DE ARMAS EN LA DEFENSA MILITAR.**

#### **1.1 OBJETIVO.**

#### **1.2 ¿EXISTE IGUALDAD DE ARMAS EN NUESTRO PROCESO PENAL?**

### **2. BREVE RECORRIDO POR EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL**

### **3. CONCLUSIÓN.**

### **4. BIBLIOGRAFÍA.**

## **DESIGUALDAD DE ARMAS EN LA DEFENSA MILITAR**

### **Resumen**

Por lo tanto, la materialización del principio de igualdad de armas en la etapa previa y la fase investigadora del proceso solo se concreta cada vez que las entidades públicas y privadas y de los particulares, prestan la colaboración que requiera la barra de la defensa, sin que puedan oponérsele reserva, para buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley; y si la colaboración no se obtiene de manera expedita o se turba de alguna manera, es deber inexcusable de la defensa solicitar del Juez con funciones de control de garantías que deberán intimar de los funcionarios públicos o de los particulares para que se permita a la defensa realizar sin cortapisas diferentes a las que imponen la Constitución y la ley, su tarea de recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física e informes .que contribuyan con ello a sustentar su teoría defensiva.

### **Palabras claves**

***Materialización del principio de igualdad, panorama diferencial del trato institucional,***

## **INEQUALITY OF WEAPONS IN the MILITARY DEFENSE**

### **They sum up**

Therefore, the materialization of the principle of equality before the law of weapons in the previous stage and the investigating phase of the only process gets to the point each time than public and private and individuals entities, they render the collaboration that the bar call for the defense, unless reserve, in order to search, to identify empirically, to pick up and to pack material evidential elements and physical proof may resist to him; Accomplishing interviews and evaluations that they require knowledge specialized by means of technicians and investigators authorized by the law; And if collaboration does not get from expedite manner itself or he becomes confused somehow, he is to owe inexcusable of the defense to request of the Judge with controlling functions of guaranties that they will have to summon of publics official or of individuals in order that it be allowed to the defense sell off .que the ones that they impose the Constitution and the law, his collecting task of material evidential elements, physical proof and reports to without different conditions contribute with it to hold his defensive theory.

## **Key words**

***Materialization of the principle of equality before the law, differential panorama of the institutional deal,***

### **1. DESIGUALDAD DE ARMAS EN LA DEFENSA MILITAR**

#### **1.1 OBJETIVO.**

Garantizado como derecho fundamental, el debido proceso en general y el derecho de defensa en particular<sup>1</sup>, es un axioma indiscutido en la hora actual para quien es objeto de una imputación penal; el panorama diferencial del trato institucional que se viene decantando contra los hombres que detentan legítimamente las armas en nuestro Estado Social y Democrático de derecho se levanta como verdad insondable en cuanto, de manera nítida, al personal militar se le trata con verdadera restricción a sus derechos procesales cada vez que soporta una imputación penal.

Advertir esa desigualdad de trato en las armas defensivas procesales es el objetivo de este trabajo, se pretende presentar un panorama general que se viene dando dentro de las Guarniciones Militares, tendientes a describir una clara violación del Derecho de defensa, encaminado, en más de las veces a obstaculizar la actividad propia de los abogados defensores del personal de la Fuerza pública. Es menester para tal caso, mencionar que el derecho de defensa debe ser adecuado, protegido, extensivo, pero especialmente garantizado, en el desarrollo de un proceso, llámese judicial, administrativo o disciplinario, y en cada una de sus etapas, es de vital importancia observar a plenitud este derecho ya que se viene desconociendo en consideraciones judiciales.

El debido proceso en general y el derecho de defensa en particular debe ser exigible para cualquier imputado ante cualquier autoridad ya sea de orden público o privado, mucho más si tales derechos entran en juego en cualquier Unidad táctica, operativa mayor, o dependencias adscritas al Ministerio de defensa; en cada caso en concreto se está en la obligatoriedad de propender porque el derecho de defensa, debe estar íntegramente reconocido de manera real y efectiva para los intereses de los investigados o imputados.

No asiste razón lógica ni legal para impedir u obstaculizar la labor del abogado defensor del personal militar, para desarrollar su trabajo metodológico y probatorio encaminado a desvirtuar el centro de imputación fáctico y jurídico arrimado o por

---

<sup>1</sup> Garantía de aplicación general y universal de concurrencia real y efectiva al interior del proceso, que se traduce en el derecho de hacerse parte dinámica en el mismo, a ejecutar una defensa vigorosa y a propiciar el recaudo, la contradicción y la presentación pruebas y alegaciones, como presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

arrimar por el ente punitivo del Estado. Todo esto, especial y dolorosamente, desde la fase de indagación o preliminares; percepción institucional que debe ser desterrada de las Guarniciones militares cada vez que se realiza una pesquisa penal porque *“de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de la investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues este también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando”*<sup>2</sup>.

Y si tal análisis resultaba válido para declarar la inexecutableidad de un texto normativo, no puede entenderse la manera como hoy el mando institucional embaraza la posibilidad defensiva del hombre en armas que, desarrollando o no el sagrado servicio, se ve enfrentado a una eventual imputación penal por cuanto que, *“fuerza es concluir que la activación del derecho de defensa no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado, sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes que se adquiera dicha condición. Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal, que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado.*

...

*En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa.”*<sup>3</sup>.

La igualdad probatoria ante la ley, debe ser una verdadera regla de partes, principio orientador del nuevo estatuto procesal penal, que nos indica claramente que tanto la Fiscalía y la Defensa, tienen igualdad de posibilidades procesales, para la construcción de sus estrategias a fin de dar cumplimiento a sus funciones claramente definidas.

En la fase diferencial del trato que se viene dando al personal de la Fuerza pública vinculado a un proceso penal, partimos de la observación empírica del

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1.993

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-799 de 2.005 (Referencia: expediente D-5464. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 inciso 3°, 4 inciso 1° en relación con el cargo por supuesta violación del derecho de igualdad, 8 inciso 1° y literal ( b ), 20 inciso 2° y 192 numerales 5 y 6, de la Ley 906 de 2004, *“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*. Demandante: Edgar Saavedra Rojas. Magistrado ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA; Sentencia del 2 de agosto de 2.005).

criterio adoptado por algunos Comandantes de considerar que solo están obligados a cumplir requerimientos que le hicieren entidades adscritas al mismo Estado, para garantía de la política de colaboración Institucional, si al mismo tiempo abandonan sus hombres a su suerte. El abandono institucional, procesal y probatorio no es consecuente con el cartabón de derechos del ciudadano, y el militar lo es, en cuanto la misma Constitución política les impone el deber del cumplimiento de la misma<sup>4</sup>, a partir de reconocer que éstos son servidores públicos<sup>5</sup> y en consecuencia, la garantía de la presunción de inocencia se fortalece en cuanto se brinda, igualmente, un trato de profundo respeto por las garantías procesales para que el uniformado sujeto de imputación desarrolle en condiciones de equidad su tarea defensiva.

Suena paradójico mencionar la percepción generalizada de que, al requerimiento de una autoridad para atesorar pruebas que puedan comprometer penalmente a un militar, dicho requerimiento es cumplido a cabalidad y de la manera más expedita posible; pero bajo el mismo supuesto, si es el abogado defensor del uniformado es quien solicita la práctica de la misma prueba con el objeto de desvirtuar la imputación de la contraparte, es decir con el ánimo de defenderlo, la respuesta institucional del mando es rodear de dificultades para su práctica. O su tratamiento sería muy diferente.

Ejemplo: La Fiscalía General de la Nación requiere en la etapa de indagación preliminar la práctica de una inspección a los archivos de la sección de inteligencia de una Unidad, a fin de proveerse de elementos probatorios y evidencia física<sup>6</sup> que pueda incriminar al Militar ¿será que el Comandante la autoriza tan pronto como lo solicita?, o defiere tal respuesta a la decisión del Juez de control de garantías?.

Ejemplo Análogo: Pero, si la búsqueda de los elementos probatorios y evidencia física es apurada por el abogado defensor del militar indiciado, quien la solicita al Comandante de la unidad, y con el objeto de desvirtuar la base de imputación del ente acusador ¿será que el Comandante la autoriza tan pronto como lo solicita?, o defiere tal respuesta a la decisión del Juez de control de garantías?.

---

<sup>4</sup> “Artículo 4. La Constitución es norma de normas, En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones Constitucionales. Es deber de los Nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

<sup>5</sup> “Artículo 6. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extra limitación en el ejercicio de sus funciones.”.

<sup>6</sup> La prueba en proceso penal acusatorio solo se le considerada como tal aquella practicada durante el juicio oral salvo excepciones. Se trata, técnicamente hablando, de elementos de conocimiento que fundamentan la medida de aseguramiento.

Para despejar el interrogante es menester traer a colación las normas contempladas en nuestro ordenamiento interno, que fijan las condiciones de igualdad de armas procesales, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia, defensa, contradicción, etc., y que nos indica que la justicia colombiana en materia penal, objeto de este trabajo, debe trascender lo formal y lo programático para hacer verdadera la aspiración del derecho a la igualdad materia, y en su propósito debe garantizar los derechos para todos los sujetos involucrados en un proceso penal, en especial el derecho de defensa técnica y material (fortalecido), ampliando las atribuciones y facultades de la defensa en todas sus etapas, incluyendo inexorablemente la etapa de indagación preliminar, prohibiendo la reserva a estas por parte de Entidades públicas y privadas, incluidos, cómo no, los Comandantes Militares en todos sus niveles.

A partir de los textos normativos, la Honorable Corte Constitucional ha venido delineando de manera clara, las diferentes funciones que cumplen en el proceso adversarial la Fiscalía General de la Nación y el Defensor en el nuevo esquema procesal penal.

La Constitución política fijó ciertas obligaciones a la Fiscalía General de la Nación<sup>7</sup>, para que, por intermedio de sus entidades adscritas o vinculadas, como el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses<sup>8</sup>, Policía judicial, Departamento administrativo de seguridad, Cuerpo técnico de investigación, Instituto Nacional Penitenciario, institucionalmente, bajo el principio funcional y con dirección del ente punitivo, logre en sus investigaciones, cumplir con la misión encomendada Constitucionalmente de “asegurar los elementos materiales probatorios” a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del indiciado, investigado o imputado.

---

<sup>7</sup> “Artículo 250, Modificado, Artículo 2 A. L. No 3 de 2002. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar, a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”

<sup>8</sup> Aunque, en honor a la verdad, los artículos 35 de la Ley 938 de 2004 y 204 de la Ley 906 de 2004, es competencia del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, prestar auxilio científico y técnico a la administración de justicia, en igualdad de condiciones, tanto a las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación como las que con el propósito de desvirtuar la imputación se adelanten por el imputado o su defensor cuando estos últimos lo soliciten en desarrollo de los artículos 204, 268, 269, 270 (obsérvese que la fiscalía no tiene acceso al informe pericial solicitado por la defensa) y 413 del nuevo Código de Procedimiento Penal; por ello no pueden los servidores del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, favorecer los intereses de cualquiera de las partes pues tal conducta es un comportamiento que desborda el marco de la ley y, en consecuencia, se trata de una actuación ilegal.

Sin embargo se ha estado constituyendo el mito de que las funciones de la Fiscalía son incompatibles con el deber de aportar sus hallazgos que de alguna manera enerven su cometido o favorezcan los intereses del indiciado o imputado, mito que la misma Corte Constitucional desmoronó, vanamente, según se ve, con la Sentencia C-1154 de 2005<sup>9</sup> (que viniendo de la Sentencia C-774 de 2001<sup>10</sup>, reiteró en la **Sentencia C-1194 de 2.005**<sup>11</sup> y respecto del sentido aplicativo de los Artículos 15 337 (Numeral 5, literal f) del C. de P. P.

De igual modo, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha señalado, que bajo este mismo escenario procesal penal, el defensor sufre una gran transformación, consistente en fortalecer el derecho de la defensa técnica y material, dándole unas atribuciones y facultades tanto en la etapa de la investigación, escenario donde se pueden recaudar los elementos probatorios y evidencia física que con posterioridad puede adquirir el carácter de prueba, después del examen de contradicción. Pero es precisamente el nuevo estatuto procesal que nos relaciona los deberes y atribuciones especiales de la defensa en su Artículo 125 Núm. 9<sup>12</sup>.

Es entonces bajo esta reglamentación que existe la obligatoriedad de prestar toda la colaboración necesaria al abogado defensor del militar, llámese de confianza o público, a fin de garantizar la igualdad de armas procesales en la recolección de los medios de prueba y evidencia física.

## 1.2. ¿EXISTE IGUALDAD DE ARMAS EN NUESTRO PROCESO PENAL?

---

<sup>9</sup> Referencia: expedientes D-5705 y D-5712 (acumulados). Demandante: Edilberto Álvarez Guerrero y Alfonso Daza González. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 290 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436 y 455 de la Ley 906 de 2004 “*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”. Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA; Sentencia del 15 de noviembre de 2.005.

<sup>10</sup> Sentencia C-774 de 2001 M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL. AV: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

<sup>11</sup> Referencia: expediente D-5727. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 344 de la Ley 906 de 2004. Actora: Blanca Stella Ortega Rodríguez. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA; Sentencia del 22 de noviembre de 2.005.

<sup>12</sup> “*Artículo 125 Modificado. Ley 1142 de 2007, art. 47, En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:*

...

*Num. 9. Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física, realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestaran la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor que la información será utilizada para efectos judiciales.”*

El Acto legislativo 03 de 2002, que modificó los artículos 250<sup>13</sup> y 251 de la Carta política creando un sistema adversarial, con clara tendencia acusatoria, donde se implementa un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, según se establece en los artículos 9 y 15 al 18 del C. de P.P. se soporta, para efectos de su legitimidad, entre otros principios, en el de igualdad de armas procesales, esto es, la garantía de que las partes dentro del proceso van a tener las mismas posibilidades de recolección de material probatorio y potestades al momento de exponer y defender sus pretensiones y que será el juez, como Director del proceso, quien decidirá según lo presentado por las partes, a fin de establecer fue es la fiscalía o el defensor que llevó los medios de convicción al juicio oral y público, concentrado y con inmediatez de la prueba, a la certeza de probar sus pretensiones asegurando una decisión favorable a su objetivo.

La igualdad de armas procesales es un principio que se traduce en garantía de que las partes del proceso penal deben contar con la posibilidad de recolectar elementos probatorios para sustentar sus posiciones respectivas, lo cual implica, necesariamente, la garantía del principio de igualdad procesal, evitando que uno de los intervinientes tenga una posición privilegiada sobre el otro y que dicha posición incida en el resultado probatorio del proceso.

Con este trabajo se quiere mostrar que la pretendida igualdad de armas, tal como fue diseñado nuestro esquema procesal, no está garantizada plenamente en la ley 906 ni por los criterios subjetivos de funcionarios de diversas entidades; para desarrollar la tesis solo nos centraremos en Comandantes de niveles Jerárquicos de mando, que desconocen lo que la ley ha deparado para desarrollar el rol del defensor en este nuevo estadio procesal y que descubre a la defensa en clara desventaja frente a la acusación, lo cual afecta la legitimidad del sistema, viola de manera flagrante el derecho de defensa, genera desigualdad probatoria y crea total desequilibrio en garantías, so pretexto de estar obligados al cumplimiento de los requerimientos de las autoridades estatales.

Además del desequilibrio mencionado en el párrafo anterior, también de tipo estructural se otea la percepción empírica de la desigualdad existente entre una fiscalía más poderosa, con toda su logística, recursos y personal por un lado, con presupuesto autónomo y de cifras escandalosas, mientras por el otro, en

---

<sup>13</sup> Precepto que mantiene en la Fiscalía General de la Nación la función de ejercer la acción penal, institucionaliza el Juez con función de control de garantías, introduce la aplicación del principio oportunidad; en consecuencia de iniciar el juicio con la acusación o precluir las investigaciones, velar por la protección de víctimas y testigos, queda relevado de adelantar una investigación integral pero continúa con el deber del descubrimiento probatorio de lo favorable.

Por otro lado, las funciones puramente judiciales de la Fiscalía se restringieron a eventos excepcionales tales como asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, ordenar registros, allanamientos, incautación de bienes e interceptación de comunicaciones, asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.

representación del imputado o indiciado o enjuiciado, encontramos a una Defensor público o particular, con escasos recursos, sin mucha o escasa colaboración (restricción especialmente relevante cuando se pretende ejercer la defensa ante las Guarniciones militares y frente al mando institucional que decididamente solo atiende solícitamente los requerimientos de la Fiscalía al tanto que denuesta los esfuerzos de quienes defiende al uniformado), y representando personas generalmente insolventes o con salarios que no sobrepasan 3 salarios mínimos. De entrada, no hay duda, en severo desequilibrio.

No es pues una imprecación a la Defensoría pública, es la visión concreta y real del vinculado al proceso penal quien, de entrada, ya ostenta desequilibrio que se acentúa en la misma medida de la práctica defensiva adversarial.

Sumado a tan enorme desequilibrio es destacado el hecho cierto e indiscutible de que han sido los esfuerzos de los diversos órganos del gobierno en capacitar en el nuevo sistema procesal penal a fiscales, y a los servidores públicos de sus demás entidades adscritas, jueces, magistrados, investigadores, forenses, pero nunca se han preocupado por la preparación de los abogados defensores litigantes, como si lo que se pretendieran fuera el de capacitar para lograr una acusación perfecta e inminente a una condena al posible infractor; reconocer esta falencia claramente discriminatoria, por parte de la alta jerarquía militar, deduciendo oportuna y realmente la importancia de dar cumplimiento a lo preceptuado en la norma equilibrante deducida del principio de igualdad de armas, donde el defensor militar debe tener esas garantías mínimas, a fin de prosperar sus pretensiones, impediría que se continúen llenando las cárceles de militares por carencia o dificultad probatoria. Es perentoria la capacitación del defensor tanto para el particular como para el público en esta nueva relación procesal. Para la acusación existen una serie de organismos adscritos y personal humano calificado, con unos recursos económicos suficientes, capacitados periódicamente, contra la estructura de un defensor y un imputado abandonado a sus necesidades y precariedad económica, lo cual refule en una controversia desequilibrada.

Reconocer el desequilibrio es suficiente para iniciar un plan de contingencia que logre amparar el derecho de defensa, y capacitar al nuevo militar en estadios técnicos forenses, de balística, de medicina forense, con investigadores idóneos, etc.

Pero sin lugar a duda el desequilibrio se presenta con mayor énfasis en el sentido, que la misma Constitución política consagra el principio de la presunción de inocencia<sup>14</sup>, como una forma de protección frente a las arbitrariedades del agente

---

<sup>14</sup> “Artículo 29. El debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Estatal, pero dicho principio decae cuando es el militar investigado que debe por cuenta propia pagar los gastos de un abogado, para demostrar primero lo que se presume y segundo que su actividad, de la que surge la imputación, la realizó en total cumplimiento de su función en su misión constitucional.

Lo anterior se torna más grave si tenemos en cuenta primero que toda la falta de colaboración para con los abogados defensores en la práctica de pruebas, segundo el enfrentamiento contra una entidad, unida funcionalmente con otras, con recursos tanto presupuestales y personal capacitado periódicamente para una acusación óptima y financiado por el mismo Estado, que desequilibra la protección de la presunción de inocencia, frente al contrario, sin garantías óptimas y escasos recursos, además con limitación para su capacitación. Los militares, a quienes se les ha encomendado el uso de las armas, no se sienten reconocidos institucionalmente en cuanto a reconocer condiciones propicias para garantizar plenamente el derecho de defensa, el mando institucional no ha propiciado la creación de una escuela especializada en asuntos de la criminología, dotada con equipos de investigación, de balística, de laboratorios, etc., que faciliten o contribuyan a la labor de los defensores en la tarea de recaudar y evaluar la evidencia física que en el juego del proceso adversarial entrará a fundamentar la decisión desde el punto de vista probatorio.

Como si esto fuera poco tenemos la presencia dentro del proceso que debe enfrentar un militar, la figura del Ministerio público que, bajo el prurito de la defensa de la legalidad, en la mayoría de las veces se suma al bando de la Fiscalía, replegando su papel como órgano independiente mientras agiganta su rol estatal, creciendo al adversario estatal ante la débil estructura defensiva que por su repetitiva ocurrencia, se torna en panorama de general ocurrencia en el foro.

Esta terrible percepción tiende más a desmejorar cuando de notificaciones se trata, cuando la fiscalía le inicia una indagación preliminar a un militar, por el carácter de reservada, al militar no se le comunica o si se intenta, esta fracasa por las mismas condiciones laborales que enfrentan los uniformados, ya sea por encontrarse en el área, entorno selvático, o cumpliendo sus funciones en sitios geográficos distantes a la oficina judicial investigadora.

De igual manera la entidad punitiva desarrolla su actividad probatoria basado en la *notitia crimines*, o por cualquier medio consagrados en la ley, generalmente sin el conocimiento del militar investigado, lo cual posibilita robustecer su acervo probatorio, utilizando todo su andamiaje investigativo si lo requiere puesto que para esta fase la fiscalía no tiene límites de tiempo; como obvia consecuencia, la

---

*Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento, a un debido proceso público, sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas, y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado 02 veces por el mismo hecho.*

*Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*

figura del defensor no se vislumbra a fin de intervenir en esas primeras pesquisas<sup>15</sup>. Cuando la fiscalía decida llamar al militar nunca informado de la indagación a audiencia de formulación de imputación, ya han sido recaudados generalmente, los elementos materiales probatorias y evidencia física que fundamentan la imputación y sustentará la acusación, actividad que desarrolló precisamente en la fase de investigación pero que no formula sino cuando la tiene totalmente perfeccionada, situación que sin mayor esfuerzo pone al investigado en una condición de desigualdad.

Pero con esta desigualdad enorme se sucede la siguiente hipótesis en la que la fiscalía, además de la audiencia preliminar de formulación de la imputación, solicita la imposición de medida de aseguramiento, sin la presencia del imputado, pues apenas es obligatoria la de su defensor, quien solo en esta audiencia se percata de lo sucedido y desprovisto de prueba de descargo, le corresponde al Juez de control de garantías decidir sobre la petición del fiscal de imposición de medida de aseguramiento y dentro del siguiente análisis:

1. Infiere en motivos fundados si el militar no comunicado pudo ser partícipe de la conducta punible que hasta el momento le imputa la fiscalía.
2. Que existe el riesgo que el militar evada la acción de la justicia.
3. Que este militar represente un peligro para la sociedad.
4. U obstruya la acción de la justicia.

Es posterior al siguiente análisis que el Juez de control de garantías toma su decisión de dictar medida o abstenerse de hacerlo pero recordemos lo siguiente:

- A) El militar no fue notificado de una investigación en curso o si se envió notificación esta no cumplió su objetivo por múltiples razones, algunas ya expuestas.
- B) El riesgo que el militar evada la justicia, a pesar que este hace parte de una institución jerarquizada de mando directo y obediencia debida.  
“Pero recordemos que el militar no se presentó a la audiencia por razones ya anotadas”. ¿Será que el Juez tomará esta circunstancia como evidencia de riesgo que el militar quiera evadir la justicia?

Por la anterior razón anotada, es decir, la no comparecía y la no notificaciones de los militares a estas audiencias se toma como contumacia<sup>16</sup> del imputado y generalmente ese comportamiento procesal fundamenta la medida de aseguramiento y la posterior orden de captura.

---

<sup>15</sup> Generalmente al hombre en armas legítimas de la República se le embaraza hasta la comunicación misma de la iniciación de la indagación por parte de la Fiscalía, circunstancia que conlleva inexorablemente a reducirle sus posibilidades de participar en la recolección de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que, sin controversia, mutarán a pruebas en el hipotético y no irreal juicio.

<sup>16</sup> “se trata un caso de rebeldía en el que el procesado se rehúsa a comparecer a la audiencia de imputación por lo que se parte del conocimiento del indiciado de que va a ser imputado. No se está frente a una situación de juicio in absentia, sino frente a la ausencia del investigado en una etapa precisa del procedimiento penal conocida por él y por su abogado.”. Sentencia C-1154 de 2.005

Por otro lado es necesario recalcar que si bien es cierto la defensa tiene, formalmente, la facultad para adelantar todas las diligencias tendientes a soportar su pretensión, no es menos cierto que no está en igualdad real de condiciones que el acusador, pues no cuenta con los laboratorios, los equipos de investigación, los recursos y los criminalistas que lo apoyen en su labor y si los tuviere, la defensa, por sus costos, se haría inalcanzable para el noventa por ciento de los imputados, Eso sin contar que el Instituto de Medicina Legal al que puede acudir la Defensa durante la investigación “para buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física” está adscrito a la misma Fiscalía y la solicitud formulada por la defensa está sometida a toda clase de requerimientos que en la práctica tornan inane el esfuerzo de la defensa.

Así, en esas condiciones, y con el desconocimiento por parte de algunos Comandantes en lo referente a las nuevas atribuciones de la defensa y peor aún su no difusión por parte de quienes tiene el deber de hacerlo, es decir las oficinas jurídicas se ven notablemente reducidas las posibilidades de búsqueda de elementos de prueba de descargo por medio de entrevistas, seguimientos, entrevistas con testigos, etc. todo lo cual requiere de un equipo técnico e investigativo que aunque no posee el defensor, ni los medios económicos para su contratación, sí la fiscalía los tiene y respaldados por la policía judicial y con la cual se traza una estrategia de trabajo investigativo.

Pero supongamos que tanto el defensor o el imputado logran contratar con sus propios recursos el equipo técnico e investigativo para ejercer el derecho de contradicción de las pruebas recaudadas por el ente acusador pero la fiscalía las podría objetar por las siguientes razones:

1. Falta de acreditación de los técnicos o peritos
2. Indebida aplicación de la cadena de custodia por manipulación de particulares.

Otro trato desigual consistente en lo dispuesto por los artículos 78 y 331 de la ley 906, en el sentido que solo la fiscalía puede solicitar la preclusión, y no el defensor o el mismo imputado, sin existir razón para la misma.

## **2. BREVE RECORRIDO POR EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL**

Entonces para mejor entendimiento del recorrido procesal penal, continuemos con la premisa que el Juez con funciones de control de garantías, profirió medida de aseguramiento al militar, solicitud que hiciera la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento debido a los supuestos facticos y jurídicos que el ente acusador presentó ante esa magistratura.

En términos puramente procesales, cumplidos los objetivos de la indagación, la fiscalía puede formular ante el juez de control de garantías la imputación como en

el ejemplo planteado anteriormente contra el individuo que se tiene sospecha de responsabilidad penal<sup>17</sup>, y es desde este momento que el sospechoso adquiere la calidad de imputado, con la plena identificación de este.

---

Una vez formulada la imputación, y decretada en la misma audiencia la medida de aseguramiento el Militar investigado deberá pasar al sitio de reclusión, y es a partir de esta dura situación donde la defensa inicia la construcción de su acervo probatorio contando apenas con la información pertinente y los elementos facticos de contenido probatorio necesarios para formular la imputación y que fundamentaron la medida de aseguramiento para diseñar su defensa, situación que como se ha indicado anteriormente por vía jurisprudencial. De ésta manera, se contraría real y no hipotéticamente, la Honorable Corte Constitucional que en diversos pronunciamientos ha expresado que el derecho de defensa puede realizarse incluso desde la misma etapa de la indagación y durante la etapa de investigación anterior a la formulación de la imputación.

Por tal motivo, este trabajo lleva consigo un mensaje al Personal Militar que realiza cualquier actividad, por cuyos resultados operacionales o administrativos lo puede convertir en objeto de una investigación posterior, a efecto de que recolecten y protejan todo el material probatorio y evidencia física posible a fin de recaudarlo y ponerlo en manos del Juez de control de garantías para que se disponga la cadena de custodia que garantice su ejercicio futuro como prueba, implica ello que los órganos de investigación lo conozcan y embalen con el objeto que contribuya a servir como medio de prueba, como por ejemplo, copia de la orden de operaciones, informes de inteligencia, inteligencia de combate, órdenes de batalla, álbumes fotográficos, fotografías de las escenas, inspección del lugar de los hechos, videos, huellas, rastros, testigos, trayectorias de disparos, vainillas, pruebas de residuos de disparo, preparación de testigos, etc. Ese esfuerzo personal no se torna vano si el uniformado está asistido de defensa porque el asesoramiento legal resulta altamente útil en esta etapa, contribuyendo prontamente mismos con material suficiente para ejercer el derecho de contradicción y defensa. Todo esto acompañando indiscutiblemente a la tarea que ejercen los organismos de investigación.

Pues bien existiendo en la normatividad vigente el principio constitucional de contradicción de la prueba, garantía que debe ser respetada en cualquier etapa procesal judicial o administrativa, fue la misma alta corporación que se refirió al tema en los siguientes términos *“Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento de acceso a la justicia, el debido proceso, y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los art. 229, y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se*

---

<sup>17</sup> “Artículo 286. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación, Comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.”.

*cumplan la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales*<sup>18</sup>.

Bueno ya en la audiencia de formulación de imputación, el imputado puede acogerse a los cargos o al contrario rechazarlos, consecuencia de la primera decisión permitiría la protocolización inmediata de la acusación y sobrevienen un descuento de la tasa punitiva hasta un 50%, por el contrario, si rechaza la imputación, al día siguiente inicia la etapa de investigación, esto en referencia a la imputación, pero terminada la audiencia de imputación, seguidamente se acostumbra la realización de la audiencia de medida de aseguramiento, pero el ejemplo lo traemos con la imposición de medida de aseguramiento. Porque puede existir la posibilidad que le impute la conducta punible al militar, pero el Juez con funciones de control de garantías se abstenga de dictarle medida de aseguramiento, petición que también puede hacerla el fiscal, es decir, se continúa con la investigación pero el sujeto en libertad.

Y en este momento vale la pena formularnos unas preguntas respecto del desarrollo de la audiencia de petición de imposición de medida de aseguramiento:

- ¿Será que el abogado defensor habrá logrado recaudar el mínimo material probatorio en defensa de su defendido a fin de desvirtuar los que se tuvieron en cuenta para imponer la medida?
- ¿Será que el mismo abogado tuvo la colaboración necesaria por parte de la Unidad donde podrían estar las pruebas que contribuyeran a la defensa del mismo?

El panorama real de dificultad de acceso a los elementos materiales y evidenciados físicos que fundamentarán las aspiraciones procesales del militar imputado es el escenario habitual en las Guarniciones militares porque desafortunadamente el mando institucional dificulta las tareas defensivas y al mismo tiempo colabora decididamente con las peticiones de la Fiscalía en su propósito; no se reclama una inclinación a uno y una restricción al otro sujeto procesal, solo se plantea con vehemencia que el mando institucional **debe** colaborar, en igualdad de condiciones, para que tanto la Fiscalía y sus funcionarios sean tratados con equidad respecto de la defensa o el imputado.

El rato desigual genera dificultades en la acumulación de elementos de conocimiento que posibiliten la revocatoria de la medida de aseguramiento y tornan inalcanzable la preclusión.

---

<sup>18</sup> Sentencia C-830 de 2.002 (Referencia: expediente D-3991. Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2º del Art. 301 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Num. 132 del artículo 1o del Decreto ley 2282 de 1989. Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA; Sentencia del 8 de octubre de 2.002).

Ahora bien, en principio, el término instructivo es de 60 días<sup>19</sup>. En ese lapso, el fiscal puede optar por tomar una de tres determinaciones, todas ellas definitivas para el curso del proceso: puede formular la acusación contra el imputado, puede solicitar la preclusión de la investigación o puede hacer uso del principio de oportunidad que le confiere el nuevo modelo penal acusatorio. Transcurridos los 60 días iniciales de la instrucción, si el fiscal no adopta ninguna de las alternativas precedentes, el proceso deberá ser asignado a un segundo fiscal, que contará con el mismo término para tomar la decisión correspondiente.

Haciendo a un lado las alternativas de la preclusión de la investigación y del ejercicio del principio de oportunidad que no son pertinentes al tema discutido en este trabajo, si, de la investigación realizada, el fiscal competente encuentra que *"de los elementos materiales probatorios" y de la "evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe"*, el fiscal está llamado a presentar acusación formal contra el imputado, mediante escrito de acusación<sup>20</sup>.

En resumen ya el militar imputado se encuentra en la cárcel, ya la fiscalía presentó el escrito de acusación con base al material recolectado en la etapa de indagación e investigación, trabada se encuentra la relación jurídica procesal y puede hablarse de la existencia de partes propiamente dichas con la angustiante verdad para el militar encartado de que su esfuerzo probatorio está restringido por las autoridades militares que solo atienden las requisiciones de la Fiscalía y exigen que las peticiones de la defensa vengan avaladas por el Juez de control de garantías o por la Fiscalía; es ese escenario tétrico que al militar le corresponde defenderse.

Hecha la claridad, el escrito de acusación es el instrumento procesal remitido por el fiscal al juez competente mediante el cual la Fiscalía presenta formalmente acusación contra un individuo al que se considera le cabe responsabilidad penal por la autoría o participación en la comisión de un hecho ilícito.

---

<sup>19</sup> *"Artículo 294. VENCIMIENTO DEL TÉRMINO. <Artículo modificado por el artículo 55 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento.*

*De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.*

*En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado.*

*Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento".*

<sup>20</sup> *"Artículo 336. PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe."*

Recibido el escrito de acusación y dentro de los 3 días siguientes, el juez competente debe convocar a una audiencia de acusación en la que -como su nombre lo indica- procederá a formularse la acusación pertinente (artículo 338 del C. de P.P.). De acuerdo con las conclusiones a que se arribe en la audiencia de acusación, el juez de conocimiento debe convocar -no antes de 15 días, ni después de 30- a una segunda audiencia, denominada audiencia preparatoria, que tiene como fin la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral y el señalamiento de la fecha de iniciación del juicio.

Surte entonces la claridad, que el principio de igualdad de armas se constituye como una característica fundamental, donde los actores se enfrentan, hipotéticamente, en igual de condiciones ante un juez imparcial, pero que la igualdad real y efectiva solo se realiza en la medida que los mandos militares tratan al militar imputado o encausado, como igual frente a los apuros probatorios que la Fiscalía reclama de quien representa la jerarquía piramidal del Comandante del hombre de la Fuerza pública comprometido en la investigación a efecto de que se le faciliten los medios que táctica y estratégicamente la defensa trazó como norte en su afán exculpativo. Solo en la medida que el Comandante de la Unidad orgánica o funcional responda con equidad a las peticiones de las partes el núcleo esencial del derecho de defensa del uniformado se colma de garantías.

Ahora bien, la manera de garantizar el equilibrio de las armas en el proceso penal de corte adversarial y, por tanto, de permitir que tanto la defensa como la Fiscalía cuenten con las mismas oportunidades de acción y con los mismos elementos de convicción se concreta en la figura del descubrimiento de la prueba. Es decir que el imputado puede acceder al material probatorio recolectado por los organismos del mismo Estado, situación que a resulta muy poco probable en la práctica debido a la misma parcialidad de las partes.

### **3. CONCLUSIÓN.**

Después de agotado el presente escrito a fin de presentar una orientación mínima, para que se conozca las facultades que trajo el nuevo sistema procesal penal al defensor, y a la vez que existe la normatividad legal que así le confiere, no asiste razón para impedir o limitarle este derecho de quienes sirven a la patria, que hoy más que nunca reclaman igualdad de trato ante los órganos judiciales, razón que les asiste dadas las circunstancias por las cuales se vienen presentando condenas a militares, censuradas de alguna manera.

Es de vital importancia reconocer que la legislación otorga una serie de factores tendientes a salvaguardar el derecho de defensa, pero que en ocasiones somos nosotros mismos los que de manera alguna, ponemos límites para que esta sea ejercida tal y como fue concebida.

De manera objetiva y real se está en desventaja tanto jurídica y material ante el órgano de acusación con respecto al de la defensa, pero esto es equiparable a un trabajo serio y responsable, por parte del profesional del derecho y a la vez la colaboración necesaria de todos los Comandantes a todo nivel para que exista una política generalizada que refleje en nuestros pares el respaldo de su institución cuando desafortunadamente se ven comprometidos con órganos judiciales, muchas veces en cumplimiento de su misión Constitucional pero que, por presiones de los medios, se trasladan casi mecánicamente a la justicia ordinaria o, que aunque estén instruidos por Tribunales castrenses, igualmente ceden a presiones mediáticas con el esperado propósito de mostrar rigor, cuando en realidad se muestra es desdén por el uniformado y sus familias.

Mientras exista la convicción que el obrar de nuestra fuerza pública la hacen dentro del ordenamiento jurídico enmarcado, en el respeto de los derecho humanos y derecho internacional humanitario, y que posterior a su obrar diligencian lo pertinente a demostrar que su actividad la realizó dentro de los estándares exigidos y pregonados por la ley, la justicia se deslumbrara siempre en pro de la función constitucional del glorioso Ejército Nacional.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA VALLEJO, Mario, Código Penal y de procedimiento Penal, Editorial Leyer.

EL PROCESO PENAL ACUSATORIO, Las audiencias en el juicio oral Tomo II, Ediciones jurídicas Andrés Morales.

EL PROCESO PENAL ACUSATORIO, Roles de los intervinientes Tomo III, Ediciones jurídicas Andrés Morales.

ESPITIA GARZÓN, Fabio, Instituciones de derecho procesal, sistema acusatorio, Séptima edición actualizada.

FIERRO MÉNDEZ, Helidoro, La prueba ilícita e ilegal, Efectos jurídicos en el proceso penal, Editorial leyer.

GÓMEZ ROLDAN Andrés, Constitución Lúdica y pedagógica, Editorial Ibáñez.

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto, Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral, Ediciones nueva jurídica.

FERNANDEZ, López Mercedes, prueba y presunción de inocencia, Lustel, Madrid 2005

Convención europea de Derechos Humanos

Constitución Política de Colombia

Ley 906 del 2004

Función del Descubrimiento de la prueba en el nuevo sistema acusatorio Colombiano” revista de la defensoría pública de Colombia N 2 La Defensa

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-980 Del 2005, MP .Rodrigo Escobar Gil

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-118 Del 2008, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-536 Del 2008, MP. Jaime Araujo Rentería

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia 26827, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 33660 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

