UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

La afectación de derechos que implica el no aplicar la prisión domiciliaria en la justicia penal militar por su falta de regulación

Alvaro Mauricio Vanegas Cárdenas

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá D.C., Colombia
2019

La afectación de derechos que implica el no aplicar la prisión domiciliaria en la justicia penal militar por su falta de regulación

Alvaro Mauricio Vanegas Cárdenas

Tesis como requisito para optar al título de:

Magíster en Derecho – Perfil de profundización

Director:

Ph.D. Víctor Manuel Cáceres Tovar

Codirector:

Ph.D. Jorge Enrique Carvajal Martínez

Línea de Investigación:

Criminología, Problemas Sociales y Control Social de la Escuela de investigación en Criminología Mediática, Justicia Penal y Política Criminal “Luis Carlos Pérez”

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho

Bogotá D.C., Colombia

2019

“El objetivo de la educación es la virtud y la meta de convertirse en un buen ciudadano” Platón.

Agradecimientos

A mi madre porque siempre ha creído en mí y me motiva a seguir por el camino que escogí.

A la Universidad Nacional de Colombia, una cuna de sabiduría e inclusión .

A mi director de tesis Víctor Manuel Cáceres Tovar por su confianza y orientación profesional.

Resumen

El presente trabajo consiste en un estudio de profundización, su fin es determinar si la improcedencia de la pena sustitutiva de prisión en el lugar de residencia por su falta de regulación en el código penal militar, constituye una forma de trato desigual entre militares y civiles, una forma de afectación del interés superior del menor, de la dignidad humana y también de la naturaleza propia de la justicia penal militar. Para el desarrollo de la investigación se acudió a un modelo explicativo con un enfoque mixto (cualitativo- cuantitativo) donde se analizaron normas jurídicas, decisiones judiciales proferidas por el Tribunal Superior Militar y la Corte Suprema de Justicia en relación con el tema, así como varias posturas doctrinarias. Los resultados evidencian que la voluntad del legislativo en no incluir la prisión domiciliaria en el código penal militar constituye una postura acertada a partir de una interpretación exegética del ordenamiento jurídico, sin embargo desde la teoría de los principios constitucionales se encontraría una excepción tratándose de casos de militares padres y madres cabeza de hogar que podrían acceder a la sustitutiva al reunir los requisitos del código penal común y la Ley 750 de 2002, en la medida que se involucra el interés superior del menor como principio prevalente.

Palabras clave

Justicia penal militar, prisión domiciliaria, fuero penal militar, principios, fuerza pública, código penal militar, penas.

Abstract

The present work consists of a deepening study, its purpose is to determine if the inadmissibility of the substitute punishment of house arrest due to its lack of regulation in the military criminal code constitutes a form of unequal treatment between the military and civilians, a form of affectation of the the best interest of the minor, of human dignity and also of the nature of military criminal justice. For the development of the research, an explanatory model with a mixed (qualitative-quantitative) approach was used, where legal norms, judicial decisions made by the Superior Military Tribunal and the Supreme Court of Justice in relation to the subject, as well as several doctrinal positions. The results show that the will of the legislature not to include house arrest in the military criminal code is an accurate position based on an exegetical interpretation of the legal system, however, from the theory of constitutional principles, an exception would be found in cases of military fathers and mothers head of household who could access the alternative by meeting the requirements of the common criminal code and Law 750 of 2002, to the extent that the best interests of the child are involved as a prevailing principle.

key words

Justice military, house arrest, military jurisdiction, principles, military forces, military code, punish, punishment.

Contenido

Pág

Resumen 4
Introducción 8

Capítulo I: Derecho penal militar y prisión domiciliaria 22
1.1 Aspectos generales del derecho penal 22
1.2 Por qué se dice que el derecho penal militar es especial 24
1.3 El legislador como órgano encargado de expedir las leyes penales Militares, subrogados y beneficios penales 26
1.4 La prisión domiciliaria como pena sustitutiva 28

Capítulo II: 40
El principio de igualdad, interés superior del menor, dignidad humana, legalidad e Integración normativa y su relación con la prisión domiciliaria

2.1 40
El alcance de los principios según la doctrina y la jurisprudencia constitucional
2.2 48
El principio de igualdad respecto de los destinatarios de las normas penales militares y ordinarias
2.3 La analogía como manifestación del principio de igualdad 54
2.4 El interés superior del menor y su relación con la prisión domiciliaria 58
2.5 La dignidad humana y su relación con la ejecución de la pena 63
2.6 El principio de legalidad 65
2.7 La integración normativa 68
2.8 La prisión domiciliaria en algunos códigos penales extranjeros 70

Capítulo III: **74**
El debate sobre la procedencia de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar
3.1 Los bienes jurídicos más relevantes para las instituciones castrenses 74
3.2 El bien jurídico del servicio 75
3.3 El bien jurídico de la disciplina 79
3.4 El bien jurídico del honor militar 83
3.5 Los demás bienes jurídicos de la codificación penal militar 84
3.6 87
Los índices de criminalidad respecto de los delitos de función al interior de las fuerzas armadas y de policía
3.7 90
La procedencia de la prisión domiciliaria en la justicia penal militar por vía de la analogía y los fines de la pena según el Radicado 40282 del 5 de abril de 2017 proferido por la Corte Suprema de Justicia

3.8 La prisión domiciliaria desde el contexto social y carcelario del país 97
3.9 La ponderación de principios como posible pauta de solución 100
3.9.1 Principio de legalidad VS principio del interés superior del menor 104
3.9.1.1 La fórmula del peso 109
3.9.2 Principio de legalidad VS principio de igualdad 111
3.9.2.1 La fórmula del peso 114
3.9.3 Principio de legalidad VS Principio de dignidad humana 116
3.9.4 Principio de legalidad VS Principio de integración normativa 120

Conclusiones 122

Recomendaciones 131

Bibliografía 134

Introducción

La presente investigación es en la modalidad de profundización, consiste en un estudio explicativo que a partir de la hermenéutica, cuestiona la improcedencia de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva al interior de la jurisdicción penal militar debido a su falta de regulación por parte del legislativo en los códigos penales militares, en ese sentido, se han presentado cuestionamientos por parte de militares y policías condenados por la justicia penal militar que a través del recurso de apelación y por vía de la acción de tutela contra el Tribunal Superior Militar y Policial como corporación judicial que actúa en segunda en asuntos penales al interior de esa jurisdicción foral, han reclamado la concesión de esta pena sustitutiva a partir de los principios de igualdad, favorabilidad, integración normativa e interés superior del menor, esto último en tratándose de condenados que son padres y madres cabeza de hogar.

Sin embargo, a pesar de plantearse tales reclamos ante el Tribunal Superior Militar y Policial en segunda instancia e inclusive a través de acciones de tutela contra ese tribunal castrense siendo resueltas por la Corte Suprema de Justicia, la respuesta mayoritaria ha sido que no es procedente la aplicación de esta pena sustitutiva por su ausencia de regulación en las leyes penales militares, posición que se torna dominante frente a cualquier postura contraria que pretenda formularse, en este sentido se consultó en la Relatoría del Tribunal penal castrense la existencia de casos puntuales tramitados de procesos penales en los cuales los uniformados que fueron condenados requirieron beneficiarse de la prisión domiciliaria, encontrándose un total de 19 casos entre el año 2011 y el año 2018 en los cuales la concesión de la pena sustitutiva fue negada.

Del mismo modo, frente al tema en cuestión se consultó en la Corte Suprema de Justicia los casos que han sido debatidos ante esa instancia en sede de tutela y casación, encontrándose un total de 11 fallos de tutela y una sentencia

de casación, donde igualmente se evidenció un notorio respaldo a la posición adoptada por el Tribunal Superior Militar y Policial consistente en la negativa de conceder la pena sustitutiva, con excepción de una única decisión en sentido contrario que corresponde al fallo de casación No. 40282 del 5 de abril de 2017, que a pesar de variar la posición mayoritaria antes señalada, no se considera vinculante en la medida que no constituiría doctrina probable ni precedente judicial, aspecto que se analizará detalladamente en el presente trabajo.

Sobre este particular, estas fueron las decisiones consultadas a las cuales se ha hecho referencia:

Tribunal Superior Militar

1. Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (17 de marzo de 2011) Auto de segunda instancia No. 155214. MP. Teniente Coronel Noris Toloza Gonzalez.
2. Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (18 de noviembre de 2013) Auto de segunda instancia No. 157815. MP. Teniente Coronel Noris Toloza Gonzalez.
3. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (02 de abril de 2013) Sentencia segunda instancia No.157605. MP. Teniente Coronel Jaqueline Rubio Barrera.
4. Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (17 de febrero de 2014) Auto de segunda instancia No. 154892. MP. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira.
5. Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (27 de junio de 2014) Auto de segunda instancia No. 150747. MP. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira.
6. Tribunal Superior Militar. (16 de mayo de 2014) Auto de segunda instancia No. 149650. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.

7. Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (21 de febrero de 2014) Auto de segunda instancia No. 153391. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.
8. Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (20 de mayo de 2015) Auto de segunda instancia No. 154892. MP. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira.
9. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (26 de marzo de 2015) Auto segunda instancia No.154301. MP. Capitán de Navío Jorge Iván Oviedo Pérez.
10. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (26 de marzo de 2015) Auto segunda instancia No.154301. MP. Capitán de Navío Jorge Iván Oviedo Pérez.
11. Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión. (14 de abril de 2016) Auto segunda instancia No.158250. MP. Teniente Coronel Wilson Figueroa Gómez.
12. Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión. (12 de julio de 2016) Auto segunda instancia No.158207. MP. Capitán de Navío Julián Orduz Peralta
13. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (19 de julio de 2016) Auto segunda instancia No.148962. MP. Mayor José Liborio Morales Chinome.
14. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (30 de junio de 2017) Auto segunda instancia No.158726. MP. Mayor José Liborio Morales Chinome.
15. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (14 de agosto de 2017) Auto segunda instancia No.158287. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.
16. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (25 de octubre de 2017) Auto segunda instancia No.155609. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.

17. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (10 de octubre de 2017) Auto segunda instancia No.158122. MP. Brigadier General María Paulina Leguizamón Zárate.
18. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (17 de noviembre de 2017) Auto segunda instancia No.158405. MP. Mayor José Liborio Morales Chinome.
19. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (28 de noviembre de 2018) Auto segunda instancia No.158452. MP. Teniente Coronel Wilson Figueroa Gómez.

Corte Suprema de Justicia

1. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 01 de junio de 2005) Radicado No. 20748). MP. Mauro Solarte Portilla.
2. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 12 de diciembre de 2006) Radicado No. 28840). MP. Javier Zapata Ortiz.
3. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 14 de junio de 2007) Radicado No. 31455). MP. Marina Pulido de Barón.
4. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 30 de julio de 2008) Radicado No. 37098). MP. Julio Enrique Socha Salamanca.
5. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 19 de marzo de 2009) Radicado No. 40893). MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
6. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 5 de octubre de 2010) Radicado No. 50586). MP. Javier Zapata Ortiz.
7. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 23 de agosto de 2012) Radicado No. 62181). MP. Julio Enrique Socha Salamanca.
8. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 28 de agosto de 2014) Radicado No. 75350). MP. Luis Guillermo Salazar Otero.
9. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 4 de noviembre de 2014) Radicado STC- 15034 – Sala Civil). MP. Margarita Cabello Blanco.

10. Corte Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 17 de noviembre de 2015) Radicado STC-15738- Sala Civil). MP. Margarita Cabello
11. Corte Suprema de Justicia. (Casación del 5 de abril de 2017) Radicado 40282. MP. Luis Guillermo Salazar Otero.
12. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 7 de diciembre de 2017) Radicado No. 95670). MP. Eyder Patiño Cabrera.

Para analizar detalladamente las causas de este contexto, es preciso mencionar que la fuerza pública por su naturaleza especial posee un régimen penal propio el cual se encuentra definido en la Ley 522 de 1999 en su aspecto procesal y la Ley 1407 de 2010 que regula la parte sustantiva, normas penales aplicables a los uniformados que integran las fuerzas militares y también a los policías en servicio activo cuando cometen delitos en relación con su funciones, esta normatividad opera en forma paralela a la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 que se le aplican a los particulares y demás servidores públicos cuando transgreden las normas penales, ambos regímenes punitivos coinciden en que derivan de la Constitución y guardan otras similitudes como los principios que rigen la parte sustantiva y procesal del derecho penal, así como las funciones y fines de la pena.

No obstante, si se realiza una revisión del estatuto penal común frente al código penal castrense se evidencian diferencias en la parte sustantiva, entre ellas la clase de delitos por los cuales se juzga a los militares y policías, siendo este hecho de poco conocimiento y relevancia para el ciudadano común e igualmente de poco interés académico, a esto se le adiciona que en la práctica las condenas contra los militares por delitos relacionados con su deber funcional no generan un impacto trascendental en la sociedad, en razón a que no se publicitan las estadísticas respecto a las condenas que profiere la justicia penal castrense en un medio de fácil acceso para la ciudadanía en general.

Por otro lado, es relevante mencionar que el derecho penal militar protege bienes jurídicos enlistados en la Ley 1407 de 2010 que son totalmente distintos al régimen penal común, a modo de ejemplo, el servicio, la disciplina, el honor, la seguridad de la fuerza pública, los intereses de la fuerza pública y los delitos contra la población civil, bienes jurídicos de suma importancia al interior de las fuerzas armadas y de policía, pero que son relevantes únicamente para las instituciones castrenses, tornándose desconocidos y de poco interés común y académico.

De la misma manera, el código penal militar particularmente contiene una disposición novedosa en el artículo 171 frente a los delitos comunes, lo cual permite a los jueces penales militares investigar y juzgar a sus pares por conductas señaladas en el código penal ordinario cuanto estas guarden relación con el servicio a excepción de aquellos delitos contemplados en el artículo 3º del mismo código penal militar, esto, es los crímenes de lesa humanidad, la tortura, el genocidio, la desaparición forzada de personas, aquellos tipos penales que atenten contra los intereses y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, así como aquellos delitos contrarios al servicio que prestan las fuerzas armadas y de policía, a manera de ejemplo: el falso testimonio o la inasistencia alimentaria que escapan al a órbita de competencia de esa jurisdicción al no constatarse en estos su relación con el servicio.

En tal sentido, y con el ánimo de ilustrar al lector respecto a las condenas por delitos de función y delitos comunes vinculados con el servicio que igualmente son cometidos por militares y gendarmes afectando los bienes jurídicos antes referenciados, por intermedio de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar se obtuvieron las estadísticas del año 2015 al 2018 donde se relacionaron las condenas proferidas en la jurisdicción penal militar, para el análisis de la información recolectada se utilizará el método cuantitativo de análisis estadístico (Sampieri, 2007, p. 254-258), por lo que inicialmente se

tomará por año las siguientes variables: bienes jurídicos, delitos y cantidad de condenas registradas, una vez hecho ello se ordenará de mayor a menor las cifras obtenidas clasificándolas por delitos y bienes jurídicos.

Lo dicho hasta aquí respecto al régimen penal militar es lo que en parte soporta una jurisdicción especializada en la materia, constituida por un tribunal penal militar, jueces y fiscales que se encargan de impartir justicia al igual que los demás jueces ordinarios, se trata de una jurisdicción especializada que debe actuar de cara a la Constitución y la ley, además acoplándose a las reformas legales que se han ido introduciendo para hacer más efectiva la justicia, entre ellas las que tienen que ver con los beneficios, subrogados penales y penas sustitutivas donde el legislador optó por figuras novedosas como la prisión domiciliaria, no obstante el Congreso de la República en uso de la potestad reglamentaria derivada de la Constitución, en cuanto a la regulación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y subrogados penales, decidió no incluir en las leyes penales militares la prisión domiciliaria como pena sustitutiva generando con ello un aparente escenario de desigualdad entre militares y civiles condenados, dado que solamente éstos últimos pueden tener acceso a la sustitutiva siempre y cuando agoten las exigencias legales.

Sin embargo, a pesar de la ausencia de regulación de dicha pena sustitutiva en las normas penales castrenses y por ende su improcedencia, se han presentado solicitudes de militares y policías condenados que han pretendido acceder a esta pena sustitutiva desatándose debates de casos puntuales ante los juzgados penales militares de primera instancia, el Tribunal Superior Militar en segunda instancia y la Corte Suprema de Justicia a través de los fallos judiciales antes mencionados, concluyéndose en forma general que la no reglamentación de esta pena sustitutiva en las leyes penales militares hace imposible su aplicación bajo el entendido que la jurisdicción penal militar es especial en cuanto a sus normas penales y procedimientos, siendo entonces erróneo acudir al

principio de integración normativa con la ley penal ordinaria para conceder la pena sustitutiva, al principio de igualdad pretendiendo equiparar los códigos penales militares con el código penal común así como sus destinatarios, el principio de favorabilidad, y el principio de interés superior del menor entendido como máxima prevalente frente a los casos de militares condenados que son padres y madres cabeza de familia.

No obstante, se hace necesario mencionar que en sentido contrario la Corte Suprema de Justicia profirió el fallo de casación No. 40282 del 5 de abril de 2017, donde estableció la procedencia de la figura de la prisión domiciliaria en la justicia militar por vía de la analogía aplicando el principio general del derecho que dice “Donde hay la misma razón de hecho debe existir la misma razón de derecho”, esto en relación a las funciones de las penas que se consideran iguales tanto en el derecho penal ordinario como para las normas penales castrenses.

Dicho lo anterior, pareciera que la Corte Suprema de Justicia a través del fallo anteriormente citado, pusiera fin a cualquier discusión sobre la procedencia de la prisión en el sitio de residencia como pena sustitutiva en la justicia militar al introducirla a través del fallo antes referenciado, no obstante, a pesar del aparente cambio de criterio hermenéutico de esa alta corporación sobre la materia, el cual conlleva la vinculatoriedad para los jueces respecto del contenido de esa decisión, este panorama amerita un análisis en profundidad no solamente desde la analogía y la función la pena que fueron precisamente los argumentos que soportaron tal decisión, sino que la procedencia o no de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal castrense debe ser analizada igualmente desde los principios constitucionales, la naturaleza especial de la justicia militar que implica analizar los bienes jurídicos y delitos del estatuto penal castrense, los destinatarios de la norma penal militar, los fines de la pena y los intereses de terceros afectados en forma indirecta por causa de la imposición de penas privativas de la libertad en el proceso penal militar, para el caso en concreto, los

intereses superiores de los menores cuando los militares condenados son padres o madres cabeza de familia.

Planteado el contexto anterior, el presente trabajo de investigación obedece a un interés académico y de conocimiento en general, que igualmente busca poner en evidencia una jurisdicción penal muy particular que administra justicia por mandato constitucional a pesar de no pertenecer a la rama judicial de poder público, aspecto que aparentemente se torna atípico desde el punto de vista académico y desde la organización del Estado, como quiera que la justicia penal militar pertenece a la rama ejecutiva del poder público (Const., 1991, art. 221), por ende su estructura administrativa, planta de personal de empleados y funcionarios judiciales son designados por el Ministerio de Defensa Nacional bajo la figura del libre nombramiento y remoción (Decreto 091, 2007; Decreto 4484, 2008), por lo que en estos aspectos no hay una intervención del Consejo Superior de la Judicatura como sí lo hace con la rama judicial del poder público.

Adicionalmente, esta jurisdicción por disposición de las Leyes 940 de 2005 y 1765 de 2015, solo cuenta con un tribunal de segunda instancia ubicado en la ciudad de Bogotá, el cual se encarga de resolver los asuntos de su competencia a nivel nacional, igualmente cuenta con juzgados penales militares de instrucción, fiscalías y jueces militares de primera instancia que pueden ser civiles o uniformados, los cuales tienen sus respectivas sedes al interior de los cantones militares incluidos batallones, brigadas, divisiones, fuerzas navales, comandos aéreos de combate y también en los departamentos de policía ubicados en todo el país.

Igualmente, es menester exponer que la especialidad de la justicia penal militar no la margina de la independencia judicial ni del deber de administrar justicia que deriva del preámbulo y los primeros artículos de la Constitución Política de donde se desprende que la justicia es uno de los fines esenciales del

Estado para alcanzar un orden social más justo, de esa manera las decisiones de los jueces deben ajustarse a tal finalidad y como garantía de ello quedan sometidas al control de las instancias, en esa medida las decisiones judiciales proferidas por los jueces penales militares tienen control de segunda instancia por parte del Tribunal Superior Militar y Policial y por la Corte Suprema de Justicia a través del recurso de casación (Ley 1407, 2010, art 199).

De esta forma, el interrogante que se plantea es el siguiente ¿Constituye una forma de trato desigual, de afectación del interés superior del menor, de la dignidad humana y también de la naturaleza propia de la justicia castrense, el hecho de no aplicarse la prisión domiciliaria por su falta de regulación en esa jurisdicción especializada?

Bajo ese entendido, el objetivo general del presente trabajo consistirá en resolver el interrogante antes planteado determinando sí los aspectos allí señalados se constatan o no, para ello se partirá de la hipótesis de un posible contexto de desigualdad en perjuicio de los militares condenados a la pena privativa de la libertad frente a las personas civiles en esa mismas circunstancias, de la misma manera, una posible afectación de los intereses superiores de los menores en los casos de solicitudes de militares que son padres y madres cabeza de familia condenados que reúnen los requisitos que trae la Ley 750 de 2002 que regula los requisitos exigidos a las madres cabeza de hogar para acceder a la prisión domiciliaria.

Ahora bien, planteado el contexto del interrogante, el objetivo general y la hipótesis, es pertinente resaltar el criterio general adoptado por los jueces y magistrados de la justicia penal castrense y la Corte Suprema de Justicia para resolver los casos de militares condenados que han solicitado ser beneficiarios de la prisión domiciliaria, en tal sentido, el tratamiento ha sido interpretar los códigos penales militares a partir del método exegético donde se destaca la lógica

subjetiva (Rojas Piñeres, 2005, p. 100), método que apela únicamente a la voluntad del legislador cuando expide una norma, bajo esa óptica la solución a los casos puntuales de solicitudes de prisión domiciliaria al interior de procesos tramitados por la jurisdicción penal militar consistió en que por voluntad legislativa no se reguló tal figura y por ende es improcedente, de esa manera por sustracción de materia quedarían descartadas otras pautas de solución como la teoría de los principios, que constituirían una opción que podría dar una solución más justa a cada caso concreto.

Es por ello que este trabajo pretende exponer y analizar a fondo la problemática planteada, y en forma subsiguiente, proponer si es viable o no una posible solución que permita la aplicación de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva en la jurisdicción penal militar, pues se considera que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que corresponde al fallo de casación No. 40282 del 5 de abril de 2017, no soluciona el asunto en la medida que impuso una hermenéutica que no analizó la procedencia de la pena sustitutiva en cuestión a partir de la gravedad de los delitos y la protección de bienes jurídicos que traen las normas penales castrenses, pues de un análisis desprevenido de la misma podría inferirse que puede aplicarse la sustitutiva en la mayoría de los casos donde los militares y policías cometen delitos que atentan contra la mayoría de los bienes jurídicos en los que se edifica el derecho penal castrense.

Así las cosas, los objetivos específicos que se desarrollarán serán los siguientes:

1. Identificar y analizar el marco normativo y jurisprudencial existente en Colombia respecto al beneficio de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal castrense.

2. Exponer el ámbito de aplicación de los principios de igualdad, interés superior del menor, legalidad y dignidad humana desde la jurisprudencia y las teorías del derecho.
3. Analizar si es procedente la adopción de una teoría relacionada con la aplicación de los principios como alternativa para conceder el beneficio de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar ante su falta de regulación en los códigos penales militares.

Ahora bien, para desarrollar la hipótesis planteada así como los objetivos de la investigación, en el capítulo primero, se hará una breve exposición de los aspectos generales del derecho penal aplicable en el país, del mismo modo se hará mención a las particularidades de la justicia penal castrense, la facultad de configuración normativa del legislador en cuanto a la expedición de leyes penales militares, la naturaleza de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva, así como el marco normativo y jurisprudencial existente en Colombia respecto de esta pena sustitutiva en la jurisdicción penal castrense.

En el segundo capítulo, a partir de la jurisprudencia nacional y las teorías del derecho se abordará el principio de igualdad, el interés superior de los menores, el principio de legalidad y la dignidad humana frente a la ejecución de la pena, igualmente se expondrá la forma como operan los principios en el derecho penal ordinario y militar, los fines y funciones de la pena en el derecho ordinario y militar, así como una breve reseña de los códigos penales militares de Argentina, Chile, Perú, Ecuador y España que guardan algunas similitudes con el código penal militar colombiano en cuanto a los alcances del fuero militar y además porque se trata de Estados que tienen normas codificadas, lo cual es característico de aquellos países que se rigen por un sistema de derecho civil (Civil law), esto con el fin de determinar si en esos ordenamientos está incluida la pena de prisión domiciliaria en sus respectivas jurisdicciones penales militares y en qué situaciones se aplica.

Un tercer capítulo, donde se abordará en profundidad la procedencia o no de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar a partir de los principios de igualdad, interés superior del menor, legalidad, dignidad humana e integración normativa, igualmente se analizará la procedencia de esta pena sustitutiva a partir de los bienes jurídicos del código penal militar y desde el contexto social en torno a la ejecución de dicha pena. Así mismo, en este último capítulo se realizará un análisis del fallo de casación No. 40282 del 5 de abril de 2017 donde la Corte Suprema de Justicia, el cual estableció la viabilidad de la prisión domiciliaria en la justicia militar como pena sustitutiva a partir de la analogía en cuanto a la función de la pena.

De la misma manera, en el tercer capítulo se hará un ejercicio en torno a la teoría de ponderación de principios planteada por Robert Alexy en sus obras: Teoría de los derechos fundamentales y Teoría de la argumentación jurídica, como quiera que se evidencia un posible escenario donde el principio de legalidad de la pena se vería enfrentado al principio de interés superior de los menores, al principio de igualdad, al principio de integración normativa y a la dignidad humana. Finalmente, se formularán las conclusiones y recomendaciones del trabajo de investigación.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, el presente trabajo es una profundización sobre el tema en cuestión e igualmente corresponde a un estudio explicativo, en la medida que no solamente se trata de recopilar información, clasificarla y con ello agotar un proceso descriptivo (Cerda Gutiérrez, 2000, p. 77), sino que va más allá, dado que se pretende indagar sobre las causas de la situación que se ha planteado y por qué se ha venido prolongando en el tiempo generando un aparente contexto de desigualdad en perjuicio de los militares y policías que están sometidos al régimen penal castrense, el enfoque dado a la investigación es de carácter mixto (cuantitativo- cualitativo), pues a través del

análisis de contenido se examinarán fuentes primarias y secundarias de información que corresponden a normas jurídicas, decisiones judiciales proferidas por el Tribunal Penal Castrense y la Corte Suprema de Justicia en relación con el tema, del mismo modo, posturas doctrinarias que tienen que ver con los principios mencionados en los objetivos específicos, igualmente se analizarán cifras numéricas que tienen que ver con la cantidad de condenas por delitos y bienes jurídicos proferidas por la justicia penal militar durante los años 2015 a 2018 por tratarse de un periodo reciente frente al tema de investigación. Para el desarrollo metodológico se tendrán en cuenta el texto de Fundamentos de metodología de investigación Roberto Hernández Sampieri y el texto Fundamentos de la investigación de Hugo Cerda Gutiérrez.

En cuanto a la población destinataria de este estudio, se tiene que lo constituye precisamente la jurisdicción penal militar como órgano encargado administrar justicia al interior de las fuerzas armadas y de policía por mandato constitucional (Const., 1991, art. 116), igualmente el personal de soldados, oficiales suboficiales de alto y bajo rango que integran las instituciones armadas del país (Const., 1991, art. 217-218), pero que en desarrollo de ese mandato transgreden tales disposiciones convirtiéndose en destinatarios de las normas penales castrenses siendo investigados y juzgados por los jueces penales militares.

Respecto al análisis para la selección de la muestra, se determinó que esta es no probalística o muestra dirigida, como quiera que obedece a un proceso de selección informal en torno al tema de investigación que busca explicar una situación particular que se presenta en un segmento poblacional (Sampieri,2007, p.167-168), para el caso la jurisdicción penal militar, en ese sentido, se consideró como tal las decisiones judiciales del Tribunal Superior Militar y la Corte Suprema de Justicia relacionadas con el tema de prisión domiciliaria en la jurisdicción penal castrense entre los años 2011 y 2018.

Así mismo, para la recopilación de las decisiones judiciales sobre peticiones de prisión domiciliaria tramitadas por el Tribunal Superior Militar y Policial, se acudió a la Relatoría de esa Corporación donde se encontraron un total de 18 decisiones frente al tema. En igual sentido, en cuanto a las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia relacionadas con peticiones de casos de prisión domiciliaria en la Justicia Militar se consultó la página web de consulta oficial de jurisprudencia de esa alta Corporación encontrando un total de 11 decisiones que fueron consultadas.

Del mismo modo, se consultó en la página web de la relatoría de la Corte Constitucional respecto a fallos relacionados con el tema frente a lo cual no se encontró información al respecto. Así mismo, en cuanto a la recopilación de información relacionada con la doctrina y jurisprudencia relevante sobre la aplicación de los principios que involucran el tema de investigación se consultó el sitio web de la Relatoría de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Por último, en cuanto a los medios de difusión de los resultados obtenidos, se le comunicarán al Ministerio de Defensa Nacional a través de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y también a la relatoría del Tribunal penal castrense.

Capítulo I

Derecho penal militar y prisión domiciliaria

1.1 Aspectos generales del derecho penal

El derecho penal se concibe como un instrumento represivo del Estado contra sus ciudadanos, el cual se activa cuando éstos ejecutan conductas consideradas dañinas porque atentan contra aquellos bienes jurídicos que cada sociedad considera de suma importancia para el conglomerado social, precisamente por ser represivo se ha constituido como la *última ratio* para la salvaguarda de esos bienes, ya sea por ataques directos contra ellos o simplemente por ponerlos en peligro (Ley 599, 2010,art 11), en su aspecto objetivo, Mir Puig concibe el derecho penal como el sistema normativo que integra mandatos y principios que en respuesta a la ejecución del delito atribuye la respectiva sanción, esto es, la pena para ciertos comportamientos o la medida de seguridad dependiendo de cada proceso en particular.(Mir Puig, 1996. p. 11).

Sin embargo, no todos los bienes jurídicos de una sociedad merecen protección a través del derecho penal, solo los más privilegiados son objeto de esa garantía, bienes como la vida, la libertad sexual, la administración de justicia, la integridad personal e incluso el patrimonio económico son objeto de protección del derecho penal en nuestra legislación actual, a tal punto que la política criminal del Estado ha optado por elevar a la categoría de delitos múltiples comportamientos humamos que surgen como producto de los contextos sociales actuales del país (Velásquez, 2010, p.23), como acontece con los tipos penales surgidos de los daños causados por el hombre contra el medio ambiente (Ley 491,1999) o aquellos relativos al sufragio (Ley 1864,2017), de esa manera el derecho penal tiene que adaptarse a esas nuevas formas de criminalidad para responder de manera eficiente a las demandas de justicia social.

De otra parte, los mandatos que prohíben la realización de determinadas conductas consideradas dañinas así como el castigo correspondiente deben ajustarse al principio de legalidad como norma rectora del derecho penal (Const., 1991, art. 29) es decir, que tanto el delito como su pena respectiva deben anteceder a la realización de la conducta criminal, solo de esa manera se concibe un derecho penal garantista de los derechos fundamentales del ser humano en especial la dignidad humana y el debido proceso (Const., 1991, art. 1), se trata de una forma de contrarrestar los abusos del sistema jurídico en perjuicio de las personas que se ven vinculadas en una actuación de carácter penal. Esta conquista ha surgido de la constitucionalización del derecho penal, pues se entiende que el sistema penal no puede actuar en forma aislada y de espaldas a la Constitución Política en la medida que los principios y derechos allí plasmados deben garantizarse en el proceso penal, de lo contrario la aplicación del castigo penal sería un acto de barbarie e injusticia en manos de unos pocos como instrumento de venganza personal (Bernal & Montealegre, 2013, p. 50).

Del mismo modo, la pena debe ser proporcional al delito realizado pues en todo momento debe respetarse la dignidad humana de la persona (Velásquez, 2010, p. 658), en ese sentido se prohíbe la aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes que atenten contra la esencia misma del ser humano (Const., 1991, art. 11,12), como lo es la pena de muerte, la mutilación, el destierro y las penas perpetuas dado que ese tipo de castigos no se compadecen con los fines de las penas introducidos por el legislativo en estatuto penal común (Ley 599, 2000, art. 4), de esa manera, la amenaza de la imposición de una pena sea privativa de la libertad, pecuniaria o privativa de otros derechos como consecuencia de la ejecución de un comportamiento calificado como delito, se le denomina prevención general, en la medida que busca que el conglomerado social se abstenga de cometer ciertas conductas prohibidas que se encuentran señaladas en el código penal respectivo (Velásquez, 2010, p. 167), así mismo, existe otro fin de la pena dirigido a aquellos que decidieron quebrantar la ley

penal y fueron motivo de castigo, esto es, la prevención especial que busca la resocialización del condenado (Corte Constitucional, Sentencia C-806-02) .

De otro lado, si bien el derecho penal constituye un marco jurídico general que se aplica a toda la ciudadanía por igual (Ley 599,2000,art.7), también es cierto que el legislador por mandato constitucional ha diseñado formas especiales de investigación y juzgamiento para ciertas poblaciones, como lo es el caso de la fuerzas militares y de policía a través del código penal militar, texto normativo que comprende una especialidad de derecho penal con particularidades que no pueden ser aplicadas a los ciudadanos comunes ni a los demás servidores públicos, en la medida que su fin es investigar y juzgar las conductas penales cometidas por los miembros en servicio activo de las fuerzas armadas y de policía en relación con el servicio que prestan al Estado, finalidad que surge del contenido de los artículos 217 y 218 de la Carta Política.

1.2 ¿Por qué se dice que el derecho penal militar es especial?

La respuesta se encuentra en varios artículos de la misma Constitución, es así que el artículo 116 establece los órganos encargados de administrar justicia señalando claramente que la jurisdicción penal castrense, administra justicia así como lo hacen las demás jurisdicciones que gozan de tal atribución. También es importante referir, que la justicia penal militar forma parte de la rama ejecutiva del poder público (Const., 1991, art. 221) pero ello no es óbice para que se sustraiga de su función de administrar justicia. Así mismo, la justificación de la especialidad de la justicia militar se soporta desde los artículos 216 al 223 de la Constitución, especialmente, el artículo 221 modificado por el acto legislativo 01 de 2015, norma de la cual se desprende que en Colombia existe un fuero penal especial para el personal que integra la fuerza pública (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional), fuero que puede ser definido como una prerrogativa constitucional que dota a los militares y policías de un tratamiento especial en cuanto a la investigación y juzgamiento de conductas penales relacionadas con

su deber funcional por unos jueces y un tribunal especializado (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97).

En esa medida, se trata de una garantía que permite que militares y policías sean juzgados por sus pares, así mismo, la sentencia C-878-00 precisó que el fuero penal militar consta de un factor subjetivo, es decir, “pertenecer a la institución castrense y ser miembro de ella” y un factor funcional “por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio”, de esa forma, las conductas penales cometidas por militares que no encuadren en los factores subjetivo y funcional, escapan a la órbita de la investigación y el juzgamiento de la jurisdicción penal militar, por ende, los jueces ordinarios son los llamados a investigar y juzgar estos casos, así como las crímenes de lesa humanidad, tema abordado ampliamente en la Sentencia C-358-97, y lo delitos señalados en el artículo 3º de la ley 1407 de 2010 que rompen el nexo funcional con el servicio.

El fuero penal militar en Colombia ha sido objeto de varias reformas constitucionales, tanto así que el artículo 221 de la Constitución de 1991 contentivo de tal figura tuvo una reforma con el Acto legislativo 02 de 1995, luego a través del Acto legislativo 02 de 2012 y finalmente el Acto legislativo 01 de 2015 vigente actualmente, el cual mantiene la previsión respecto a la investigación y juzgamiento de los militares y policías por parte de la justicia militar en los eventos de delitos íntimamente relacionados con la funciones propias de los uniformados, inclusive en aquellos contextos de enfrentamiento armado que reúnan las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, disponiendo igualmente que en esos casos deberán aplicarse las normas y principios del DIH.

1.3 El legislador como órgano encargado de expedir las leyes penales militares, subrogados y beneficios penales

En este punto cobra relevancia la facultad de configuración normativa para crear normas jurídicas atribuida al legislativo, de esa forma, le corresponde al Congreso por mandato constitucional expedir las leyes relacionadas con la fuerza pública en temas penales, tal facultad deriva del artículo 150 de la Constitución en armonía con los pronunciamientos constitucionales, en especial la sentencia C-527-94 y C-309-02 sobre límites a tal facultad del legislador cuando la misma Constitución es la que se ha encargado de regular una institución en particular o un concepto dentro del mismo articulado. Sobre el particular, es preciso puntualizar lo dicho por esa alta Corporación en la sentencia C-527 de 1994, en el sentido de indicar que la facultad de crear normas no es una atribución ilimitada del Congreso de la República frente a los principios, derechos fundamentales u otro tipo de mandatos que la misma Constitución se ha encargado de regular ampliamente en su propio texto, de ello se desprende que el legislativo no puede cercenar derechos fundamentales de los ciudadanos a través de las normas que expide con el pretexto de regular situaciones que están desarrolladas concretamente en la Constitución Política y que no necesitan de una norma de menor rango que las interprete o amplíe.(Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 2002).

Así mismo, la Sentencia C-073-10 analizó el tema de la facultad normativa del legislador en cuanto al otorgamiento de beneficios o subrogados penales, al respecto señaló que el legislador cuenta con amplia discrecionalidad en la formulación de la política criminal del Estado, lo que incluye el proceso penal y ello conlleva a determinar cuándo es viable conceder o negar beneficios penales, para ello ha acudido a criterios objetivos como la gravedad de los delitos y los bienes jurídicos que ampara el derecho punitivo, y si bien la concesión o negación de prebendas en el proceso penal no puede desconocer el derecho de igualdad, en este caso median tratados internacionales donde el Estado se ha comprometido en castigar con rigor delitos como el terrorismo, los delitos de lesa humanidad y otros crímenes repudiados por la humanidad, de lo cual se justifica

que frente a tales delitos no operen beneficios o subrogados penales, a esto se le suma que para establecer las penas respectivas y la restricción de subrogados y beneficios el legislativo ha de tener en cuenta la relevancia del delito frente al bien jurídico que protege y la política criminal del momento, es decir, se trata de verdaderas decisiones de carácter político que luego se convierten en normas penales que deben ser aplicadas por los jueces (Corte Constitucional. Sentencia C-073 de 2010).

Ahora bien, desde una postura Kelseniana, se puede afirmar que la facultad de expedir normas encuentra igualmente una justificación en el sentido que tanto el legislador como la Corte Constitucional, justifican la validez de los estatutos penales castrenses (Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010) a partir de la Constitución como “norma fundante básica” (Kelsen, 2009, p, 201-202), la cual ocupa una jerarquía superior y se caracteriza por ser; “impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, en tanto da validez, en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella” (Kelsen, 2009, p. 209). Norma que autoriza al cuerpo legislativo a expedir todas las leyes, incluyendo las que regulan la normatividad penal militar.

Siguiendo con el concepto de validez de los códigos penales militares que se mencionó en el apartado anterior, se puede decir igualmente que hay una regla de reconocimiento que les imprime validez jurídica, para el presente caso se trata de la Constitución Política, esta regla de reconocimiento en la teoría de Hart, es aquella que “suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema (…) una regla última; y cuando como es usual, hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas”(Hart,1961.p,132). Tal regla, según el tratadista antes mencionado se impone, y a través de ella es posible identificar las demás normas del ordenamiento que tienen validez,

también en esa teoría se dice que la regla de reconocimiento no siempre es explícita, pues a veces debe inferirse.

De lo dicho hasta el momento, se tiene que la facultad de configuración normativa, de la cual es titular el legislador, es la causa de la no regulación de la prisión domiciliaria en los códigos penales militares, al respecto, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a través de sus fallos de tutela, la encargada de abordar el tema en concreto respaldando la postura legislativa, y en ese sentido destacando que no es posible reconocer una pena sustitutiva que no está regulada en el código penal militar como norma especial, lo cual debe ser acatado en forma restrictiva en los términos de la Sentencia C-878-00, donde se dijo que la jurisdicción penal militar es autónoma, tanto en su parte sustantiva como procesal, así que es apenas lógico que sus normas penales tengan diferencias con los códigos penales ordinarios, y que de ese aspecto no se puede predicar una violación a la Constitución Política.

> "De otro lado, observa la Sala que el accionante acude a la acción de tutela como si se tratara de una instancia adicional a las regulares del proceso, pues al no haber sido acogida su tesis por el Juez de Primera Instancia y el Tribunal Penal Militar respecto de la procedencia de la sustitución de la detención preventiva con fundamento en la ley 750 de 2002, pretende que el Juez Constitucional se pronuncie sobre ese aspecto y deje sin efecto lo resuelto por el Juez Ordinario, lo cual no es procedente porque se estaría desconociendo la competencia que previamente fue asignada por el legislador, con violación de los principios de autonomía e independencia a que alude el artículo 228 de la Carta Política.
>
> En estas condiciones, resulta errado que el actor haya acudido en este caso a la tutela con el propósito de desconocer la actuación cumplida por los funcionarios judiciales demandados, por cuanto no se ha incurrido en las vías de hecho aducidas, puesto que el trámite se ha surtido con sujeción a lo previsto en el Código Penal Militar, normatividad que constituye una excepción al principio del Juez natural general, tiene por tanto carácter especial y debe ser aplicada en forma restrictiva tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-878 de 2000. Incluso, porque en otro pronunciamiento se dijo que la legislación penal militar era autónoma tanto en materia sustantiva como en materia procesal y por

> ende podía tener diferencias con los códigos penal y de procedimiento penal ordinarios, sin que ello fuera suficiente para afirmar que sea contraria a la Carta Política (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 28840,2006)".

De manera pues, que la disparidad de contenido del estatuto penal castrense frente al código penal ordinario se justifica desde la constitución y la jurisprudencia, de allí que se entienda que la regulación normativa que le compete al legislador en cuanto a las normas sustantivas, procesales, y aquellas que tienen que ver con los beneficios y subrogados penales difieran en ambas normatividades, sin que de ello pueda decirse que viola el principio de igualdad.

1.4 La prisión domiciliaria como pena sustitutiva

La Ley 599 de 2000 y la Ley 1407 de 2010 en cuanto a las clases de penas guardan similitud, en tanto contemplan penas principales y accesorias, las primeras son aquellas que están contenidas en los respectivos delitos y en su mayoría se trata de la privación de la libertad la cual fue establecida para suplir la condena a muerte, los trabajos forzados, la tortura y la esclavitud, castigos que se identificaban con las formas de Estados absolutistas, igualmente se clasifican como principales la pena de multa que hace referencia al castigo pecuniario cuyo fin es retribuir los perjuicios ocasionados por haberse cometido un delito (Ley 599,2000, art 39, Ley 1407, 2010, art 41), y también se tienen como penas principales las privativas de otros derechos como la pérdida del empleo o el cargo público dependiendo del caso específico, la pérdida de la patria potestad, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, entre otras (Ley 599, 2000, art 43. Ley 1407 de 2010, arts 47,48,49 y 50).

En cuanto a las penas accesorias, se trata de las mismas penas privativas de otros derechos, pero con la diferencia que las impone el juez en los casos de directa relación con la comisión del delito, sin embargo por regla general cuando

se imponga la pena de prisión igualmente se impondrá como accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (Ley 599, 2000, art 52), esta previsión opera tanto para personal civil y militares condenados, no obstante a éstos últimos se le impone además la accesoria de separación absoluta de la fuerza pública salvo que se trate de delitos contra el servicio, delitos en que la pena de prisión impuesta sea inferior a dos (2) años y delitos culposos.(Ley 1407, 2010, art 51).

De otro lado, existe una notoria diferencia entre el estatuto penal ordinario y el código penal castrense en lo que tiene que ver con las penas sustitutivas, pues mientras que el artículo 36 de la Ley 599 de 2000 las regula al referirse a la prisión en el sitio de residencia y el arresto de fin de semana, el código penal militar no contempla ninguna clase de pena sustitutiva. La prisión domiciliaria es una pena alternativa a la pena de prisión intramural, su naturaleza no la margina de los fines y funciones de las demás penas reguladas en el código penal, su ejecución se realiza en el domicilio del condenado o en el lugar que el juez disponga, además facilita la resocialización del condenado en la medida que a quien se le otorga no debe soportar las circunstancias precarias que presenta el sistema carcelario del país como lo es el hacinamiento y las condiciones infrahumanas que derivan de esa particular situación. (Corte Constitucional, Sentencia C-328-16) .

Sin embargo, la prisión domiciliaria como pena sustitutiva no existe en las leyes penales militares, la respuesta a ello es que el legislador en uso de sus facultades reglamentarias no ha tenido la voluntad de regularla, para ello se hace referencia a los antiguos códigos penales militares como lo fue la Ley 3 de 1945, que contemplaba como penas principales la prisión, el arresto, recargo en el tiempo de servicio, separación absoluta y temporal, y como accesorias, la degradación, incapacidad para pertenecer a las fuerzas armadas, pérdida de la pensión y salario de retiro; tampoco se contempló en el código penal militar de

1950, que por cierto tuvo poca vigencia, toda vez que el gobierno durante un estado de sitio declaró que el estatuto penal castrense de esa época no era acorde a los intereses del fuero militar por carecer de las garantías procesales necesarias. (Dulce Pereira, 2018, p. 57).

Posteriormente, se expidió el código penal militar de 1958, siendo derogado por el Decreto 0250 de 1958, expedido durante estado de sitio, igualmente no contempló la figura de prisión domiciliaria, posteriormente en el año 1987, se expidió la Ley 53 de 1987 que facultó al gobierno nacional para expedir una nueva codificación penal militar, expidiéndose entonces el Decreto 2550 de 1988 que se asemejaba al contenido dogmático del código penal ordinario de 1936, basado en el positivismo de Enrico Ferri, esta ley penal militar no reguló la prisión domiciliaria como pena sustitutiva, se resalta además que este código penal tuvo vigencia cuando igualmente regía el Decreto 100 de 1980, que era el código penal común y tampoco la incluía, luego se expidió la Ley 522 de 1999 (código penal militar) sin incluir esta pena sustitutiva, mientras tanto la Ley 599 de 2000 (código penal común) la incluyó como pena sustitutiva por primera vez en sus artículos 36 y 38.

La Ley 599 de 2000 ha tenido dos reformas en lo que tiene que ver con prisión domiciliaria como pena sustitutiva, una de ellas se hizo con la expedición de la Ley 1709 de 2014 en cuanto a los requisitos y formas de cumplimiento de la pena, y la otra reforma, tiene que ver con los delitos por los cuales no es procedente aplicarla por cuestiones de política criminal del Estado, el catálogo de delitos excluidos de esta pena sustitutiva, está enlistado en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 y ha sido modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, posteriormente por el artículo 4 de la Ley 1773 de 2016, el texto vigente en cuanto a la procedencia, requisitos y delitos excluidos para la aplicación de la referenciada pena sustitutiva se encuentra en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, donde se exigen los siguientes:

i) que la condena impuesta no supere los 8 años de prisión.

ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, esto es, que no se trate de los siguientes tipos penales: “Delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal (Ley 599,2000, art 38B)”.

iii) El condenado debe contar y demostrar el arraigo familiar y social.

iv) Se hace necesario garantizar mediante caución las siguientes obligaciones: abstenerse de cambiar de residencia sin previa autorización, reparar los daños del delito dentro del término establecido por el funcionario

judicial encargado de ejecutar la pena, comparecer al juzgado respectivo cuando sea convocado, permitir la vigilancia de la medida impuesta por parte de la entidad encargada de ello, entre otras que considere el juez de la causa.

Del mismo modo, a los anteriores requisitos se le adiciona el dispuesto en el inciso 1º del artículo 68ª de la Ley 599 de 2000, el cual prescribe que no se concederán beneficios penales incluida la prisión domiciliaria en los eventos que quien la solicite haya sido motivo de condena por delito en modalidad dolosa dentro de los 60 meses anteriores.

Como puede verse, la prisión domiciliaria como alternativa a la pena de prisión intramural si bien permite que el condenado que acceda a ella purgue la pena impuesta en su lugar de residencia en compañía de sus seres cercanos y por ende en mejores condiciones respecto de aquellos privados de la libertad en los establecimientos carcelarios, constituye un beneficio punitivo con múltiples condicionamientos para su concesión, como lo es el amplio catálogo de delitos por los cuales no es posible acceder a esta pena sustitutiva, así como el hecho de tener antecedentes penales de sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores, circunstancias que ponen en evidencia que la política criminal estatal respecto a la prisión domiciliaria no constituye en principio una medida indiscriminada que deba otorgarse a los condenados siempre y cuando se verifiquen exigencias como el quantum de la pena o el tipo de delito, sino que corresponde a los jueces en últimas verificar las condiciones personales y sociales del condenado en aras de determinar que éste cumplirá la pena sustitutiva bajo las condiciones impuestas y no adoptará una postura de rebeldía o burla frente a la comisión del delito y el beneficio del cual es merecedor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 17089,2003).

De otro lado, en el año 2002 fue expedida la Ley 750 de 2002, sobre requisitos para conceder la prisión domiciliaria a aquellas mujeres que son madres cabeza de hogar, los cuales están reseñados en el artículo 1º, de la siguiente manera:

"i) que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

ii) la prisión domiciliaria no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

iii) Se hace necesario garantizar mediante caución las siguientes obligaciones: abstenerse de cambiar de residencia sin previa autorización, reparar los daños del delito dentro del término establecido por el funcionario judicial, comparecer al juzgado respectivo cuando sea convocado, permitir la vigilancia de la medida impuesta por parte de la entidad encargada de ello, entre otras que considere el juez de la causa.

iv) por último, el seguimiento y control de la medida será ejercido por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del caso con apoyo del INPEC, para lo cual se programarán una serie de visitas periódicas al lugar de residencia del condenado sentando el informe respectivo (Ley 750, 2002, art 1)"

Como puede verse, la Ley 750 de 2002 siguiendo la misma tendencia del estatuto punitivo ordinario, trae una lista de delitos excluidos en su artículo primero, y ello obedece a la política criminal del Estado tendiente a no otorgar

beneficios penales cuando se transgreden bienes jurídicos de suma importancia para el conglomerado social.

Así mismo, es necesario resaltar que el deber ser de la expedición de la Ley 750 de 2002, no giró en torno a beneficiar a las mujeres por su especial condición de madres cabeza de familia, sino que estuvo encaminada en proteger el interés superior de los menores involucrados, reflexión igualmente mencionada en la sentencia C-184-03 cuando la Corte Constitucional extendió la pena sustitutiva en cuestión a los varones padres cabeza de familia que reunieran los mismos requisitos previstos en la Ley 750 de 2002.

Posteriormente, la corte suprema de justicia a través del Radicado No. 22453 del 26 de junio de 2008 realizó una interpretación sistemática de los preceptos normativos de la Ley 750 de 2002, el contenido de la sentencia C-184-03 y los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, refiriendo frente al tema que para determinar la condición de padre o madre cabeza de hogar y con ello la viabilidad de la prisión domiciliaria, no era necesario el estudio de los antecedentes penales de quien solicitaba el beneficio de la pena sustitutiva, menos la naturaleza del tipo penal por el cual fue condenado aquél que pretendía ser beneficiario de la misma.

No obstante, esa colegiatura varió tal criterio de interpretación con la expedición del Radicado No. 35943 del 22 de junio de 2011, al determinar que en efecto la pena sustitutiva era procedente si se acreditaban todas y cada una de las exigencia que trae la Ley 750 de 2002 sobre la materia, es decir, i) que el condenado o condenada ostente la condición de padre o madre cabeza de hogar; ii) que sus condiciones personales, sociales, familiares y laborales permitan predicar que estas personas no son peligrosas para la comunidad incluida su propia familia conformadas por sus hijos menores; iii) que no registre ningún

antecedente penal iv) que no se trate de condenas por los tipos penales que niegan la concesión de la medida según la Ley 750 de 2002.

De lo anterior, se entiende que la condición de padre o madre cabeza de hogar no lleva consigo *per se* la concesión de la pena sustitutiva en los eventos de condenas penales, pues nótese que ante tal supuesto igualmente el juez de la causa debe evaluar varios presupuestos legales, y si bien la medida más allá de beneficiar los intereses del condenado, busca la protección del interés superior del menor, de esa manera resulta imperioso para el funcionario judicial entrar a determinar que la medida no resulte perjudicial para los menores, toda vez que la presencia de los padres podría ser aún más perjudicial que su ausencia, en este sentido, precisamente se registran casos en que son los padres quienes maltratan a sus hijos y es necesaria la separación de los menores en aras de garantizarles unas mejores condiciones de vida (Corte Constitucional, Sentencia C-368-14).

Ahora bien, fue expedido en el año 2010 un nuevo estatuto de justicia penal militar y policial, esto es, la Ley 1407 de 2010, pero el legislador en su articulado una vez más no contempló tal pena sustitutiva, y en las actas de redacción de la referenciada ley contenidas en el tomo 017 que se encuentra en la Biblioteca del Tribunal Superior Militar, no hay registros donde conste que se haya discutido el tema sobre la no regulación de la prisión domiciliaria en la justicia penal castrense.

Actualmente la jurisdicción penal castrense, se rige por la Ley 522 de 1999, en su parte procedimental de corte inquisitivo y por la Ley 1407 de 2010, en su parte sustantiva como se ha venido señalando en apartados anteriores, igualmente, ninguna de las dos leyes contemplan la figura de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva, por ende, no se aplica por parte de los Juzgados Penales, ni por el Tribunal Superior Militar, incluso en casos que se ha reclamado su aplicación por parte de mujeres madres y padres cabeza de familia

que han sido juzgados por delitos relacionados con el servicio, frente a lo cual, la posición de la jurisdicción penal militar en cabeza del Tribunal Superior Militar es que tal figura no es procedente aplicarla, porque el legislador no la contempló en los Códigos Penales Militares, y porque la justicia penal militar es especial, ejemplo de ello son las siguientes decisiones de segunda instancia consultadas en la Relatoría del Tribunal Superior Militar:

1. Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (17 de marzo de 2011) Auto de segunda instancia No. 155214. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.
2. Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (18 de noviembre de 2013) Auto de segunda instancia No. 157815. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.
3. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (02 de abril de 2013) Sentencia segunda instancia No.157605. MP. Teniente Coronel Jaqueline Rubio Barrera.
4. Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (17 de febrero de 2014) Auto de segunda instancia No. 154892. MP. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira.
5. Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (27 de junio de 2014) Auto de segunda instancia No. 150747. MP. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira.
6. Tribunal Superior Militar. (16 de mayo de 2014) Auto de segunda instancia No. 149650. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.
7. Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (21 de febrero de 2014) Auto de segunda instancia No. 153391. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.
8. Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (20 de mayo de 2015) Auto de segunda instancia No. 154892. MP. Capitán de Navío Carlos Alberto Dulce Pereira.

9. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (26 de marzo de 2015) Auto segunda instancia No.154301. MP. Capitán de Navío Jorge Iván Oviedo Pérez.
10. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (26 de marzo de 2015) Auto segunda instancia No.154301. MP. Capitán de Navío Jorge Iván Oviedo Pérez.
11. Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión. (14 de abril de 2016) Auto segunda instancia No.158250. MP. Teniente Coronel Wilson Figueroa Gómez.
12. Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión. (12 de julio de 2016) Auto segunda instancia No.158207. MP. Capitán de Navío Julián Orduz Peralta
13. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (19 de julio de 2016) Auto segunda instancia No.148962. MP. Mayor José Liborio Morales Chinome.
14. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (30 de junio de 2017) Auto segunda instancia No.158726. MP. Mayor José Liborio Morales Chinome.
15. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (14 de agosto de 2017) Auto segunda instancia No.158287. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.
16. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (25 de octubre de 2017) Auto segunda instancia No.155609. MP. Teniente Coronel Noris Toloza González.
17. Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (10 de octubre de 2017) Auto segunda instancia No.158122. MP. Brigadier General María Paulina Leguizamón Zárate.
18. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (17 de noviembre de 2017) Auto segunda instancia No.158405. MP. Mayor José Liborio Morales Chinome.

19. Tribunal Superior Militar, Sala Segunda de Decisión. (28 de noviembre de 2018) Auto segunda instancia No.158452. MP. Teniente Coronel Wilson Figueroa Gómez.

De la misma manera, tal postura se encuentra respaldada en los siguientes fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, las cuales corresponden a fallos de tutela donde los accionantes eran militares y policías condenados a quienes les fue negada la solicitud de prisión domiciliaria en primera y segunda instancia por la jurisdicción penal militar.

1. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 01 de junio de 2005) Radicado No. 20748). MP. Mauro Solarte Portilla.
2. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 12 de diciembre de 2006) Radicado No. 28840). MP. Javier Zapata Ortiz.
3. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 14 de junio de 2007) Radicado No. 31455). MP. Marina Pulido de Barón.
4. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 30 de julio de 2008) Radicado No. 37098). MP. Julio Enrique Socha Salamanca.
5. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 19 de marzo de 2009) Radicado No. 40893). MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
6. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 5 de octubre de 2010) Radicado No. 50586). MP. Javier Zapata Ortiz.
7. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 23 de agosto de 2012) Radicado No. 62181). MP. Julio Enrique Socha Salamanca.
8. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 28 de agosto de 2014) Radicado No. 75350). MP. Luis Guillermo Salazar Otero.
9. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 4 de noviembre de 2014) Radicado STC- 15034 – Sala Civil). MP. Margarita Cabello Blanco.
10. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 17 de noviembre de 2015) Radicado STC-15738- Sala Civil). MP. Margarita Cabello Blanco.

11. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 7 de diciembre de 2017) Radicado No. 95670). MP. Eyder Patiño Cabrera.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia varió el criterio de interpretación que venía sosteniendo en los fallos de tutela antes referenciados al proferir la sentencia de casación No. 40282 del 5 de abril de 2017, en esta decisión estableció que la pena sustitutiva de prisión domiciliaria es procedente aplicarla en la jurisdicción penal militar por vía de la analogía y porque además los fines y funciones de las penas son los mismos tanto en el estatuto penal común como en la ley penal castrense, sin embargo por tratarse de un único pronunciamiento hasta el momento sobre el tema en cuestión, este debe ser analizado conforme a la teoría de la doctrina probable y el precedente judicial a fin de determinar su vinculatoriedad frente al tema de investigación, de la misma manera, analizar si la argumentación que contiene dicho fallo al pretender la aplicación de una pena sustitutiva no regulada en el código penal militar es viable por vía analógica, o si por el contrario viola el principio de legalidad de la pena, discusión que será objeto de análisis dentro del presente trabajo en forma posterior.

Para cerrar este apartado, puede decirse que la prisión domiciliaria es una creación reciente que se ha introducido en las leyes penales ordinarias, obedeciendo a la política criminal del Estado, es una verdadera pena enfocada al cumplimiento de las funciones generales de las mismas, para el caso la prevención especial (Corte Constitucional, Sentencia C-328-16). A esto se le suma que con ella se busca que los condenados cumplan la sanción penal en el lugar donde se encuentra su núcleo familiar, de allí que se considere como un verdadero beneficio a favor de los condenados (Velásquez, 2010, p. 676-677), igualmente, está diseñada en torno a la protección de los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes cuando los condenados son padres y madres cabeza de familia y han sido merecedores de la pena de prisión intramural. (Corte Constitucional, Sentencia C-184-03) .

Finalmente, según datos proporcionados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) para el mes de diciembre de 2018, la población penitenciaria del país ascendió a 187.550 reclusos, de los cuales 31.867 se encontraban con prisión domiciliaria, lo cual representó un 16.9% de esta población, estas cifra es considerativa en la medida que constituyó una forma indirecta de disminución del hacinamiento carcelario del país teniendo en cuenta que para el mes de diciembre de 2018 el porcentaje de hacinamiento fue del 47.7% , cifra última que se obtuvo sin tener en cuenta la cantidad de reclusos que se encontraban disfrutando de la pena sustitutiva.(Informe estadístico Inpec, diciembre de 2018).

Capítulo II

El principio de igualdad, interés superior del menor, dignidad humana, legalidad e integración normativa y su relación con la prisión domiciliaria

2.1 El alcance de los principios según la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Los principios definidos como: “exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (Dworkin, 1989. p.72)”, hacen parte del marco normativo del derecho penal sustantivo y procesal, son concepciones rectoras de las normas penales y a la vez límites materiales al ejercicio del *ius puniendi* (Velásquez, 2010, p. 42), para el derecho penal pueden definirse como las máximas creadas por el hombre, que facilitan direccionar el derecho penal por los senderos de la seguridad jurídica y la justicia, así mismo, estos principios se transforman en normas rectoras de los códigos penales cuando son incorporados en cada texto legal, su ubicación dentro del articulado demanda su observancia obligatoria en la tramitación del proceso penal (Ley 599, 2000, art 13).

De otro lado, para Alexy los principios constituyen mandatos de optimización en la medida que demandan la realización de algo de la mejor manera posible, de allí que éste autor considere que los principios se cumplan en diferentes estados conforme a las circunstancias de orden fáctico y jurídico (Alexy, 2012, p.67-68). Así mismo, hace una diferenciación entre reglas y principios, donde las primeras corresponden a normas válidas y aplicables que ordenan algo definitivo de acuerdo a determinadas condiciones, no obstante en algunos casos pueden presentarse como imperativos categóricos, como lo son las prohibiciones que se encuentran en el ordenamiento jurídico, a modo de ejemplo, la prohibición de la pena de muerte o la prisión por deudas según lo demanda la Carta Política en su artículo 28. De la misma manera, sugiere que la

reglas se cumplen o no se cumplen y que en determinados casos pueden ser declaradas invalidas por otra regla de mayor jerarquía o por el legislativo a diferencia de los principios que son mandatos de optimización, circunstancia de la cual no puede predicarse su invalidez, sin embargo, en los eventos en que un principio trate de interferir con otro principio, el ejercicio a realizarse es la ponderación donde en determinadas circunstancias uno de ellos debe ceder frente a otro, (Alexy, 2015, p.460).

Por otra parte, los principios según la jurisprudencia de la Corte Constitucional equivalen a las máximas que le dan sentido a la parte orgánica de la Constitución, y además "No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales" (Corte Constitucional, Sentencia T-406-92). Así mismo, del artículo 2º del texto constitucional, se deriva la obligación del Estado de garantizar los principios dado que éstos dan sentido a todo el ordenamiento jurídico, así que todas las normas jurídicas independientemente de su rango o categoría establecida deben ser leídas e interpretadas de cara a los principios constitucionales. (Corte Constitucional, Sentencia T-079-95).

De lo anterior puede decirse entonces, que los principios aplican no solamente al texto constitucional, sino también a los textos legales por ser el desarrollo de las disposiciones constitucionales, en esa medida, los principios igualmente se transforman en normas rectoras que direccionan la correcta aplicación de las leyes a casos concretos y a la vez constituyen una herramienta esencial de la interpretación jurídica para la solución de casos difíciles cuando hay un conflicto entre normas (Corte Constitucional, Sentencia T-058-95). De igual manera, los principios no pueden ser instrumentalizados para el beneficio de una norma puesto que estas son el desarrollo mismo de los principios, no obstante, un principio puede ceder frente a otro principio, cuando estos entran en

colisión y como resultado de un ejercicio de ponderación que hace el juez en procura de buscar el equilibrio entre los principios que chocan determina que en algunos casos uno prevalece sobre otro (Corte Constitucional, Sentencia T-425-95).

Ahora bien, en materia penal rigen varios principios como normas rectoras y a la vez límites al poder punitivo del Estado, entre ellos encontramos el principio de igualdad, principio de legalidad, el principio de dignidad humana, culpabilidad, proporcionalidad, taxatividad, debido proceso, juez natural, prohibición de doble incriminación , entre otros. Éstos principios se corresponden con la constitucionalización del derecho penal donde las normas penales se encuentran permeadas en su mayoría del texto constitucional, de lo cual se desprende que es imposible sostener su pureza y originalidad en la medida que están inescindiblemente vinculadas a la Constitución (García Figueroa, 2007, p. 6).

De los principios mencionados anteriormente, en lo que tiene que ver con el principio de igualdad ante la ley y el principio del juez natural, puede decirse que el primero se refiere a que la ley penal se aplica en el mismo sentido a todos los seres vivos que pertenecen a la raza humana sin importar su condición, sin embargo, al coexistir varios ordenamientos penales en el país este principio encuentra excepciones que es imperioso mencionar, a manera de ejemplo los estatutos penales castrenses (Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010) guardan notables diferencias con los códigos penales y procesales ordinarios (Ley 600 de 2000, ley 599 de 2000 y ley 906 de 2004), pues muy a pesar que el poder punitivo del Estado es uno solo, también es cierto que debe existir un marco normativo distinto para la investigación y juzgamiento de civiles y militares, de allí deriva la existencia de tipos penales especiales que solo pueden ser ejecutados por aquellos miembros uniformados de la fuerza pública por su especial función que deriva de la Constitución, la ley y los reglamentos, esta premisa justifica un trato

desigual en cuanto a la aplicación de las leyes penales por la condición especial de sus destinatarios, para el caso militares y civiles (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97).

Ahora bien, en los casos de peticiones de concesión de prisión domiciliaria ante la jurisdicción penal militar, los jueces llamados a decidir los casos, descartaron una posible solución a partir de la teoría de los principios de igualdad, interés superior del menor, legalidad y dignidad humana, de manera pues que el argumento central para negar la concesión de la pena sustitutiva en cuestión, consiste en que por voluntad del legislador no se contempló la prisión domiciliaria y por ende no es procedente su concesión en los casos de militares condenados. De ese modo, el panorama que podemos apreciar en torno a la postura adoptada por la jurisdicción penal militar y la Corte Suprema de Justicia es una notoria hermenéutica coincidente como una forma de controlar el campo jurídico en materia penal militar a través de fallos judiciales que se imponen sobre la interpretación de abogados litigantes, académicos y los mismos procesados. Este contexto encuentra sustento, en la teoría de los campos sociales “constituidos por actores con diferentes posiciones que luchan por los privilegios que ofrece el campo, los privilegios pueden ser económicos o no, también pueden ser de prestigio o de poder. Un campo es un sistema abierto cuyos límites siempre están en cuestión (y esto constituye uno de los problemas sobre los cuales la lucha se desarrolla” *(*Bourdiaeu (2000), citado en la Revista pensamiento jurídico, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de derecho y ciencias políticas, No. 1-1994. Pág. 9).

Según la teoría antes señalada, un campo jurídico tiene tres posiciones: privilegios, capitales y un hábitus, (Bourdiaeu, 2000, p.160-163), para el caso que nos ocupa, el campo jurídico sería el derecho penal militar, los privilegios son la especialidad de sus normas, la capacidad de regulación de las mismas y la interpretación de estas, reservadas a los jueces penales militares en sus

decisiones judiciales poco conocidas por la ciudadanía en general, que solo pueden ser censuradas por las partes que actúan como tales dentro del proceso penal militar y la Corte Suprema de Justicia en su condición de tribunal de cierre de la jurisdicción penal común y militar, y que para el caso bajo estudio asumieron la misma hermenéutica a través de las decisiones judiciales que se han venido referenciando en el presente trabajo, los capitales en juego son la formación militar de los jueces, la formación jurídica en derecho penal militar que les da un prestigio ante las demás jurisdicciones respecto al criterio de interpretación del derecho penal militar, factores que son reconocidos por la legislación y la misma Constitución (Const. 1991, art. 221; Ley 1407, 2010, art. 1 y 2); el hábitus como las reglas del juego en la interpretación de las normas penales militares, donde primeramente se le da el privilegio a los jueces militares por su especialidad en el campo, además, los jueces ordinarios saben que los asuntos penales derivados de la función militar, no son de su competencia, y donde finalmente se respeta que la interpretación final de los asuntos la tiene la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97).

En este sentido, desde la teoría de los campos jurídicos de Bourdiaeu antes señalada, es claro que el control del campo lo tienen los jueces militares y la Corte Suprema de Justicia, donde la hermenéutica dominante es que la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, no es procedente en la jurisdicción penal militar, porque no fue regulada en los códigos penales militares, descartando de plano un análisis a partir de la teoría de los principios para la solución a casos concretos.

De otro lado, siguiendo a Alexy en su teoría discursiva del derecho, plantea igualmente unos argumentos de principio, que en su entender son los que apoyan los preceptos constitucionales en los Estados democráticos y son relevantes en la solución de casos difíciles mediante un ejercicio de ponderación, de allí que el

autor igualmente considere que los principios son mandatos de optimización (Alexy , 1995, p. 57).

En la ponderación de principios como alternativa para la solución de casos, Alexy plantea que existe un choque continuo entre derechos individuales y bienes colectivos, siempre y cuando estos tengan el carácter de principios, y por ende susceptibles de optimización, para hacer tal ejercicio plantea una regla de proporcionalidad entre principios que subdivide en tres subreglas, la proporcionalidad (cuál de los dos derechos es más beneficioso), idoneidad (la ventaja obtenida producto de la aplicación de uno de los dos derechos en conflicto), y la necesidad referente a la acción o medida mejor para aplicar), luego de hacerse tal examen se opta por decidir cuál principio precede al otro, aplicando la fórmula del peso. Alexy también ha referido que puede haber un conflicto entre reglas, pero en ese caso no se predica de ellas un ejercicio de ponderación, porque las reglas tienen una jerarquía dentro del sistema jurídico, y en caso de conflicto entre ellas lo procedente es decretar la invalidez de una frente a la otra, de lo que se infiere que no es posible ponderar una regla con un principio o viceversa. (Alexy,2015, p.458-459).

Ahora bien, si se optara por aplicar la teoría del autor al caso estudiado, por un lado está el interés superior de los menores, la igualdad y la dignidad humana (Const., 1991, arts. 1,13 y 44), que se ajustan a la definición de principio según los tratadistas antes citados y la jurisprudencia constitucional, por otro lado, está la facultad de configuración normativa del legislador (Const., 1991, art. 150) y la especialidad de la justicia penal militar (Const., 1991, art. 221), categorías que no tienen la connotación de principios pero que han servido como herramienta por parte del Tribunal penal castrense y la Corte Suprema de Justicia en las decisiones judiciales citadas en precedencia para desplazar los principios de igualdad, interés superior del menor y dignidad humana, imponiendo la negativa en aplicar una pena sustitutiva no regulada en ley penal militar, como lo es la prisión domiciliaria, que sí fue prevista para la ley penal ordinaria.

Bajo ese entendido, no sería viable optar por la teoría de la ponderación de principios el interés superior del menor, la igualdad y la dignidad humana respecto a la especial condición de la justicia penal que se le aplica lo uniformados y la facultad de configuración normativa del legislador, dado que estos dos últimos no tienen la categoría de verdaderos principios, para ello téngase en cuenta que la facultad de hacer leyes es precisamente una potestad que atribuye la Constitución al Congreso de la República para crear normas destinadas a toda la ciudadanía o parte de esta según las necesidades sociales (Const., 1991, art. 150), y la especialidad de la justicia militar comprende un marco jurídico conformado por normas administrativas y penales destinadas a los miembros en servicio activo de las fuerzas armadas y de policía (Const., 1991, arts. 116- 221), es decir, que estas dos figuras no se ajustan a la definición de principio de Alexy, pues para éste autor los principios son:

> "Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades se determina por los principios y reglas opuestos" (Alexy, 2012, p.67-68).

En tal sentido, no es posible realizar un juicio de ponderación, sencillamente porque las concepciones involucradas –facultad de configuración normativa y especialidad de la justicia penal militar- son diferentes y no pueden equipararse con los principios antes señalados, de aceptar un posición contraria, es decir, equiparar los conceptos antes anotados por igual, para luego optimizarlos y con ello buscar la solución al problema, sería desnaturalizar la teoría del autor y caer en una práctica que permitiría hacer juicios de ponderación indiscriminados donde cualquier categoría normativa podría ser calificada como principio si serlo, como en el caso de los valores y las reglas que tienen una naturaleza distinta a los principios pero que ante situaciones concretas aquellos

encargados de solucionar los casos en concreto tienden a equiparar tales concepciones con los principios, circunstancia que conlleva soluciones litigiosas fundadas en la arbitrariedad (Habermas, 2010, p. 332).

Por otra parte, en la obra de Jhon Rawls “Teoría de la justicia”, llama la atención su tesis de la jerarquización de los principios, que concibe una argumentación consensual como el mecanismo para que los principios de justicia social sean realizables, para Rawls los principios tienen las características de: “universales, generales, públicos, jerarquizados y definitivos, destaca además, que los principios no pueden ser utilizados en forma discrecional, pues media el consenso político y la jerarquía, y en este sentido vale resaltar el orden, la interpretación y la adjudicación establecida, que no puede ser cambiado por el legislador, los jueces o el ejecutivo” (Rawls , 1978, p. 30).

Este autor, igualmente plantea que los principios de justicia son dos, el primero, precisa el ordenamiento constitucional de la sociedad, y el segundo, la distribución concreta del ingreso, la riqueza y la posibilidad de oposición de los asociados al interior de la sociedad, en este sentido, el autor adiciona que los principios tienen un orden “lexicográfico consecutivo” lo que implica que ninguno se interpone, mientras no se hayan satisfecho los primeros (Rawls, 1978, p, 83).

Esta teoría podría ser más viable que la anterior al caso bajo estudio, puesto que aboga por un orden, una jerarquía de los principios producto del consenso y no lo opuesto, como a veces se aprecia en la práctica judicial en los llamados derechos príncipe y derechos cenicienta (Serna, Pedro y Toller, 2000, p. 17), pues en la jurisprudencia, a veces se le da relevancia a determinado principio sobre otro, sustrayéndose de analizar la jerarquía establecida en el ordenamiento jurídico, lo que conlleva que incluso se invierta el ejercicio, es decir, en unos casos las cenicientas jurídicas se convierten en príncipes y viceversa.

> “Tanto la jerarquización como el balancing test tienen relación con la doctrina de las libertades preferidas, y no solo el derecho norteamericano, pues ambos métodos más acentuadamente el primero, más discretamente el segundo colocan a algunos derechos entre los cuales suele estar el derecho a la información en posiciones de preferencia, y convierten a otros en “cenicientas jurídicas”, cuya medianoche es cruzarse con un derecho más fuerte [...]”.(Serna, Pedro y Toller, 2000, p. 17).

En ese orden, para el caso colombiano el principio del interés superior de los menores se presenta en una categoría superior sobre otros principios (Const., 1991, art. 44), lo que igualmente se justificaría desde el orden lexicográfico de los principios que plantea Rawls, sin embargo esta apreciación es totalmente ajena a los fallos judiciales del tribunal castrense y la Corte Suprema de Justicia que tienen que ver con la no concesión de la prisión en el lugar de residencia en la jurisdicción penal castrense, dado que para esas instancias judiciales la respuesta al caso deviene de una interpretación exegética donde se destaca la lógica subjetiva (Rojas Piñeres, 2005, p. 100), método que apela únicamente a la voluntad del legislador cuando expide una norma.

De otro lado, puede decirse que la teoría de colisión de principios de Alexy no queda totalmente descartada como pauta de solución al presente trabajo, en la medida que puede apreciarse que los principios de interés superior del menor, igualdad, dignidad humana e integración normativa tratan de colisionar frente a un verdadero principio, esto es, el principio de legalidad (Const., 1991,art. 29), del cual deriva la creación de los tipos penales y penas, función que le corresponde al legislador cuando regula las normas del derecho penal. De la misma manera, se destaca que este es un principio rector del derecho punitivo (Ley 599 de 2000, art 6; Ley 1407, 2010, art 7) que tiene como uno de sus fines propender por la seguridad jurídica de todos aquellos que intervienen en el proceso penal, de allí que se diga que no hay crimen ni pena sin ley preexistente que así lo diga, bajo ese entendido la prisión domiciliara llámese beneficio, subrogado o pena sustitutiva, cuando se concede en favor del condenado constituye una verdadera pena que debe obedecer a unas funciones y fines (Corte Constitucional,

Sentencia C-328-16), por ende, le corresponde al legislador regularla en las normas penales que expide, ello se traduce en una manifestación más del principio de legalidad en materia penal, este escenario echado de menos en los fallos del tribunal penal que juzga a los militares y policías y la Corte Suprema de Justicia antes citadas, en efecto justifica un ejercicio de ponderación entre principios, en el que puede acudirse a la teoría de Alexy considerada como viable, ejercicio que se desarrollará ampliamente en el capítulo tercero.

2.2. El principio de igualdad respecto de los destinatarios de las normas penales militares y ordinarias

Tratadistas como Rawls, conciben que en los últimos tiempos los debates siempre se han dado en torno a las demandas de libertad y de igualdad, y la manera como han de conformarse las instituciones para cumplir con tales demandas en sentido democrático (Rawls, 2002, p. 30), para este autor, tales principios son los que la mayoría de las veces se reclaman, pero en el caso estudiado, podría pensarse que las instituciones judiciales a las cuales le compete dar una respuesta a lo pedido, han optado por descartar la teoría de los principios tal y como se ha venido señalando, y se han inclinado en responder únicamente desde los contenidos normativos de la ley, lo cual no da como resultado una solución adecuada bajo los postulados de la justicia como equidad que plantea Rawls, en especial cuando refiere que los principios de justicia propenden por la igualdad y conciben los derechos y deberes tanto a las instituciones como a las personas como seres iguales que conforman las sociedades democráticas, así como la repartición en igualdad recursos (Rawls, 2002, p. 30).

Continuando con el principio de igualdad, destaca la teoría de los sistemas de Niklas Luhman, quien concibe que el derecho se asemeja a un sistema autopoiético, capaz de autorregularse así mismo, teoría que considera igualmente el principio de igualdad como parte de la unidad operativa del derecho, para éste

tratadista la igualdad sobrevive porque existe una desigualdad que se le antepone y de allí podría inferirse el postulado de que “lo igual debe tratarse con lo igual, y lo desigual debe tratarse de manera desigual. (Luhmhann, 2009, p. 167)”, además, plantea la importancia de distinguir, la utilización jurídica y política del principio de igualdad, donde afirma que: “la política exige que los seres humanos sean tratados como iguales. El derecho exige que los casos sean los que se traten como iguales (…) Aunque esto nunca se logra en la política, ya que ella se exige a sí misma absorber todos los nuevos impulsos de igualdad para transformarlos en derecho: en casos jurídicos” (Luhmhann, 2009, p.169).

De la anterior premisa doctrinaria, se extrae que las tropas armadas y de policía, por su especial condición y función, merecen un trato distinto en cuanto a investigación y juzgamiento de aquellos delitos que resultan inescindibles con su rol en la estructura del Estado, ello justifica un tratamiento desigual en materia punitiva frente a las personas civiles que cometen delitos en cuanto a la investigación y juzgamiento, los casos nunca serían iguales, esa es la interpretación correcta en sentido mayoritario plasmada en la Constitución, la ley y la jurisprudencia (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97). Sin embargo, apelando a la condición de persona como tal que resulta condenada como consecuencia de su responsabilidad penal y que solicita la concesión de la prisión domiciliaria, sí podrían ser iguales, en este sentido valdría la pena cuestionarse: ¿Qué diferencia hay entre un condenado que porte un uniforme militar y pretenda ser beneficiado de la prisión domiciliaria, frente a una persona del común en las mismas circunstancias?

La respuesta al anterior interrogante podría ser que no hay diferencia alguna, sin embargo, no puede desconocerse el hecho que el legislador tiene la potestad de regular las penas, subrogados y sustitutos penales por disposición constitucional, mandato que deviene de la aplicación del Artículo 150 de la Carta Política, respaldado en una hermenéutica del alto tribunal constitucional según el

fallo C-073-10, es decir, puede en unos casos incluir o no un subrogado en las leyes penales militares, y ello es un postulado correcto defendido por la misma interprete de la Constitución, que adicionalmente encontraría respaldo en el llamado argumento genético (Alexy, 1995,p.56) dentro de la teoría discursiva del derecho planteada por este autor, argumento que no es otra cosa que la voluntad del legislativo, pero que el mismo tratadista cuestiona por su contradicción y por su falta de eficacia frente a situaciones concretas (Alexy, 1995, p. 56).

Bajo este entendido, el principio de igualdad también justifica tratos diferenciados, precisamente esta diferenciación de trato deriva del contrato social donde las mismas personas lo aprueban, se trata de la igualdad moral o política, de la que habla Rousseau en su obra “El contrato Social” (Rousseau, 1999, p. 22), esta concepción de igualdad se introdujo a las Constituciones de los Estados modernos como principio y derecho fundamental, como es el caso colombiano, quedando plasmada en el artículo 13 de la Constitución, donde se define una igualdad ante la ley y una igualdad de trato. En síntesis, la igualdad no prohíbe tratos diferenciados, lo que prohíbe son los tratos discriminatorios que no encuentren justificación alguna desde los postulados constitucionales, además, para casos puntuales la jurisprudencia constitucional ha establecido que el análisis se hace a partir del tres etapas: “i) establecer cuál es el criterio de comparación (patrón de igualdad o *tertitum comparationis*), pues antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar, debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual (Corte Constitucional, Sentencia C-862-08)”.

Dicho lo anterior, en el derecho penal la igualad es uno de los principios rectores, pues a partir de este se dice que las normas punitivas se aplicarán a todos los ciudadanos sin importar sus condiciones de género, físicas y morales (Ley 599, 2000, art. 7), no obstante, ley penal militar establece un criterio de igualdad como principio rector que va destinado únicamente a aquellos hombres y mujeres que portan un uniforme e integran la fuerza pública (Ley 1407, 2010, art.10), es decir, que en principio el derecho penal se aplica por igual a todas las personas, pero la Constitución y el legislador también establecieron excepciones en la materia, como es el caso de la fuerza pública, donde se ha diseñado una estructura penal propia, que incluye tipos penales autónomos, bienes jurídicos propios y jueces especializados, precisamente porque a quienes se aplica por causa de sus funciones en cuanto a defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (Const., 1991, art. 217), están sometidos a un régimen especial más riguroso que las personas del común y demás servidores del Estado, tan es así que igualmente cuentan con un régimen disciplinario, penal, administrativo y prestacional propios (Ley 1407, 2010; Ley 1862,2017; Decreto 1790, 2000).

Bajo este entendido, es comprensible que la Constitución no demande que el código penal ordinario y el estatuto penal castrense deban ser exactamente iguales, pues se parte de la premisa que la ley penal castrense está redactada de cara a la Constitución y en especial a sus principios y derechos fundamentales, de tal forma que si las normas castrenses en materia penal garantizan los derechos y principios de la carta fundamental, es inviable proponer un examen de igualdad, apelando únicamente a las diferencias textuales que traen ambos códigos (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97).

Así mismo, respecto a la disparidad entre el código penal común y militar podemos encontrar que a diferencia de la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, la Ley 522 de 1999 (Código penal militar de corte inquisitivo aplicable actualmente

únicamente en su parte procesal) donde no existe la figura de juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, situación que no puede considerarse como criterio de afectación del proceso penal, toda vez que la Constitución no impone la existencia de un juez con esa función, y por ende el legislador puede optar por su no regulación en los códigos penales que expide, por ello en la jurisdicción penal militar el juez que dicta la sentencia es el mismo que la ejecuta, lo cual es aceptado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia, C- 358-97), además se parte de la concepción que el funcionario encargado de ejecutar la pena, se limita únicamente a lo ordenado en la sentencia.

De otro lado, en materia de regulación de penas, como se ha venido señalando, la tarea le corresponde al legislador, y si comparamos la legislación penal militar con la legislación penal ordinaria, encontramos notables diferencias, como el hecho de no existir penas sustitutivas en los estatutos penales castrenses (Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010), igualmente encontramos que la pena de arresto en la Ley 599 de 2000, es una pena que remplaza la pena de multa mientras que en la legislación penal militar (Ley 522, 1999, art. 44) existía como pena principal y en la Ley 1407 de 2010 no fue contemplada, y por supuesto la prisión domiciliaria como pena sustitutiva, no existe en ninguna de las dos leyes penales militares mencionadas.

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha referenciado que si no existe homogeneidad en las conductas delictivas, no puede haber uniformidad en los medios sancionatorios (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97), de allí que se justifique la existencia de distintas sanciones penales. Así, en la justicia penal militar se considera aceptada la regulación punitiva existente, pues si bien los militares pueden ser juzgados por la comisión de delitos comunes, la sanción a imponer debe guardar relación con la punibilidad del código penal común. Sin embargo, tal apreciación no es del todo cierta dado que en la actualidad en la tramitación de procesos penales por delitos comunes cometidos por militares y

gendarmes en relación con el servicio, no se aplica el incremento punitivo ordenado por la Ley 890 de 2004 como quiera que tal normatividad fue diseñada en el marco de la Ley 906 de 2004 de naturaleza acusatoria, con el fin de promover los preacuerdos y negociaciones bajo ese sistema (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 20065,2004), sistema que aún no ha sido implementado respecto de la jurisdicción foral castrense donde aún persiste el proceso penal militar de corte inquisitivo que se aplica actualmente bajo los parámetros de la Ley 522 de 1999 muy similar a la Ley 600 de 2000.

Del mismo modo, tratándose de delitos militares, entendidos como aquellos propios de la función militar y delitos militarizados que corresponden a delitos comunes acoplados a la función militar (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97) a modo de ejemplo la injuria, la calumnia o el peculado (Ley 1407, 2010, art. 121,122,123,161,162 y 163), el quantum punitivo de las sanciones a imponer difieren del código penal común por la especialidad de la justicia militar, los bienes jurídicos involucrados y el marco procedimental antes referenciado, lo que justifica sendas diferencias de las leyes penales militares frente a las comunes de la misma naturaleza.

Bajo ese entendido, es evidente que las diferencias en materia punitiva no constituyen un factor determinante para pretender una homogeneidad entre las normas penales comunes y las que trae el código penal militar, pues se parte que las diferencias existentes gozan de respaldo constitucional, lo cual es precisamente el último criterio del análisis en torno a la igualdad que trae la jurisprudencia (Corte Constitucional, Sentencia C-862-08).

2.3 La analogía como manifestación del principio de igualdad.

La analogía como pauta de solución cuando no existe ley aplicable al caso concreto, consiste en una fórmula que empodera el imperio de la ley como una de

las principales fuentes formales del derecho, pues aquel juez que aplica el derecho por vía de la analogía para dar solución a un determinado caso que tramita en su despacho, no hace otra cosa que aplicar la ley, esta conclusión precisamente se extrae del análisis que hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C-083-95, pues en aquél caso, un ciudadano consideró que al plantearse en el artículo 230 de la Constitución de 1991 que los jueces están sometidos al imperio de la ley y para eventos de interpretación pueden valerse de la doctrina, la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho, tal normativa descarta de plano que el juez pueda acudir a la analogía para la solución de casos cuando no haya ley aplicable en los términos del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, norma que en criterio del demandante fue derogada en forma tácita por el artículo 230 de la Constitución de 1991. Frente a tal cuestionamiento, la respuesta de la Corte Constitucional fue negativa, y por ende declaró la exequibilidad de la norma demandada bajo el entendido que al aplicarse la analogía a casos concretos se entiende que se está aplicando la ley misma, postulado que se corresponde con el artículo 230 constitucional.

Del mismo modo, la analogía es una manifestación del derecho de igualdad, pues se parte de la premisa que a los seres y situaciones iguales se les debe dar un tratamiento igual (Corte Constitucional, Sentencia C- 083-95), sin embargo, existen situaciones donde no hay norma aplicable que permita la realización de la igualdad, y por ello se habla de vacíos legales, lagunas jurídicas que en cierta forma son justificadas afirmando que el legislador no es como una especie de deidad que tenga la capacidad de regular todas las posibles situaciones concretas que se presenten en el campo del derecho, pues su función de expedir leyes se circunscribe a normativizar situaciones en forma general y abstracta (Ley 84, 1873, art 4), al punto que la solución a los conflictos particulares se le delega a los jueces a quienes les corresponde buscar una solución aplicando el derecho.

Ahora bien, en materia de aplicación de penas por vía de la analogía desde vieja data el criterio del legislador ha sido su rechazo absoluto, por cuanto tal práctica se opone al principio de tipicidad y legalidad, pero luego con la expedición del Decreto 100 de 1980 se condicionó la analogía únicamente a las circunstancias genéricas de atenuación del tipo penal según lo disponía el artículo 7 de esa normatividad. Posteriormente, con la entrada en vigencia del la ley penal del 2000 se estableció en su artículo 6 que solo se permite la analogía *in boman partem* es decir, solo aplica en materias permisivas al procesado, como lo es el caso de atenuantes de responsabilidad penal, causales de justificación y ausencia de responsabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 26136,2009).

De lo anterior, es evidente que el criterio inicial, apuntaba al rechazo rotundo de la aplicación de la analogía en materia penal, en lo que tiene que ver con delitos y penas, tanto así que los códigos penales antiguos textualmente señalaban que por ningún motivo era procedente la aplicación analógica en materia penal, luego la posición cambió con la Ley 599 de 2000 cuando expresamente en el artículo inciso 3º del artículo 6º que contextualiza el principio de legalidad, refiere que la analogía solo se aplicará en materias permisivas. Del mismo modo, la Ley 522 de 1999 en su artículo 12 decía que la analogía únicamente aplicaba en casos de favorabilidad; y finalmente la Ley 1407 de 2010 en el artículo 9 trae la misma redacción de la Ley 599 de 2000, esto es, que la analogía solo aplica en materias permisivas; las diferencias entre la redacción de los códigos penales militares (Ley 522 de 1999 que se aplica en su parte procesal y la Ley 1407 de 2010 que se aplica en su parte sustantiva) en materia de analogía respecto de la Ley 599 de 2000, es que ésta última está incluida en el artículo 6º del estatuto penal castrense que se refiere al principio de legalidad, mientras que los códigos penales comunes lo hacen por separado en artículos independientes, eso sí todas las codificaciones la incluyen en el capítulo que hace referencia a los principios rectores de cada una de las leyes mencionadas.

Bajo ese entendido, se considera que la solución a casos por vía analógica en materia penal, en efecto es procedente tratándose de circunstancias de atenuación, causales de justificación y causales que no hagan culpable al condenado, así como otras circunstancias que hagan menos grave la situación de los procesados (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 26136,2009), no sucede lo mismo en lo que tiene que ver con delitos y penas, pues a ello se le antepone el principio de legalidad, del cual se sirve el legislador por mandato constitucional para criminalizar comportamientos humanos y asignarles la pena respectiva dentro de las leyes que expide sobre la materia, es decir, que si los jueces aplican delitos y penas por vía analógica, violarían el principio de legalidad inserto en el canon 29 de la Carta de Derechos y en las mismas leyes penales.

De la misma manera, la solución a casos penales por vía de la analogía, no es absoluta en cuestiones favorables a los intereses de los procesados, pues en ocasiones median circunstancias que no permiten aplicar el derecho de igualdad por vía analógica, a modo de ejemplo encontramos el delito de fuga de presos (Ley 599, 2000, art. 448) que castiga a aquél que se fugue estando cumpliendo una medida de detención preventiva o un pena intramuros y el delito de favorecimiento a la fuga (Ley 599, 2000, art. 449) que castiga al servidor público que promueva la fuga en forma dolosa o en forma culposa (Ley 599, 2000, art. 550). Para estos tipos penales existe una circunstancia de exoneración de responsabilidad, la cual opera únicamente para aquel sujeto que una vez se fugue del lugar de reclusión opte presentarse en forma voluntaria dentro de las 36 horas siguientes, de cumplirse tal supuesto no habría responsabilidad penal para el fugado pues la ley contempla únicamente para éste la responsabilidad disciplinaria, la cual está en cabeza del centro carcelario respectivo o en su defecto el no acceso a otros beneficios penales por su mal comportamiento; sin embargo, no goza del mismo beneficio aquél servidor público que dolosa o

culposamente dio lugar a la fuga, pues la ley penal prevé el castigo para el servidor público, así el fugado se presente voluntariamente dentro de las 36 horas siguientes.

Este asunto fue debatido a través del Radicado 26136 del 2009 proferido por la Corte Suprema de Justicia, en esa oportunidad el apoderado de un servidor público condenado por favorecimiento de la fuga en modalidad culposa a través del recurso de casación, demandó que por vía analógica se le aplicara la eximente de responsabilidad penal del artículo 452 de la Ley 599 de 2000, argumentando que la persona que se había fugado se presentó voluntariamente dentro de los 3 días siguientes, quedando entonces exonerada de responsabilidad penal, así que consideró viable apelar a la analogía porque a través de ella podía igualmente resultar beneficiado penalmente el servidor público, bajo la premisa que si el fugado es exonerado de responsabilidad penal por presentarse voluntariamente dentro de los 3 días siguientes, el servidor público que culposamente dio lugar a la fuga también debía ser beneficiario de la exoneración de responsabilidad penal en la medida que se trataba de supuestos fácticos idénticos que deben ser tratados por igual.

La respuesta dada por la Corte Suprema de Justicia fue negativa para el casacionista, en tal sentido, precisó que si bien existió una identidad fáctica, esto es, el pronto regreso del fugado dentro de los tres días siguientes, no es posible beneficiar al servidor público con la circunstancia de exoneración de responsabilidad punitiva, dado que media la violación de sus deberes, pues quien facilita la fuga es un servidor público que tiene un nivel de responsabilidad mucho mayor frente a los particulares, para el caso, respecto a la vigilancia y custodia del interno, pero que por imprudencia permitió la fuga de éste, quien no obstante, decidió regresar al centro carcelario dentro de los 3 días siguientes.

De la decisión referenciada, se destaca que el principio de legalidad desplazó a la analogía como una posible pauta de solución al caso anotado, toda vez que a pesar de invocarse una causal de ausencia de responsabilidad penal de carácter legal por vía analógica, se determinó que ésta opera únicamente para el tipo penal de fuga de presos, es decir, que beneficia a la persona que se fuga y decide regresar al lugar de reclusión dentro de las 36 horas siguientes, pero no aplica para aquél funcionario público que dio lugar a la fuga en modalidad culposa.

De la misma forma, esta decisión se relaciona con el tema de investigación abordado en el presente trabajo, en el sentido que establece una diferencia de trato más severa en materia penal, respecto de los funcionarios públicos frente a los particulares, la razón de ello gravita en torno a la envestidura de servidor público que por su condición está limitado a un régimen especial de sujeción más estricto a causa de las funciones que desempeña y su responsabilidad va más allá que la de los particulares (Const., 1991, art. 6), tan es así, que en materia penal, la condición de servidor público en muchos delitos hace que la pena aumente considerablemente y también hace que el término de prescripción de la acción penal se aumente en la mitad, cuando se cometa el delito en ejercicio de su cargo o función (Ley 599, 2000, art. 83).

Lo anterior, permite concluir que los miembros uniformados de las fuerzas armadas y de policía son en efecto servidores públicos especiales, pues además de exigírseles acatar la Carta Política, las leyes y los reglamentos de cada institución armada, así como castigarlos por la omisión y la extralimitación de sus funciones (Const., 1991, art. 6), tienen como función principal defender la nación, preservar su independencia, conservar la integridad del territorio nacional y velar por el mantenimiento del orden constitucional establecido (Const., 1991, art. 217), deberes que no se pueden predicar de los particulares, ni mucho menos de los demás servidores públicos, de manera pues que se justifica un trato diferencial en

varios aspectos que tienen que ver con el derecho penal, como lo es la existencia de códigos penales propios e institutos procesales que operan únicamente en la justicia penal militar.

Ahora bien, apelar a la analogía para forzar la aplicación de la prisión domiciliaria en la justicia militar no es una solución al problema planteado puesto que ello se opone al principio de legalidad de las penas, al respecto recordemos una vez más que la prisión domiciliaria no fue incluida en las leyes penales militares por voluntad legislativa, si bien podemos predicar la existencia de supuestos de hecho iguales como lo sería la condición de padres o madre cabeza de hogar, el quantum punitivo o el tipo de delitos por el cual se profiere la condena respectiva, la misma Constitución (Const., 1991, art. 221) autoriza la existencia de una jurisdicción foral especializada en la materia que cuenta con instituciones procesales y sustantivas propias, lo que incluye las penas para cada tipo penal, siendo entonces prohibido que los jueces impongan penas que no existen en la respectiva ley penal, como acontece con la prisión domiciliaria que no está regulada en el código penal castrense.

2.4 El interés superior del menor y su relación con la prisión domiciliaria

La expedición de la Convención sobre los derechos de los niños en el año 1989 marcó un importante avance para la protección de esta población, esta norma supralegal ingresó al ordenamiento jurídico colombiano como parte del bloque de constitucionalidad, a través del artículo 93 de la carta política, la Convención está incluida dentro de los tratados de derechos humanos reconocidos por el Estado colombiano, de igual manera, el artículo 44 de la Constitución, hace mención al interés superior prevalente de los niños sobre los derechos de los demás, de lo cual se desprende que este principio ocupa un

grado de jerarquía más alto que otros derechos en caso de conflictos donde se vean involucrados los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Siguiendo tal premisa, la Ley 12 de 1991, que ratificó la Convención sobre derechos de los niños en su artículo 3, dice que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, privadas, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos, se atenderá el interés superior del niño; igualmente el artículo 9, dispone que los Estados partes velarán porque los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad, excepto que por decisiones judiciales se considere que la separación es necesaria frente al interés superior del niño, como en los casos de maltrato de los padres hacia éstos; el artículo 18 de la citada norma resalta las obligaciones que tienen los padres respecto a la crianza y el desarrollo de los niños refiriendo además que su preocupación fundamental será el interés superior de ellos.

En igual sentido, en Colombia se expidió la Ley 1098 de 2006 o código de infancia y adolescencia donde se protege la integridad de los niños, se establecen normas sustantivas y procesales para la protección integral de éstos garantizadas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, es decir, esta norma es el medio que permite la realización de lo dispuesto en el artículo 44 Constitucional y la misma Convención de los Derechos del Niño ratificada por el Estado, así mismo, en el artículo 8 define expresamente el interés superior del niño como: “El imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”.

De la misma manera, el artículo 9 de la citada norma destaca la prevalencia del interés superior de los menores en los siguientes términos: “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus

derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente". De la misma manera, el sistema interamericano de derechos humanos ha destacado que el interés superior de los menores guarda una estrecha relación con el principio de dignidad humana en la medida que propende por el bienestar y desarrollo en las mejores condiciones de los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02).

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia C-273-03 refirió que la protección de los derechos de los niños se garantiza a través del principio del interés superior del niño que se deriva del artículo 44 de la Constitución, destacó además que este principio cumple una función de interpretación sistemática de las disposiciones de orden internacional, también de la misma Constitución y las leyes domésticas que reconocen los derechos de los niños para resolver los eventuales conflictos de dos o más derechos, o de llenar vacíos legales en controversias donde no exista norma expresa, igualmente la sentencia T-260-12 precisó que el Estado Colombiano está en la obligación de brindar protección especial a los niños, niñas y adolescentes, pues se considera que este sector de la población constituye un grupo vulnerable que se encuentra en situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad, y que tal protección se deriva del artículo 13 y 44 constitucionales, así como de la Convención y la Declaración de los derechos de los niños. En el mismo sentido, las sentencias de tutela T-044-14 y T-200-14 elevan el interés superior del niño como un principio del ordenamiento jurídico estatal.

El interés superior de los menores, constituye una de las razones más relevantes que motivó la expedición de la Ley 750 de 2002 sobre prisión domiciliaria y trabajo comunitario para las madres cabeza de familia, para ello téngase en cuenta que los debates previos a la expedición de la citada ley

concluyeron que la gran mayoría de mujeres que se encontraban en prisión en su mayoría eran madres de menores de edad que pertenecían a estratos bajos, lo cual implicaba que los menores ante la ausencia de sus madres debían salir a la calle a trabajar para buscar su sustento diario exponiéndose a la inseguridad de las calles.(Gaceta del Congreso N° 84 de 2002, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado. Ponente: Cecilia Rodríguez González Rubio).

Tal situación fue considerada por el Congreso de la República, y como resultado se adoptó una medida para que las madres cabeza de familia objeto de condenas por la comisión de delitos tuvieran la oportunidad de cumplir la pena en sus hogares y en compañía de sus hijos menores, por ello se estableció la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia conforme a una serie de requisitos, posteriormente con la sentencia C-184-03, la aplicación de esta pena sustitutiva se extendió igualmente a los padres cabeza de familia que cumplieran con los requisitos que exige la citada ley (Corte Constitucional, Sentencia C-184-03).

Se puede decir entonces, que la razón por la cual se expidió la Ley 750 de 2002 no es otra que la protección de los intereses superiores de los menores en los casos en que sus padres y madres cabeza de familia son separados de estos por motivo de condenas a la pena de prisión. Al conceder a una madre o padre cabeza de familia la pena sustitutiva de prisión domiciliaria se garantiza a los menores estar con sus padres en un hogar donde se les brinde salud y cuidados, con ello igualmente se garantiza que los padres cumplan el deber de crianza respecto de sus hijos.

No obstante, el sentido de la Ley 750 de 2002 encuentra una limitante establecida por el mismo legislador en el artículo 1º de su texto normativo, esto es, la improcedencia de la pena sustitutiva de prisión en el lugar de residencia cuando se trate de la comisión de ciertos delitos, de esa forma queda en

evidencia que el hecho de ser padre o madre cabeza de familia condenado a la pena de prisión, no conlleva *per se* la procedencia de la prisión en el lugar de morada como pena sustitutiva, pues la misma Ley 750 de 2002 refiere que no procede cuando se trate de delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos, de allí que se pueda entender que en los supuestos de los delitos antes mencionados, el interés superior del menor, como principio prevalente, lamentablemente cede ante el principio de legalidad muy a pesar de las previsiones contenidas en el el artículo 44 de la Constitución y la Declaración de Derechos de los Niños, pues se tiene que frente a ciertos delitos que afectan gravemente bienes jurídicos de suma importancia para el conglomerado social, deben haber limitaciones en cuanto a la concesión de beneficios penales, pues de otra forma no encontraría sentido el castigo penal (Corte Constitucional, Sentencia C-184-03).

De la misma manera, el legislador a través del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 restringió aún más la improcedencia de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva en los eventos en que la persona haya sido objeto de condena penal dentro de los 5 años anteriores por causa de un delito en la modalidad dolosa, así mismo, el artículo 4 de la Ley 1773 de 2016 excluyó la referenciada pena sustitutiva frente a un catálogo mucho más amplio de delitos. Así las cosas, puede decirse que el legislador a través de las normas antes referenciadas le ha puesto límites al interés superior de los menores en los eventos en que madres o padres cabeza de familia cometen ciertos delitos impidiéndose de esta manera que los menores estén al lado de sus padres, la reflexión que queda hasta el momento es que en materia de prisión domiciliaria para madres y padres cabeza de hogar, es que el legislativo ha interferido el principio del interés superior y prevalente de los derechos de los niños, pues éstos en últimas son los perjudicados cuando no pueden desarrollarse plenamente dentro de su núcleo

familiar, sin embargo esta interferencia del legislativo en el principio de interés superior del menor deviene legítima en la medida que es producto de la política criminal del Estado (Ley 599, 2000, art. 68A; Corte Constitucional, Sentencia C-646-16). Sin embargo, puede citarse el siguiente fallo de tutela de la Corte Suprema de Justicia donde se le negó la prisión domiciliaria como pena sustitutiva a un padre cabeza de familia que ostentaba el grado de Patrullero de la Policía Nacional, quien fue condenado por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por omisión.

> "En el presente asunto, el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle del Cauca, Despacho encargado de vigilar la pena impuesta a Jhon Alexander Córdoba Pinilla por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por omisión, le negó el mecanismo sustitutivo de la pena por la del lugar de su residencia como padre cabeza de familia, ya que de conformidad con lo establecido en la referida normatividad está prohibida la concesión de beneficios y subrogados legales, judiciales y administrativos, a la persona que se encuentre condenada por delitos dolosos contra la administración pública.
> (…)
> Para esta Sala no se configura ningún defecto material o sustantivo en los autos que se discuten ya que, de conformidad con lo establecido en dicho precepto, cuando se trate de delitos como los de peculado por apropiación y prevaricato por omisión, no procede ningún beneficio jurisdiccional ni administrativo, salvo los eventos de colaboración efectiva" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 95670,2017).

Sobre el particular, la limitante además de la falta de regulación de la pena sustitutiva en las leyes penales castrenses, consistió en que se trataba de una condena contra un militar por un delito contra la administración pública, lo cual impedía la concesión de cualquier beneficio penal incluida la prisión domiciliaria, no obstante, se trataba de un padre cabeza de familia que acreditó tal condición y nada se dijo respecto a la protección de los derechos de los menores que en últimas, es la finalidad de la concesión de la pena sustitutiva conforme los lineamientos de la Ley 750 de 2002.

2.5. La dignidad humana y su relación con la ejecución de la pena

La dignidad humana es un concepto amplio que integra la mayoría de las facetas de los seres humanos en cuanto a su existencia y su realización como personas en la mayor medida posible, a partir de esta máxima a los seres humanos se les debe garantizar un desarrollo pleno de su ser en condiciones dignas, esto se traduce en el goce pleno de sus derechos en todos los contextos, entre ellos podemos hablar de las condiciones laborales, personales, sociales y familiares, en ese sentido la dignidad humana guarda una íntima relación con la realización de un proyecto de vida y con las condiciones necesarias para llevar a cabo tal aspiración, así como el respeto por la integridad física y espiritual de la persona humana (Corte Constitucional, Sentencia T-881-02). Bajo ese entendido, los enunciados normativos contenidos en varios artículos de la Constitución Política se corresponden con lo dicho en precedencia, tal es el caso del artículo 1º, el cual establece que el Estado se funda en el respeto de la dignidad humana, de la misma manera el artículo 12 que prohíbe los tratos inhumanos contra las personas, el artículo 13 que promueve la igualdad material y el artículo 16 sobre el libre desarrollo de la personalidad.

La dignidad humana en torno a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, constituye una limitante al poder punitivo del Estado delegado en los jueces de la República, para ello téngase en cuenta que las penas como castigo frente a la comisión de delitos sin importar su gravedad ni la condición de la persona que los cometió, deben ser ejecutadas de cara a la dignidad humana como una condición inherente de las personas, la cual se debe respetar más aún por el derecho penal (Velásquez, 2014, p.44), pues el hecho de ser declarado responsable penalmente por atentar contra bienes jurídicos de determinada sociedad, no despoja a las personas de su dignidad. En este sentido, encuentra plena justificación que en Colombia se prohíba la pena de muerte, la prisión por deudas, las penas perpetuas, los tratos inhumamos, crueles y degradantes

(Const., 1991, arts. 11,12 y 28), pues se considera que al someter a las personas a ese tipo de vejámenes se estaría atentando contra su dignidad humana.

No obstante, se justifica la imposición del castigo como respuesta a la comisión del delito, pues a través de este se logra la cohesión entre los ciudadanos y el Estado, pero ello no significa que el castigo penal justifique la transgresión de la dignidad de las personas, en ese orden el castigo punitivo entendido como la consecuencia de la ejecución del delito obedece al cumplimiento de unos fines o funciones, esto es, prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (Ley 1407,2010, art 12; Ley 599, 2000, art. 4), estos fines deben cumplirse ampliamente tanto en los casos de prisión intramural como domiciliaria y buscan la dignificación del condenado que ha sido juzgado por la comisión de un delito sea cual fuere su naturaleza.

Del mismo modo, la dignidad humana constituye el derrotero de las garantías de aquellos hombres y mujeres privados de su libertad en los centros carcelarios y penitenciarios, en esa medida la jurisprudencia constitucional ha clasificado los derechos fundamentales de los condenados y sindicados en tres grupos; el primer grupo lo comprenden aquellos derechos que pueden ser interferidos como consecuencia de la imposición de la pena respectiva, como lo es el caso del derecho de locomoción, los derechos políticos y el sufragio; el segundo grupo constituye aquellos derechos que buscan la resocialización del condenado como lo son la intimidad, el derecho de reunión, asociación, trabajo, educación y libertad; y el tercer grupo lo comprenden aquellos derechos considerados intocables que se desprenden de la dignidad del ser humano y que no pueden ser interferidos a pesar que la persona sea objeto de una condena intramural, esto es, el derecho a la vida, integridad personal, salud, igualdad, libertad religiosa, debido proceso, derecho de petición y acceso a la administración de justicia. (Corte Constitucional, Sentencia T-049-16).

Sin embargo, la situación real que afronta el sistema carcelario en Colombia es una afrenta directa contra la dignidad de aquellas personas privadas de la libertad en las cárceles del país, ya sea como consecuencia de la imposición de una pena o una medida de aseguramiento, en tal sentido, la Corte Constitucional ha referido al estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario colombiano, donde las personas privadas de la libertad conviven en condiciones infrahumanas, y en la mayoría de los casos, las cárceles colombianas se convierten en focos de violencia y corrupción. (Corte Constitucional, Sentencia T-388-13).

Por otra parte, la dignidad humana según el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye principio fundante del interés superior del menor, en la medida que su finalidad es la protección de la integridad de los niños, su desarrollo pleno en condiciones dignas al lado de sus padres y demás seres queridos, y el respecto de sus derechos y sus opiniones, lo que se traduce en una forma de respeto por la dignidad de los menores. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02).

2.6 El principio de legalidad

El principio de legalidad en cuanto a delitos y penas, corresponde a la base en que se funda todo el marco legal del derecho penal estatal, a partir de este axioma se garantiza que tanto el delito como la pena sean aplicados en forma coherente y respetuosa del debido proceso y de las demás garantías de las personas que se ven inmersas en un proceso penal, este principio se encuentra incluido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 29 de la Constitución Política, en el artículo 2 del Código Penitenciario y Carcelario, el artículo 6 del Código de la Infancia y Adolescencia, y el artículo 6 del código penal militar, de las referenciadas normas se tiene que la creación del

delito y su sanción respectiva son hacia futuro, es decir que no puede aplicarse a hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia con excepción claro está de la retroactividad y la ultraactividad en aplicación del principio de favorabilidad (Corte Constitucional, Sentencia C-559-99).

El monopolio de creación de tipos penales y penas le corresponde al Congreso de la República por disposición del artículo 150 de la Constitución, se trata de una reserva legal autorizada por el Estado, concepción que surge de la teoría contractualista basada en la separación de poderes y que precisamente propende por garantizar la seguridad jurídica en un Estado social y democrático de derecho (Corte Constitucional, Sentencia C-630-14), pues en últimas se trata de una facultad atribuida a un organismo estatal para que a través de las normas que expide autorice la legalidad en cuanto a la interferencia en los derechos fundamentales de las personas como respuesta a la comisión del delito, de la misma manera, en aplicación del principio de legalidad el Congreso está facultado para derogar tipos penales, para hacer reformas en torno a estos conforme a la política criminal del momento, a modo de ejemplo agravar penas para promover los preacuerdos y negociaciones en el esquema procesal de la Ley 906 de 2004, tal y como lo hizo con la expedición de la Ley 890 de 2004 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 26065,2004).

Así mismo, el principio de legalidad se presenta como una verdadera limitante al poder punitivo del Estado contra la arbitrariedad en cabeza de aquellos facultados legalmente para impartir justicia penal, pues es una máxima que la existencia del delito y su pena respectiva deban ser creados por Congreso mucho antes de la realización de la conducta penal desplegada por el ser humano. Del mismo modo, tanto la pena como el delito deben constar por escrito en los respectivos códigos penales, de ello se infiere que no se puede acudir a la costumbre para crear penas, delitos o medidas de seguridad (Velásquez, 2010, p. 78).

Igualmente, la ley penal debe ser estricta, esto es, que el supuesto de hecho (delito) y su consecuencia jurídica (pena) no pueden ser interpretados acudiendo a figuras como la analogía so pretexto de llenar vacíos normativos o de aplicar el principio de igualdad y de esa forma equiparar penas y delitos como pauta de solución a casos concretos, ya sea para agravar o para imponer penas previstas para otros tipos penales que no guardan relación con los casos estudiados, la única excepción en torno a la analogía es respecto a materias permisivas como se dijo en apartados anteriores, pero nunca en materia de delitos y penas (Velásquez, 2010, p.79). Así mismo, la ley penal debe ser cierta, ello obedece a la taxatividad donde ha de entenderse que la descripción típica debe ser clara, precisa y concisa (Corte Constitucional, Sentencia C-241-97).

De otro lado, en lo que tiene que ver con la prisión domiciliaria es claro que el legislativo optó por no regularla en el código penal militar y con ello podría decirse que creó una aparente disparidad entre la ley penal ordinaria y militar, no obstante tal diferencia encuentra justificación desde la facultad reglamentaria atribuida al Congreso, actuar que es ajustado a la Constitución según la jurisprudencia constitucional tal y como se planteó en párrafos anteriores, bajo ese entendido es viable que el legislativo opte por regular las penas disponiendo su clasificación y forma de ejecución, ejercicio que obedece en primera medida a la estructura del delito y la política criminal del Estado, quedando al margen el criterio personal de los jueces penales a la hora de impartir la pena como consecuencia del delito, pues su función se limita a aplicar los delitos y penas que trae el código penal conforme al procedimiento penal establecido (Corte Constitucional, Sentencia C-073-10).

2.7 La integración normativa en las normas penales castrenses

Autores como Savigny sugieren la teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico, donde se indica que todas las situaciones están reguladas por el derecho

y por ende no hay lagunas ni ambigüedades, de esa manera en caso que no exista norma que regule una situación en concreto se aplicará la máxima que dice "Lo que no está ordenado, es permitido" (Rojas Piñeres, 2005, p. 126). No obstante, el legislador nacional con el fin de evitar casos sin aparente solución expidió la Ley 153 de 1887, que en su artículo 8º refiere que "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho". De otro lado, la misma normatividad plantea en su artículo 13 la costumbre como una pauta de solución a casos concretos a falta de ley escrita.

De otro lado, la integración normativa es un principio rector de las normas penales militares y también del estatuto punitivo común, tanto en la Ley 522 de 1999 como en la Ley 1407 de 2010, lo encontramos definido como aquel principio que permite que en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el código penal militar, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de la ley penal militar. Además, se introdujo un inciso adicional al artículo 14 de la Ley 1407 de 2010, donde se extiende el alcance de la integración normativa en materia de la justicia penal militar a las normas que guarden relación con los derechos humanos y que en efecto haya sido motivo de ratificación por el Estado a través de la norma respectiva.

Sin embargo, a pesar que figuras como la costumbre, la analogía, la doctrina constitucional y los principios generales del derecho puedan aplicarse en el ordenamiento jurídico doméstico frente a posibles lagunas o ambigüedades que puedan presentarse, e incluso cuando el código penal militar prevé la posibilidad de remitirse a otras normatividades en los eventos no regulados en la norma penal castrense, no es posible aplicar estas acepciones en materia de delitos y penas dado que el principio de legalidad lo impide, para ello recuérdese

que los delitos y las penas son de reserva legal y deben constar en los respectivos códigos penales por escrito (Corte Constitucional, Sentencia C-739-00).

2.8. La prisión domiciliaria en algunos códigos penales militares extranjeros

Los estudios de derecho comparado permiten ampliar una visión en profundidad respecto de ordenamientos jurídicos extranjeros, ya sea en su totalidad o en un aspecto en particular, para Cabanelas y Alcalá Zamora se trata de una especialidad del derecho que tiene como objeto analizar ordenamientos positivos con el fin de establecer similitudes o diferencias entre ellos (Barrera Martínez, 2011, p.22), de la misma manera, el derecho comparado contribuye a un mejor entendimiento del ordenamiento jurídico doméstico o de una de sus instituciones en particular, dado que en algunas ocasiones los sistemas jurídicos extranjeros provienen de una misma tradición jurídica, como lo es aquellos Estados que se rigen por el derecho consuetudinario o codificado.(Ibídem, p. 24).

Dicho lo anterior, y en relación con el tema de investigación el cual que tiene que ver con la prisión domiciliaria en las leyes penales castrenses, se ha determinado indagar este tema en Estados que cuentan con una tradición jurídica codificada propia del derecho civil, además que cuenten con instituciones armadas encargadas de defender la soberanía e independencia de sus respectivos territorios y conserven en todo o en parte el fuero penal castrense para la investigación y juzgamiento de uniformados por la ejecución de delitos en desarrollo de sus funciones, fuero que en algunos Estados aplica únicamente en tiempos de confrontación armada en contraposición al ordenamiento penal colombiano que se caracteriza por tener un fuero penal militar permanente que aplica en tiempos de paz, de guerra y de conflicto armado interno (Const. 1991, art. 221; Ley 1407, 2010, art. 1).

Sobre este particular, en países como Argentina hubo una reforma a la justicia penal militar (Ley 26394 de 2009), la cual prohibió que las cortes castrenses juzgaran delitos y faltas que atenten en forma exclusiva contra las instituciones armadas durante época de paz, así mismo se determinó que no había imparcialidad en cuanto a la indagación y enjuiciamiento de militares por parte las cortes marciales, dado que era evidente la injerencia del ejecutivo en la adopción de las decisiones jurisdiccionales que adoptara la justicia penal castrense, de esa manera la jurisdicción penal militar argentina quedó limitada a juzgar a los militares de esa nación únicamente por delitos militares cometidos en tiempo de guerra o con ocasión de los conflictos armados, en los demás casos así se trate de delitos de función, conoce la justicia penal ordinaria (ley 11179 de 1984), dado que éstos tipos penales fueron incorporados al código penal común de la nación como delitos autónomos o como agravantes de otros delitos (Rangel Suárez, A. (2012). Fuero penal militar: una comparación internacional. Cuadernos De Derecho Penal Universidad Sergio Arboleda No. 8, p. 101). Ahora bien, en lo que tiene que ver con la prisión domiciliaria, tal normatividad en su artículo 10 permite su procedencia tanto para civiles y militares como alternativa a la pena intramural en los casos de enfermedad, cuando el condenado sea mayor de 70 años, se trate de mujeres en estado de gestación o madres que tengan a su cargo niños menores de edad.

De otro lado, en Chile se puede decir que la jurisdicción penal militar se encuentra afianzada, pues es perfectamente aplicable en tiempos de paz y en tiempos de guerra, el código penal militar de ese Estado (Decreto 2226 de 1944), prevé un procedimiento penal para tiempos de paz en su artículo 122 y subsiguientes y un procedimiento más corto en su artículo 180 cuya duración no supera las 48 horas para juzgar delitos en tiempos de guerra, el servicio se define como “todo aquel o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas” (Rangel

Suárez, A. (2012). Fuero penal militar: una comparación internacional. Cuadernos De Derecho Penal Universidad Sergio Arboleda No. 8, p. 102).

Además, se puede decir que el fuero militar chileno es extensivo, dado que los artículos 5 y 7 del código penal militar prevén el juzgamiento de civiles que laboren para las fuerzas armadas cuando en tiempos de guerra cometan delitos comunes al interior de las guarniciones militares. Así mismo, el estatuto penal castrense de ese Estado contiene delitos militares y delitos comunes adaptados a la función o el servicio militar, similares a los llamados delitos militarizados que se encuentran en el texto normativo del código penal militar colombiano (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97). En cuanto a la prisión domiciliaria, tal figura no está contemplada en el catálogo de penas del artículo 216 del código penal militar chileno.

Del mismo modo, el código penal militar policial del Perú (Decreto Legislativo No. 961 de 2006) contiene delitos militares y militarizados por los que se investiga y juzga a militares y policías que cometan tales delitos en desarrollo sus deberes militares. De la misma manera, tal normativa trae consigo una definición amplia de los delitos de función, circunstancia que conlleva que tipos penales que atentan contra los derechos humanos se tipifiquen en el código penal militar peruano con títulos como privación ilegal de la libertad, uso innecesario de violencia o abuso de autoridad (Rangel Suárez, A. (2012). Fuero penal militar: una comparación internacional. Cuadernos De Derecho Penal Universidad Sergio Arboleda No. 8, p. 102). En lo que respecta a la prisión domiciliaria, tal figura no se encuentra en el código penal militar policial peruano, pues en sus artículos 21 al 33 no existen penas sustitutivas de la prisión intramural, además se destaca que en dicha normatividad al igual que las leyes penales militares y ordinarias colombianas, existe la prohibición de aplicar delitos y penas por vía analógica según lo dispone el artículo 4 de ese ordenamiento, por lo que se concluye que no es aplicable una pena sustitutiva como lo es la prisión domiciliaria en la justicia militar peruana.

En Ecuador, el fuero militar goza de un ámbito de aplicación más amplio que el fuero militar de nuestro país, en ese sentido comprende delitos militares, militarizados, delitos contra el derecho internacional (artículo 116) donde se destacan aquellos que atentan contra los bienes protegidos contra el Derecho Internacional Humanitario, delitos contra la libertad individual (artículo 142), inviolabilidad del domicilio (artículo 149), delitos contra la administración de justicia (artículo 214), delitos contra la vida (artículo 226) y delitos sexuales (artículo 258), tales descripciones típicas se encuentran enlistadas en el código penal militar de ese Estado al que se le denomina código penal de la policía civil nacional, no obstante tales delitos son ajenos al código penal militar colombiano.

Bajo ese entendido, el código penal militar del Ecuador guarda sendas diferencias con el código penal militar de Colombia, pues para el Estado colombiano los bienes jurídicos y tipos penales antes anotados por su naturaleza rompen el nexo funcional con el servicio (Ley 1407,2010, art. 3), en especial los delitos sexuales y aquellos que constituyen infracciones al DIH, respecto de los demás delitos si bien pueden conocer los tribunales militares nacionales solamente será en casos de probarse el vínculo con el servicio, además tales delitos están contemplados en el código penal común, pues se considera que en principio son delitos ajenos a los quehaceres militares (Corte Constitucional, Sentencia C-358-97). De otro lado, en cuanto a la prisión domiciliaria, los artículos 40 al 42 del código penal de la policía civil nacional del Ecuador no la contemplan como pena principal o sustitutiva, además el artículo 9 de esa normatividad penal castrense prohíbe hacer una interpretación extensiva de las normas penales, de donde se desprende que los jueces deben atenerse en forma estricta a lo que la ley demanda.

Por último, en España la ley penal militar (Ley orgánica 13 de 1985) igualmente incluye delitos militares, militarizados y algunos delitos comunes, durante estado de sitio y estado de guerra el fuero militar puede extenderse al conocimiento de delitos la ley penal doméstica, como lo es el caso de los delitos cometidos por personas civiles que se desempeñen como capitanes,

comandantes de buques y areronaves no militares, así como los tripulantes civiles de buques y aeronaves militares (artículo 2 numeral 6), situación que no acontece en la justicia militar colombiana dado que no existe el factor de competencia para el juzgamiento de personal civil de ninguna manera (Ley 1407, 2010, Art. 5). Ahora, en lo que respecta a la prisión domiciliaria, el código penal militar español en su artículo 22 faculta a los tribunales castrenses para imponer penas sustitutivas como lo es el caso de la pena de localización permanente (artículo 12 numeral 3) que se cumplirá en el domicilio del condenado o en el establecimiento penitenciario que se disponga, dicha pena es considerada como una pena privativa de la libertad de carácter principal conforme las previsiones del artículo 11 del código militar español, y su duración es de dos a seis meses.

Como puede verse, en las legislaciones penales militares extranjeras a las que se hizo mención anteriormente, la prisión domiciliaria no es totalmente ajena tal y como acontece en el código penal militar colombiano, a modo de ejemplo, en Argentina por causa de la fragmentación del fuero militar se dio vía libre a la aplicación del código penal común a los militares, tal acontecer permite la procedencia de la prisión domiciliaria en igualdad frente a los civiles, del mismo modo en España donde se le denomina pena principal de localización permanente, la cual está descrita en el código penal militar de ese Estado siendo perfectamente aplicable.

Capitulo III

El debate sobre la procedencia de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar

3.1 Los bienes jurídicos más relevantes para las Fuerzas Militares y de Policía

Las Fuerzas Militares y de Policía para lograr cumplir con sus fines constitucionales (Const., 1991, arts. 217, 218) y a la vez lograr la cohesión entre sus miembros, se edifican en tres pilares fundamentales: el servicio, la disciplina y el honor, al punto que el código penal militar (Ley 1407,2010) los incluye como bienes jurídicos de vital importancia que merecen especial protección. En ese sentido, puede afirmarse que gran parte de las infracciones penales contenidas en estatuto penal militar comprenden aquellos relacionados con la infracción a los deberes especiales de honor, disciplina y servicio, siendo además relevante el hecho que el legislador les imprimió un plus de antijuridicidad excluyéndolos de beneficios y subrogados penales (Corte Constitucional, Sentencia C-709-02).

A modo de ejemplo, el bien jurídico del servicio lo comprenden tipos penales muy particulares como lo es la deserción, los abandonos del servicio y del puesto (Ley 1407,2010, arts 102,108 y 109) que castigan a los militares y policías cuando sin justa causa abandonan sus deberes desde las respectivas guarniciones militares en las que deben permanecer, además la dogmática penal respecto a este tipo de delitos exige varios requisitos que deben agotarse como lo es un sujeto activo calificado, para el caso los uniformados en servicio activo que ejecuten la descripción típica en forma dolosa y además se requiere que este actuar se despliegue en relación con sus funciones. De esa manera, resulta relevante afirmar que a través del derecho penal militar se castiga a aquellos militares y policías que abandonan los deberes propios del cargo, circunstancia

ajena al código penal común donde estos comportamientos no encuadran en ninguna descripción típica, pues en esos casos se acude al derecho administrativo o disciplinario como solución (Ley 734,2002; Ley 1952,2019).

A continuación, se expondrá en forma detallada y breve la parte que comprende los tipos penales del código penal castrense donde se destacan los bienes jurídicos del servicio, la disciplina y el honor como fundantes de las instituciones armadas y de policía.

3.2 El bien jurídico del servicio

El servicio entendido como uno de los principales pilares de las instituciones castrenses, es connatural a la función constitucional asignada a las Fuerzas Militares y de Policía (Const., 1991, art. 217, 218), de allí que la organización y la filosofía de las instituciones castrenses estén direccionadas en torno al buen servicio en defensa de la soberanía, la independencia y el orden constitucional, por esa razón, el Congreso de la República en uso de sus facultades legislativas reguló el servicio como un bien jurídico de especial protección en el código penal militar (Ley 1407, 2010, art. 102-115) y de la misma forma le asignó la categoría de valor en una disposición legal definiéndolo como aquel que procura las necesidades del conglomerado social (Ley 1862, 2017, art 6)".

En ese sentido, se han creado verdaderos tipos penales que de ser realizados quebrantan el servicio, además tales categorías típicas en su mayoría exigen un deber de presencia y permanencia de parte de los uniformados y policías en sus respectivas guarniciones o en lugares distintos a éstas donde deban cumplir con sus funciones (bases fijas, campamentos, estaciones de policía, escuelas de formación, entre otros). Sobre el particular, el Tribunal Superior Militar destaca que el hecho de faltar al deber de presencia injustificado por parte de los uniformados, traumatiza el normal desarrollo de la función militar

(Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión (11 de agosto de 2015), Radicado No. 158208).

De esta forma, se entiende entonces que la decisión injustificada de militares y policías consistente en abandonar las filas en cualquier momento, lugar o circunstancia, da lugar a la configuración objetiva de este tipo penal donde la antijuridicidad aflora con el simple hecho de abandonar el servicio, es decir, que para su configuración no es relevante si sobreviene una afectación material a las operaciones militares o administrativas por causa de abandonar las filas, pues se insiste, que lo único que se exige es sustraerse del servicio injustificadamente. Bajo ese entendido, se castiga penalmente con rigor el apartarse del servicio o de los deberes propios del cargo sin justificación, además tales tipos penales están dirigidos tanto a soldados como oficiales, suboficiales, aspirantes a obtener un rango militar que se capacitan en las escuelas militares, auxiliares bachilleres de la Policía, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Los tipos penales que afectan el bien jurídico del servicio que trae la Ley 1407 de 2010 son los siguientes:

- ✓ **Abandono del servicio (Ley 1407,2010, art 107):** Castiga con pena de 1 a 3 años a los oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que abandone los deberes propios de su cargo por más de 5 días consecutivos sin justificación, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo lapso contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, o no se presente dentro de los 5 días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente.

- ✓ **Abandono del puesto (Ley 1407,2010, art 105):** Tiene prevista pena de prisión de 1 a 3 años a quien estando de facción o de servicio, abandone el

puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Sobre este tipo penal es relevante hacer mención a los términos facción y servicio, así el término facción hace referencia al servicio materialmente ejercido ya sea de seguridad o vigilancia, su origen deviene de la expresión *factum,* entendida como un hecho, hacer o realizar objetivamente un comportamiento particular y concreto (Reglamento de Servicios de Guarnición para las Fuerzas Militares, 1982, p.8) ejemplo: el comandante de guardia de la unidad militar a quien se le ordena legítimamente prestar tal servicio en el recinto de guardia de 07:00 am a 07:00 am del día siguiente, pero que durante dicho lapso injustificadamente decide apartarse de aquél lugar para en su lugar salir al centro comercial más cercano a hacer compras, de esta circunstancia puede afirmarse que abandonó el lugar de facción.

De otro lado, el término servicio si bien es una acepción muy amplia que abarca todas las actividades operacionales y administrativas que realiza el militar o policial en forma permanente, para este tipo penal esta acepción hace referencia a la disponibilidad permanente del uniformado durante la prestación de un turno de servicio específico por un lapso de tiempo para el cual fue designado por un superior en forma verbal o escrita a través de un acto administrativo (Tribunal Superior Militar (28 de abril de 2015) Radicado No. 158189), ejemplo: El comandante de la guardia que fue nombrado para desempeñar tal servicio por 24 horas a partir de las 07:00 am en la orden del día de la unidad militar a la cual pertenece, no obstante las normas administrativas de las unidades militares prevén espacios de tiempo durante el servicio para que el funcionario haga sus necesidades fisiológicas, consuma los alimentos y también tome un descanso por unas horas mientras es relevado por otro funcionario, es así que el comandante de la guardia aprovecha las horas de descanso del turno de guardia para

evadirse de la guarnición e ir a jugar al casino más cercano de la ciudad y embriagarse.

En este sentido, tal circunstancia (descanso autorizado dentro del servicio) no permite al uniformado desprenderse del servicio para el cual fue nombrado abandonando las instalaciones de la guarnición militar, es decir, que en todo momento debe observar la disponibilidad así se encuentre en descanso dentro del mismo turno de servicio para el cual fue designado y hasta que éste no culmine o en su defecto sea relevado por otro funcionario debidamente autorizado, así que si decide ausentarse de la unidad sin permiso ni justificación valida durante el tiempo de descanso será castigado penalmente.

- ✓ **Abandono de comando (Ley 1407,2010, art. 102- 103 y 104):** Se castiga con pena de prisión que oscila entre 1 a 5 años a los comandantes (Oficiales y Suboficiales) que no ejerzan las funciones de comando por más de 24 horas consecutivas en tiempo de paz o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior. La función de comando la ejercen aquellos militares que tienen atribuciones de mando, lo cual los autoriza para asignar misiones, dar órdenes y organizar la tropas, delegar funciones en otros militares de menor rango (Reglamento de Servicios de Guarnición, 1982, p.7), es así que este tipo penal castiga aquellos comandantes que se sustraigan de tal función por un periodo de tiempo determinado (24 horas).

- ✓ **Deserción (Ley, 1407,2010,art 109):** Este tipo penal castiga con pena de prisión de 8 meses a 2 años a aquellos incorporados al servicio militar obligatorio como soldados bachilleres, regulares, campesinos, infantes de marina y auxiliares de policía, se configura cuando el sujeto activo de la conducta se ausenta sin justificación de las filas militares por un término de cinco 5 días consecutivos, o en cualquier tiempo si el mismo sujeto se encuentra en el área de operaciones en desarrollo de misiones de orden

público, igualmente el prisionero de guerra que recobre su libertad ya sea en territorio nacional o extranjero y no se presente en su respectiva unidad militar.

De la misma manera, es preciso referenciar que la ley ha establecido (Ley 1861, 2017, art. 15 y 71) que el delito de deserción se le aplica de la misma forma al personal de auxiliares bachilleres que son incorporados voluntariamente o por obligación al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), con el fin de prestar un servicio por un tiempo determinado al cual igualmente se le define como servicio militar, circunstancia que se tornaría atípica en la medida que extiende el fuero militar a funcionarios públicos que no forman parte de la fuerza pública (Const., 1991, arts. 217-218).

- ✓ **Del centinela (Ley 1407,2010, art. 112):** Este tipo penal contempla como sanción pena de prisión de 1 a 3 años a aquel centinela que se duerma, se embriague, o se ponga bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o falte a las consignas especiales que haya recibido, o se separe del puesto, o se deje relevar por quien no esté legítimamente autorizado. El centinela es aquel militar armado y equipado que presta un servicio de guardia ya sea dentro de una unidad militar o en el área de operaciones (Reglamento de Servicios de Guarnición, 1982, p.37), su función es preservar la seguridad e integridad de las instalaciones y el personal militar que se encuentra en descanso, de allí que la descripción típica señalada sea extremadamente rigurosa cuando el centinela se sustraiga de prestar el servicio bajo los supuestos del respectivo tipo penal.

- ✓ **La libertad indebida de prisioneros de guerra (artículo 114) y la omisión en el abastecimiento (Ley 1407, 2010, art 114-115)** Estos tipos penales al igual que los anteriores afectan el bien jurídico del servicio, no obstante carecen de la imposición del deber de presencia y permanencia en las filas

que se predica de aquellos que portan un uniforme militar. En cuanto a la libertad indebida de prisioneros de guerra, se trata de un tipo penal que únicamente puede darse en casos de guerra exterior, así mismo este delito castiga con pena de prisión de 1 a 5 años a aquél militar que sin facultades ponga en libertad a un prisionero de guerra o facilite su evasión.

En cuanto al tipo penal de omisión en el abastecimiento, se trata de un tipo penal que castiga al militar o policía que tenga asignada la función de abastecer a las tropas en campaña para el cumplimiento de sus funciones, la pena contemplada es de 1 a 5 años de prisión, de igual manera, es importante señalar que la acepción “abastecimiento” incluye no solamente alimentación, sino armamento, equipos de campaña y medicamentos para las tropas.

3.3 El bien jurídico de la disciplina

La disciplina es definida en el Código Disciplinario Militar para las Fuerzas Militares (Ley 1862, 2017, art 3) como la categoría inescindible que demarca la existencia y razón de ser de toda fuerza armada (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), es el instrumento mediante el cual se logra la cohesión que debe mantenerse entre superiores y subalternos, y con ello garantizar el cumplimiento de las órdenes militares derivadas del mandato constitucional, la ley y los reglamentos. En cuanto a la Policía Nacional, por tratarse de una institución de naturaleza civil según la misma constitución (Const., 1991, art. 218) cuenta con su propio Régimen Disciplinario (Ley 1015 de 2006, art 25) donde la disciplina es considerada como una condición de existencia institucional que se traduce en el cumplimiento de la Constitución y la ley.

De otro lado, los Códigos Penales Militares aplicables actualmente (Ley 522 de 1999 en su parte procesal y la Ley 1407 de 2010 en su parte sustantiva), se aplican por igual a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, en estas

normatividades se eleva a la categoría de bien jurídico la disciplina, es así que la Ley 1407 de 2010 en su libro segundo, parte especial de los delitos incluye los delitos contra la disciplina, entre ellos los tipos penales de insubordinación (artículos 93 y 95), desobediencia (artículo 96), ataque a los superiores e inferiores (artículos 99 y 100) y las amenazas (artículo 101).

- ✓ **El delito de insubordinación (ley 1407, 2010, art 93 y 95):** Este tipo penal castiga con una pena que oscila entre los 3 a 6 años al militar o policial que mediante actitudes violentas en relación con orden legítima del servicio emitida con las formalidades legales, la rechace, impida que otro la cumpla, o que el superior la imparta, o lo obligue a impartirla, así mismo la pena se incrementa en una tercera parte en caso de concurso, si se utilizan armas, o si la conducta se realiza frente a las tropas en formación.

Respecto a este tipo penal, es importante profundizar en el ingrediente normativo “orden del servicio emitida con las formalidades legales”, lo cual obliga al intérprete a remitirse al Código Disciplinario para las Fuerzas Militares donde aquél se define como una manifestación de la autoridad militar que se debe acatar y realizar, no obstante la orden debe provenir de aquellos militares que tienen atribución de mando en la jerarquía militar, a ello se le suma que la orden debe ser “lógica, oportuna, clara, precisa, concisa y relacionada con el servicio”. Así mismo, la orden no puede ser violatoria de la Constitución y la ley o de otra orden legítima impartida por un militar superior, de ser así el subordinado no está en la obligación de obedecer el mandato (Ley 1862, 2017, art. 9 y 10).

- ✓ **El delito de desobediencia (Ley 1407, 2010, art 96 a 98):** Este delito tiene prevista pena de prisión de 2 a 3 años en los eventos donde el sujeto activo de la conducta (Oficial, Suboficial, Alumno de las escuelas de formación militar, Soldado, Infante de Marina, Agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional) incumpla o modifique una orden legítima del servicio

impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, de la misma manera en punto a la desobediencia, se castiga con pena de 1 a 2 años de prisión al oficial o suboficial que ya estando retirado del servicio activo y pertenezca a la reserva, no se presentare a las filas cuando sea llamado por mandato de los decretos de movilización o llamamiento especial del servicio, la misma situación se prevé para el caso de los reservistas que se nieguen a presentarse a las filas cuando sean llamados nuevamente con la diferencia que la pena es de 6 meses a 1 año. El tipo penal de desobediencia es de mera conducta, es decir, no se requiere un resultado o una consecuencia material derivada del incumplimiento de la orden para que el punible se tipifique.

- ✓ **Ataque a los superiores e inferiores (Ley 1407,2010, art 99 y 100):** Este tipo penal trae una pena entre 1 a 3 años y dos supuestos, el primero lo trae el artículo 99 que se da cuando se ataque a un superior en grado, antigüedad o categoría, criterios estos que devienen de la jerarquía militar, para ello téngase en cuenta que las Fuerzas Armadas y de Policía están estratificadas, por un lado en la cúspide de la pirámide están los oficiales que pueden ser superiores o de rangos inferiores, luego los suboficiales y finalmente el personal de soldados, esto aplica solo para las Fuerzas Militares; en cuanto a la Policía Nacional, también están a la cabeza del mando los oficiales, luego los suboficiales, los agentes, el personal del nivel ejecutivo y finalmente en el nivel más bajo el personal de auxiliares bachilleres o regulares que prestan el servicio militar. El segundo supuesto, se configura cuando es un superior quien ataca a un inferior en grado, antigüedad o categoría siendo el castigo la misma pena (1 a 3 años).

El ataque se entiende como una vía de hecho contra un superior o un inferior, la conducta debe estar relacionada con actos del servicio y puede trascender a

las lesiones personales cuando se presenta alguna agresión física en el cuerpo o en la salud del sujeto pasivo del delito.

- ✓ **El delito de amenazas (Ley 1407, art. 101):** Se trata de un tipo penal militarizado, puesto que encuentra similitud con el tipo penal de amenazas que trae el estatuto punitivo ordinario (Ley 599 de 2000, art 347), la diferencia es que las amenazas tienen que ver con actos del servicio, de lo contrario los casos serán tramitados por la ley ordinaria aplicando el tipo penal respectivo en el código penal común, así mismo, este tipo penal contempla una pena de prisión de 1 a 3 años.

De esta manera, los tipos penales que atentan contra el bien jurídico de la disciplina militar buscan garantizar el respeto y el cumplimiento de las órdenes dentro de las instituciones militares y de policía, son una herramienta que proporciona la misma disciplina al transformarse en bien jurídico para que la Justicia Militar garantice el cumplimiento de las normas y a la vez promueva el orden al interior de las instituciones armadas, de allí que la sanción penal en cuanto a sus fines debe ser ejemplarizante al interior de las instituciones en igual o mayor grado que las sanciones penales que trae el código penal común y el restante de bienes jurídicos contenidos en la ley penal castrense. Bajo ese entendido, la relevancia de esta clase de bienes jurídicos no se mide por el quantum de la pena respecto de cada delito en particular sino por su relación con la infracción de deberes especiales (Corte Constitucional, Sentencia C-709-02).

3.4 El bien jurídico del honor militar

El honor es un deber y a la vez un valor militar, es la forma en que el militar manifiesta su esencia al portar un uniforme para servir a la patria, es la demostración de su integridad, es la característica del militar o policial que irradia la integridad de su persona en lo que tiene que ver en especial con aquellos

valores militares y policiales que por juramento asintió defender cuando tomó la opción de portar un uniforme y unirse a las filas militares o de policía (Ley 1862, 2017, art. 6)", de la misma manera, se trata de un bien jurídico catalogado como pilar fundamental de las Fuerzas armadas y de Policía, los tipos penales contra el honor en el código penal militar (Ley 1407, 2010) son los siguientes: La cobardía (artículo 117, 118 y 119), el comercio con el enemigo (artículo 120) y las injurias y calumnias (artículos 121 y 122).

- ✓ **El delito de cobardía (Ley 1407, 2010. Art 117,118 y 119):** El tipo penal base es el artículo 117 que castiga al militar o policial que huya o eluda combatir al enemigo, la pena prevista es de 3 a 6 años de prisión; el artículo 118 prevé la modalidad de cobardía en el ejercicio del mando, es decir, que el tipo penal requiere una calidad especial adicional del militar o policial, para el caso debe ser comandante y se le castiga con pena de 5 a 20 años si se rinde, se adhiere o cede ante el enemigo; el artículo 119 castiga la omisión en el delito de cobardía, la cual se da cuando el militar actúa cobardemente ante una situación que implica enfrentarse al enemigo estando en el deber de hacerlo, se oculta o simula enfermedad para sustraerse de su deber, la pena es de 5 a 10 años de prisión.

Valga aclarar que los supuestos que trae este tipo penal, deben ser examinados frente a las causales de ausencia de responsabilidad penal, pues en casos donde el enemigo supere a las tropas armadas ya sea por la cantidad de combatientes, por la posición en el terreno que le proporcione una ventaja militar o por el mayor número y efectividad de las armas con las cuales se ataca, en un sentido lógico debe ponderarse los bienes jurídicos en riesgo donde podría apelarse al estado de necesidad como justificante o en ciertos casos el miedo insuperable, no se trata de actuar ante el enemigo obedeciendo ciegamente el mandato, pues las operaciones militares y las órdenes militares en general obedecen a una planeación previa y a las actividades de inteligencia militar, de

allí que los comandantes y el resto del personal militar debe constatar que están en la capacidad y cuentan con los medios a su alcance para entrar en combate, de lo contrario, no podría derivarse una responsabilidad penal por causa de los referenciados delitos (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal (5 de junio de 2014), Radicado No. 35113).

- ✓ **El comercio con el enemigo (Ley 1407, 2010, art 120):** La pena prevista para el que incurra en este tipo penal es de 6 a 10 años de prisión, el comercio puede ser de cualquier elemento que sea destinado para la defensa y la soberanía de la nación, lo que incluiría por ejemplo raciones de campaña, uniformes, botas de campaña, pero si se trata de municiones y armamento la pena se incrementa en el doble.

- ✓ **La injuria y la calumnia (Ley 1407, 2010, art 121-124):** Estos tipos penales son militarizados, es decir, tomado del código penal común y adaptado a la función militar, la diferencia con el tipo penal ordinario es que las imputaciones deshonrosas y los delitos que se le endilguen al militar ofendido deben guardar relación con el servicio o función, de lo contrario sería una conducta penal común que escapa de la competencia de la justicia penal militar. Respecto a la injuria la pena es de 1 a 3 años de prisión y la calumnia contempla una pena de 1 a 4 años de prisión.

3.5 Los demás bienes jurídicos de la codificación penal militar

Existen otros bienes jurídicos que trae el código penal militar que contienen tipos penales vinculados con la función de las fuerzas armadas y de policía, en ese sentido encontramos entonces los delitos contra la seguridad de la fuerza pública, que incluye los tipos penales de ataque al centinela (art. art.128), falsa alarma (art. 129), revelación de secretos (art. 130), el uso indebido de uniformes de la

Fuerza Pública (art. 132), el tráfico de material de guerra, municiones y explosivos (art. 133), y el sabotaje (art. 134).

Igualmente, el bien jurídico de otros delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública que incluye tipos penales como el abandono del buque (art. 137), generación de pánico (art. 136), entre otros relacionados especialmente con las funciones que cumple la Armada Nacional en operaciones de alta mar; también los delitos contra la población civil entre los cuales se incluye la devastación (art. 155), el saqueo (art. 156), la requisición arbitraria (art. 157), la exacción, que consiste en un abuso de funciones para que la población civil entregue sus bienes (art. 159) y las contribuciones ilegales (art. 160).

Del mismo modo, los delitos contra la administración pública que en su mayoría son delitos militarizados como el peculado sobre bienes de dotación (art.161), el peculado por demora de entrega de armas municiones y explosivos (art. 162) que se refiere a supuestos de incautaciones de este tipo de materiales que no se entregan a la autoridad judicial del caso, el peculado por extensión (art. 163) que se refiere a la apropiación de bienes de los casinos militares, economatos y centros de recreación militar, el tráfico de influencias para obtener ascensos, traslados, distinciones y comisiones (art. 164), el abuso de autoridad especial (art. 165) y la omisión de apoyo especial (art. 166).

Por otra parte, la codificación penal militar incluye un capítulo denominado “Otros delitos” los cuales no están clasificados dentro de un bien jurídico definido pero que igualmente han sido adaptados para que tengan relación con las funciones militares, se trata de delitos militarizados como lo son: la violación de habitación ajena (art. 167), el hurto de armas y bienes de defensa (art. 168), hurto de uso (art. 169) y el daño en bien ajeno (art.170).

Finalmente, se puede afirmar que la parte especial del código penal militar presenta una serie de bienes jurídicos que comprenden tipos penales que en su mayoría guardan relación directa con la función que cumple la fuerza pública a los cuales se les denomina delitos militares, donde destacan los delitos contra el servicio, la disciplina y el honor, estos tipos penales en su mayoría traen pena de prisión que oscila entre 1 y 3 años, aspecto que daría a entender la poca relevancia de los bienes jurídicos que protegen tales tipos penales por su inferior punibilidad, no obstante aunque esto es cierto dado que existen delitos militarizados contenidos en el código penal militar donde el castigo penal está por encima de los 3 años de prisión, a manera de ejemplo, dentro del bien jurídico de otros delitos contra la seguridad de la fuerza pública se encuentra el hurto de armas y bienes de defensa que tiene asignada una pena que gravita entre los 7 a 15 años de prisión (Ley 1407, 2010, art 154A), el hurto de uso que tiene una pena de 2 a 6 años de prisión (Ley 1407, 2010, art 154B), así mismo dentro del bien jurídico de delitos contra la población civil destaca el delito de devastación con una pena de 2 a 8 años (Ley 1407,2010, art 155) y el saqueo y la requisición que contiene una pena de 3 a 6 años de prisión (Ley 1407, 2010, art156).

Sin embargo, en lo que tiene que ver con los delitos contra el servicio, la disciplina y el honor, su relevancia no está dada por la punibilidad sino por la transgresión directa de los deberes que deben cumplir los militares y policías, dado que tales bienes jurídicos constituyen los pilares fundamentales en que se edifican las fuerzas armadas y de policía (Corte Constitucional, Sentencia C-709-02), razón por la cual el legislador excluyó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad cuando se trate de la ejecución de esta clase de delitos (Ley 522 de 1999, art. 71), de la misma forma lo hizo con la expedición de la Ley 1407 de 2010 donde en su artículo 63 además extendió la prohibición de esos beneficios a los delitos contra la seguridad de la fuerza pública y la administración pública, excepto en los eventos de delitos culposos.

En esas condiciones, queda en evidencia que las descripciones típicas que atentan contra el servicio, la disciplina y el honor presentan restricciones respecto a beneficios penales para aquellos militares y policías que los cometen precisamente por su relevancia al interior de las instituciones armadas, sin que sea de mayor trascendencia el hecho que la punibilidad sea en un rango inferior frente a otros delitos contenidos en la ley penal castrense, situación similar acontece en el código penal común, donde por cuestiones de política criminal se restringen beneficios penales frente a ciertas conductas que tocan bienes jurídicos de suma importancia para la ciudadanía en general independientemente del guarismo de pena que traiga el respectivo tipo penal (Ley 599, 2000, art. 68A).

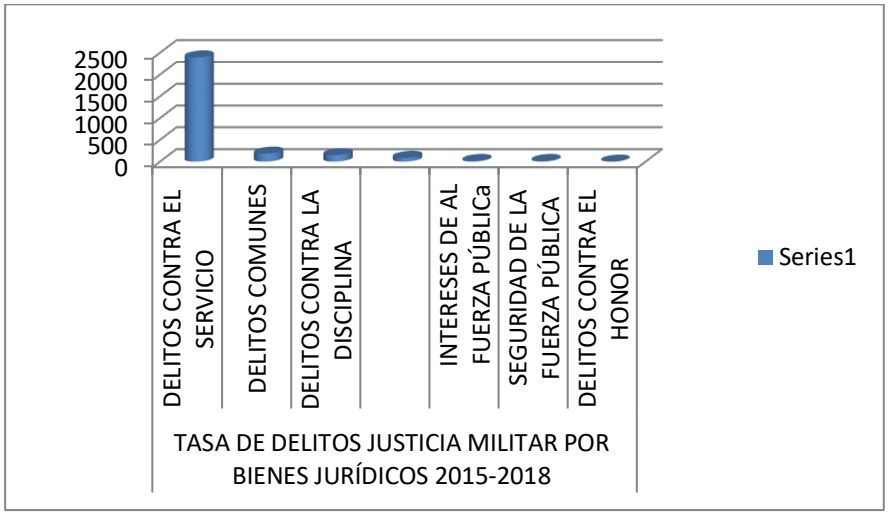
3.6 Los índices de criminalidad respecto de delitos de función al interior de las Fuerzas Militares y de Policía.

Según la información suministrada por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar (DEJUM), entidad encargada de recopilar, condensar y tabular la información estadística de todos los juzgados militares, fiscalías de la misma naturaleza y el tribunal castrense, cuya función se desprende del contenido del artículo 48 de la Ley 1765 de 2015, se registraron un total de 2824 condenas durante el periodo comprendido desde el año 2015 hasta el mes de abril de 2018 (Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, oficio 0567-MDNDEJPMGDG del 23 de mayo de 2018), los cuales se discriminaron en orden descendente por bienes jurídicos y cantidad de condenas de la siguiente manera:

Posición	Bien jurídico	Total condenas
1	Delitos contra el servicio	2392
2	Delitos comunes	184
3	Delitos contra la disciplina	149
4	Delitos contra la administración pública	85
5	Intereses de la Fuerza Pública	14

6	Seguridad de la Fuerza Pública	14
7	Delitos contra el honor	0
Total condenas		2824

Fuente: Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar (DEJUM), Informe estadístico oficio 0567, Bogotá, 2018.



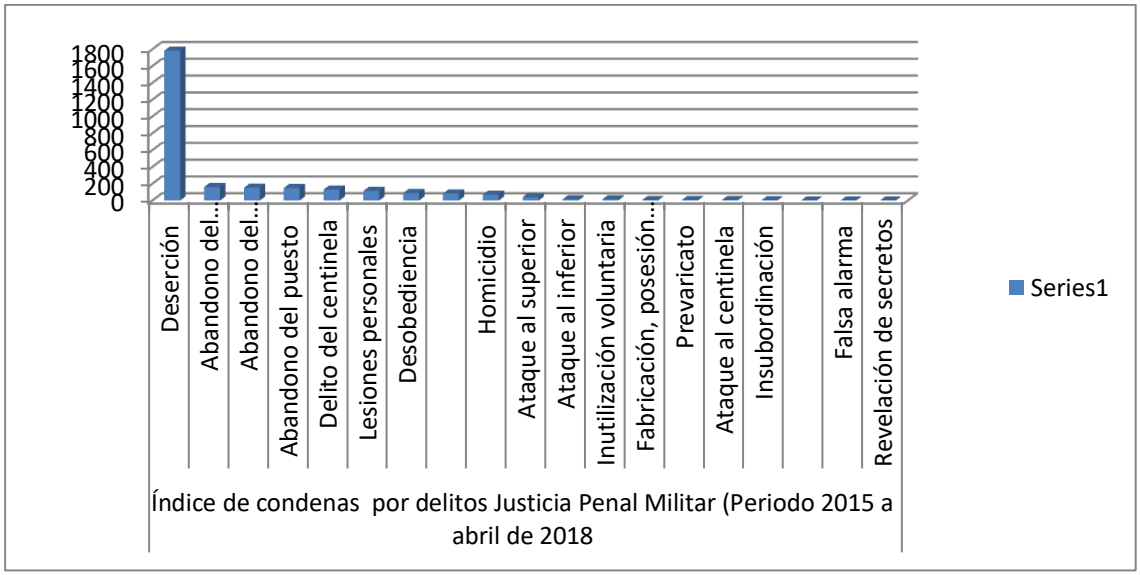
Fuente: Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar (DEJUM), Informe estadístico oficio 0567, Bogotá, 2018.

Así mismo, al filtrar tales sumas por tipos penales se tiene que las condenas por delitos contra el servicio son los que en su mayoría encabezan la lista con un total 2392 condenas, siendo los delitos que exigen el deber de presencia y permanencia en las filas los que más destacan como lo es el delito de deserción que representa los índices más altos de criminalidad al interior de las filas militares con un total 1783 condenas; en segundo lugar el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios y/o profesionales con un total de 162 condenas; en tercer lugar el delito de abandono del servicio de oficiales y suboficiales con un total de 152 condenas y en cuarto lugar el delito de abandono del puesto con un total de 149 condenas.

Posición	Delito	Bien jurídico	Total condenas
1	Deserción	Servicio	1783
2	Abandono del servicio de soldados voluntarios y/o profesionales	Servicio	162

3	Abandono del servicio para oficiales de suboficiales	Servicio	152
4	Abandono del puesto	Servicio	149
5	Delito del centinela	Servicio	130
6	Lesiones personales	Delito común	114
7	Desobediencia	Disciplina	89
8	Peculado sobre bienes de dotación	Administración Pública	84
9	Homicidio	Delito Común	70
10	Ataque al superior	Disciplina	41
11	Ataque al inferior	Disciplina	14
12	Inutilización voluntaria	Intereses de la Fuerza Pública	14
13	Fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos	Seguridad de la Fuerza Pública	6
14	Prevaricato	Delito común	6
15	Ataque al centinela	Seguridad de la Fuerza Pública	5
16	Insubordinación	Disciplina	4
17	Abandono de comando	Servicio	1
18	Falsa alarma	Seguridad de la Fuerza Pública	1
19	Revelación de secretos	Seguridad de la Fuerza Pública	1

Fuente: Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar (DEJUM), Informe estadístico oficio 0567, Bogotá, 2018.



Fuente: Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar (DEJUM), Informe estadístico oficio 0567, Bogotá, 2018.

De las cifras expuestas anteriormente, se puede decir con acierto que la mayoría de condenas proferidas al interior de la jurisdicción penal castrense, corresponden a delitos típicamente militares, delitos que en su mayoría afectan el bien jurídico del servicio que comprende delitos como la deserción, los abandonos del servicio y del puesto donde se castiga a militares y policías por evadirse de las filas militares.

Expuesto el panorama anterior, la pena sustitutiva de prisión domiciliaria en la justicia penal militar resultaría incompatible frente a condenas por delitos como la deserción, el abandono del servicio y el abandono del puesto, en la medida que éstos tipos penales tienen como finalidad castigar a aquellos militares y policías que abandonen las filas sin justificación, así como mantener la amenaza a la comunidad militar y policial consistente en que deben observar disponibilidad absoluta en el servicio y estar prestos en sus respectivas áreas de responsabilidad (Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, Radicado No. 151212, 2009), la disponibilidad de la que se trata aquí guarda estrecha relación con la funciones constitucionales impuestas a las instituciones

castrenses (Const, 1991, art. 217-218), de lo contrario, se tornaría imposible que militares y policías cumplan su función y den ejemplo ante la sociedad en general.

3.7 La procedencia de la prisión domiciliaria en la Justicia Penal Militar por vía de la analogía y los fines de la pena según el Radicado No. 40282 del 5 de abril de 2017 de la Corte Suprema de Justicia

En cuanto a la negativa de considerar la procedencia de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva en la jurisdicción penal castrense, la Corte Suprema de Justicia había seguido un criterio similar al adoptado por el Tribunal Superior Militar y Policial justificando tal postura por razones de especialidad y facultad de configuración normativa del legislador, no obstante, en forma reciente ese alto tribunal profirió la decisión No. 40282 del 5 de abril de 2017, donde cambió de parecer y concedió la pena sustitutiva a una uniformada de la Policía Nacional condenada por el punible de falsedad ideológica en documento público, quien además no tenía la calidad de madre cabeza de familia. Sobre el particular, el argumento central para justificar el cambio de criterio hermenéutico consistió en que era posible por vía de la analogía conceder la prisión domiciliaria a la procesada, puesto que se trataba de la misma razón de hecho, bajo el entendido que las funciones de la pena son iguales tanto en el la ley penal común como en el estatuto punitivo castrense, por lo tanto no mediaba ninguna circunstancia que impidiera otorgar tal beneficio en la justicia penal militar, además que la uniformada cumplía con los requisitos objetivos que trae la Ley 599 de 2000 sobre la materia.

En ese orden, se considera que la decisión de la Corte Suprema de Justicia antes referenciada se torna equivocada en varios aspectos: i) No constituye doctrina probable y tampoco se trata de un verdadero precedente judicial; iii) Omitió hacer un estudio respecto a los tipos penales y bienes jurídicos que trae el código de justicia castrense; y iii) Es contradictoria del principio de

legalidad de la pena porque permite aplicar la pena sustitutiva de prisión domiciliaria por vía de la analogía.

En cuanto al primer punto, el cual tiene que ver con la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia y la teoría del precedente judicial, el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 precisa que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. La disposición a la que se hace referencia fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-836-01, en el entendido que tanto la misma Corte Suprema de Justicia, como los jueces de menor jerarquía cuando pretendan alejarse de la doctrina probable tienen el deber de la argumentación.

En tal sentido, el fallo de casación No. 40282 del 5 de abril de 2017, no constituye doctrina probable por cuanto se trata de un único pronunciamiento hasta ahora que ha dispuesto la aplicación de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva en la jurisdicción foral castrense. De la misma manera, al realizar un análisis del fallo en cuestión desde la teoría del precedente judicial, tampoco se considera que se trate de un fallo obligatorio en casos similares, al respecto téngase en cuenta que el precedente judicial es aquella decisión o decisiones que presentan rasgos comunes respecto a un caso novedoso que se analiza en cuanto a patrones fácticos y problemas jurídicos, y que además cuenta con una *ratio decidendi* que fija una regla jurídica para resolver tanto el asunto debatido como casos nuevos. A esto se el adiciona que, la misma Corte Constitucional ha diferenciado los precedentes judiciales en cuanto a las autoridades judiciales que los profieren, por un lado, estableció el precedente horizontal que constituye aquellas decisiones judiciales proferidas por autoridades de la misma jerarquía o por el mismo funcionario judicial, y el precedente vertical, que comprende las

decisiones judiciales proferidas por aquellos órganos autorizados para unificar la jurisprudencia nacional en las distintas ramas del derecho (Corte Constitucional. Sentencia C-836-01).

No obstante, cualquier fallo judicial proferido por un órgano encargado de unificar la jurisprudencia nacional por mandato constitucional y legal constituye un precedente judicial, sobre el particular la jurisprudencia constitucional ha mencionado tres requisitos, el primero es la consistencia así se trate de una decisión que no sea idéntica y uniforme, a menos que sea abiertamente contradictoria lo cual descartaría la existencia de una regla de interpretación; el segundo es que la decisión este plenamente consolidada o afianzada, pues un solo pronunciamiento de los tribunales de cierre no alcanza a conformar un criterio hermenéutico dominante; y tercero que sea relevante o significativa, esto es, que pueda desentrañar el sentido de la norma y precisar su alcance y efectos (Corte Constitucional, Sentencia C-258-13).

A lo anterior se le adiciona que, la Corte Suprema de Justicia como tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria y a la vez encargada de unificar jurisprudencia, ha referido dos aspectos adicionales que permiten identificar si un fallo judicial constituye precedente judicial, esto es, un factor cualitativo y un factor cuantitativo, puesto que la mera *ratio decidendi* de la decisión por sí misma no constituye un precedente judicial (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 39346, 2013).

Bajo ese entendido, el factor cuantitativo tiene relación con la cantidad de decisiones judiciales existentes que han abordado y desarrollado el asunto a tratar de manera reiterada y pacífica, de igual forma, implica que esa reiteración involucre una posición establecida para asumirla o continuarla por parte de los funcionarios judiciales. De otro lado, el factor cualitativo tiene que ver con la

relevancia y las consecuencias que acarrean las decisiones judiciales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 29877, 2011).

Dicho lo anterior, el Radicado No. 40282 del 5 de abril de 2017, adolece de los requisitos cualitativos y cuantitativos, puesto que en primer lugar, no recogió todas las decisiones contrarias que se habían proferido anteriormente sobre el tema, solo mencionó unas cuantas sustrayéndose de explicar por qué esas decisiones se tornaban equivocadas al caso concreto y por ende se consideraba necesario replantear la hermenéutica que había adoptado la Corte Suprema de Justicia respecto a la improcedencia de la prisión domiciliaria en la justicia militar.

La línea jurisprudencial que venía reiterándose por la Corte Suprema de Justicia planteaba que no es procedente la aplicación de la prisión domiciliaria en la justicia penal militar porque no fue regulada por el legislador en el código penal militar y tal circunstancia impide que pueda invocarse por vía de la acción de tutela argumentando la vulneración de derechos fundamentales, tal postura comprendía los siguientes fallos hasta la fecha de expedición del Radicado No. 40282 del 5 de abril de 2017:

1. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 01 de junio de 2005) Radicado No. 20748). MP. Mauro Solarte Portilla.
2. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 12 de diciembre de 2006) Radicado No. 28840). MP. Javier Zapata Ortiz.
3. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 14 de junio de 2007) Radicado No. 31455). MP. Marina Pulido de Barón.
4. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 30 de julio de 2008) Radicado No. 37098). MP. Julio Enrique Socha Salamanca.
5. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 19 de marzo de 2009) Radicado No. 40893). MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

6. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 5 de octubre de 2010) Radicado No. 50586). MP. Javier Zapata Ortiz.
7. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 23 de agosto de 2012) Radicado No. 62181). MP. Julio Enrique Socha Salamanca.
8. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 28 de agosto de 2014) Radicado No. 75350). MP. Luis Guillermo Salazar Otero.
9. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 4 de noviembre de 2014) Radicado STC- 15034 – Sala Civil). MP. Margarita Cabello Blanco.
10. Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 17 de noviembre de 2015) Radicado STC-15738- Sala Civil). MP. Margarita Cabello Blanco.

Ahora bien, cuando el alto tribunal profirió el Radicado No. 40282 del 5 de abril de 2017 a través del cual decidió cambiar su postura para en su lugar afirmar que era procedente aplicar la pena sustitutiva de prisión domiciliaria en la justicia penal militar, en su ejercicio argumentativo se sustrajo de recoger varios de sus propios precedentes horizontales contenidos en los fallos de tutela antes referenciadas, para el caso, el Radicado No. 31455 del 14 de junio de 2007, Radicado 75350 del 28 de agosto de 2014, STC-15304 del 4 de noviembre de 2014 y el Radicado STC15738 del 17 de noviembre de 2015.

Sumado a lo anterior, es relevante hacer mención que de los radicados antes mencionados se destaca el fallo de tutela No. 75350 del 28 de agosto de 2014, donde se estableció que no era viable la concesión de sustitutiva a una policial por cuestiones del fuero penal castrense y también por causa de la facultad de configuración normativa del legislador, en ese asunto actuó como magistrado ponente el mismo funcionario que contrariamente profirió el radicado No. 40282 del 5 de abril de 2017, el cual dispuso la concesión de la prisión domiciliaria en la justicia castrense por vía de la analogía, pero resulta extraño que en ningún momento recogiera su propia decisión anterior para sustentar por qué motivo variaba su criterio argumentativo. Por tales razones, se considera que el fallo de

casación No. 40282 del 5 de abril de 2017, no constituye un precedente judicial el cual deban acatar los jueces de menor rango que conforman es jurisdicción penal especial en materia de prisión domiciliaria.

De otro lado, de llegar a considerarse que lo que pretendió la Corte Suprema de Justicia consistió en introducir una pena sustitutiva no regulada en el código penal militar por vía de su jurisprudencia –proceder que no se comparte en el presente estudio toda vez que el principio de legalidad lo impide-, la argumentación del alto tribunal implicaba hacer un estudio a fondo de los delitos y los bienes jurídicos que trae la codificación penal militar, pues recordemos que la prisión domiciliaria tanto en la Ley 750 de 2002 y en la Ley 599 de 2000, no opera de manera general para todos los delitos, y para ello el legislador tuvo en cuenta criterios como el *quantum* de las penas y la relevancia de los bienes jurídicos que protegen determinados delitos, aspectos que en forma inescindible deben ser analizados pero que lamentablemente no abordó el fallo judicial en cuestión, donde el alto tribunal se ciñó solamente a los presupuestos objetivos que trae la Ley 599 de 2000 para declarar que la pena sustitutiva es aplicable en la jurisdicción penal castrense, dando a entender de forma tácita que es procedente para todos los delitos que trae el código penal militar, porque estos no están excluidos en las leyes penales comunes, además el monto de las penas no alcanza los 8 años de prisión. Así mismo, esa Colegiatura tampoco hizo un análisis respecto a cómo y quiénes se encargarían de supervisar el cumplimiento de las prisiones domiciliarias que se otorguen en la justicia militar a futuro.

Ahora, si bien los delitos del código penal militar en su mayoría traen penas inferiores a 8 años y no están excluidos de este beneficio por la ley penal común, se indicó en párrafos anteriores que la especialidad de los delitos y los bienes jurídicos que se amparan en la justicia castrense en especial la disciplina, el honor y el servicio, no pueden ser medidos a partir del monto de las penas que traen los tipos penales que comprenden esos bienes jurídicos, las cuales oscilan

entre 1 y 3 años, sino por el impacto que generan al interior de cada una de las fuerzas armadas por causa de la infracción directa de deberes. Es evidente entonces, que el fallo No. 40282 del 5 de abril de 2017, no abordó estos aspectos los cuales se consideran totalmente relevantes si se pretendía hacer un cambio de criterio jurisprudencial, además téngase en cuenta que en la justicia penal militar, el mayor índice de condenas se produce por la comisión de delitos contra el servicio, donde el delito de deserción encabeza los informes estadísticos con un total de 1.783 entre el año 2015 hasta el mes de abril de 2018 (Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, Oficio No. 0567-MDN-DEJPM-GDG-22 del 23 de mayo de 2018).

De otro lado, el radicado No. 40282 del 5 de abril de 2017, es una afrenta al principio de legalidad de las penas que le corresponde únicamente al legislador, pues téngase en cuenta que ni por vía de la costumbre o a través de los fallos judiciales es permitida la creación de delitos y penas (Novoa Velásquez, 1997, p. 620). En tal sentido, recuérdese que el fallo aludido acudió a la analogía para introducir una pena sustitutiva no regulada en el código penal militar, al respecto consideró que existía la misma situación de hecho en cuanto a las funciones de la pena tanto en el derecho penal común como en el derecho penal militar, si bien tal afirmación es cierta, en la justicia penal castrense existen delitos que demandan el deber de presencia en las filas de sus miembros, por ende conceder la prisión domiciliaria resulta incompatible ante condenas por esos delitos, como por ejemplo, la deserción y los abandonos del puesto, abandono del servicio y el abandono del comando, la razón es que la prevención general no se cumpliría porque el castigo por abandonar los deberes propios del cargo, sería purgar la pena en su lugar de residencia, así las cosas se les enviaría un mensaje equivocado a toda la comunidad militar, por un lado, al personal de oficiales, suboficiales, agentes, soldados profesionales y voluntarios, y personal del nivel ejecutivo de Policía Nacional a quienes se les demanda una disponibilidad permanente en sus respectivas guarniciones para el cumplimiento de sus labores,

más aún frente a los soldados regulares, campesinos, bachilleres y marinos incorporados al servicio militar obligatorio a quienes se les exige su permanencia constante en las filas por el término del servicio militar obligatorio según los dispone la Ley 1861 de 2017.

Igualmente, en materia de aplicación de la analogía en asuntos penales, el fallo desconoció el contenido del Radicado 26136, del 26 de agosto de 2009 de la Corte Suprema de Justicia al cual se hizo mención en el capítulo II, fallo judicial que determinó que no es posible la aplicación de delitos y penas por vía analógica porque ello viola el principio de legalidad, y donde se destacó además que los servidores públicos, en especial los militares cuando cometen delitos, no pueden recibir un tratamiento punitivo exactamente igual a los particulares por razón de sus deberes constitucionales y legales, para lo cual téngase en cuenta que en ese caso específico, se le negó a un policial por vía de la analogía, exonerarlo de responsabilidad penal ante la comisión del delito de favorecimiento a la fuga en modalidad culposa por razones de su envestidura y deberes especiales.

En conclusión, lo dicho hasta aquí permite afirmar con acierto que el radicado No. 40282 del 5 de abril de 2017, no soluciona el problema jurídico planteado desde ningún punto de vista, tampoco puede ni debe ser utilizado por los jueces militares ni el Tribunal Superior Militar y Policial como criterio hermenéutico para conceder la prisión domiciliaria en esa jurisdicción, comoquiera que constituye una decisión judicial descontextualizada que no puede considerarse doctrina probable ni precedente judicial del cual pueda predicarse su obligatorio cumplimiento.

3.8 La prisión domiciliaria desde el contexto social y carcelario del país.

Sea lo primero indicar que, la regulación de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva en el código penal común en forma indirecta contribuye a la disminución del hacinamiento carcelario que afronta el país, que para el mes de diciembre de 2018 correspondió al 47.7%, para ello téngase en cuenta que la población carcelaria a nivel nacional para ese periodo fue de 187.550 reclusos de los cuales 31.867 se encontraban disfrutando de pena sustitutiva, es decir, que los beneficiarios de esta representaron un 16.9% de la población carcelaria nacional (Inpec (2018) Informe estadístico diciembre. Recuperado de: http://www.inpec.gov.co/). Dicho lo anterior, puede asegurarse que el índice de hacinamiento carcelario del país podría ser superior al porcentaje antes señalado, de no ser por la cantidad de condenados que fueron beneficiados con la prisión domiciliaria para esa época.

No obstante, tal panorama constituye una apreciación positiva muy general frente a la realidad social que representa el otorgamiento indiscriminado de dicha pena sustitutiva por parte de los jueces ordinarios, así como la falta de control de la misma por parte de las autoridades encargadas de ello y el incumplimiento por parte de los beneficiarios de la medida, factores que incrementan los índices de impunidad, hecho último que riñe notablemente con el fin de prevención general de las penas.

En ese sentido, en cuanto al otorgamiento indiscriminado de la pena sustitutiva según un informe del año 2017, elaborado por el observatorio de política criminal y el Instituto de Estudios del Ministerio Público, los jueces ordinarios otorgan la prisión domiciliaria con sustento en los testimonios de los procesados que alegan ser padres cabeza de familia o padecer de alguna clase de enfermedad, sustrayéndose de verificar materialmente tales situaciones, uno de los ejemplos más notorios es el caso de Hernán Darío Giraldo Gaviria (Alias Cesarín), quien según registros del el diario El Tiempo, fue beneficiario de la detención domiciliaria por un periodo de dos meses, con la justificación que era

padre cabeza de familia, no obstante, esa persona era procesada por los delitos de homicidio, fabricación y tráfico de munición de uso privativo de las Fuerzas Armadas, además, era considerado como un delincuente de alto perfil teniendo en cuenta que era señalado como el jefe de la oficina de envigado" (Procuraduría General de la Nación & Observatorio de Política Criminal, El valor del Delito, 2017, p. 35).

De otro lado, en lo que respecta a la falta de control de la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria, el mismo informe señaló que en el país, para el año 2017 habían 40.596 personas con medida de detención domiciliaria y prisión en el lugar de residencia, y que tan solo 4 de cada 10 reclusos contaban con un brazalete de vigilancia electrónico, a esto se le suman casos puntuales de falta de control de la medida como el que acontece en la cárcel la Picota de la ciudad de Bogotá, donde el Inpec informó al periódico El Tiempo falta de personal, dado que solo se contaba con 2 dragoneantes para hacer 600 visitas de control a los domicilios de los reclusos que disfrutaban de la medida, tanto de prisión, como detención domiciliaria. (Procuraduría General de la Nación & Observatorio de Política Criminal, El valor del Delito, 2017, p. 33).

De la misma manera, casos como el acontecido en la ciudad de Palmira, donde la Alcaldía de esa municipalidad verificó los casos de detenciones y prisiones domiciliarias encontrando que de 30 visitas que se hicieron 15 no estaban en sus lugares de residencia cumpliendo la medida o la pena sustitutiva (Gobernación, pide más "control" a detención domiciliaria (13 de noviembre de 2017). El Tiempo. Recuperado de http://www.eltiempo.com/):

Igualmente, en la ciudad de Cartagena según datos proporcionados por el Ministerio de Interior y Justicia, para el mes de marzo de 2010 un total de 5.883 personas contaban con el beneficio de detención domiciliaria, de las cuales 2.250 incumplieron la medida por causa de la ausencia de control reflejada en la

escases de brazaletes electrónicos (Detenciones domiciliarias, el debate va para largo (25 de julio de 2010) El Universal. Recuperado de: https://www.eluniversal.com.co/)

De la misma manera, otra de las posibles causas del incumplimiento de la medida (prisión domiciliaria y detención domiciliaria) tiene su origen en circunstancias sociales y carácter económico que afectan a los procesados y condenados, quienes en principio, se benefician de la medida pero al estar condicionados en su lugar de residencia y sin recursos para sostener a sus familias, se ven obligados a desatender la medida para salir a las calles y buscar un trabajo, y si bien estas personas tramitan solicitudes de trabajo o estudio según el caso, la respuesta por parte de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad tarda aproximadamente más de cuatro meses, lo que conlleva al incumplimiento de la medida. (Mancilla Rojas, F. (2015) Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la prisión domiciliaria, y sus posibles causas (Trabajo de grado) Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá).

En conclusión, la falta de control de la medida, el otorgamiento indiscriminado de la misma y las condiciones sociales de los beneficiarios de la pena sustitutiva, conllevan a la reincidencia de los condenados, de esa manera, por un lado se requiere de personal suficiente y recursos que faciliten el cumplimiento de la medida bajo los supuestos normativos de la ley, y por otro, que los funcionarios judiciales encargados de tramitar los casos lo hagan con celeridad y en forma objetiva, así mismo, se demanda que los funcionarios cumplan su labor marginándose de sus intereses personales y fines populistas, pues nótese que para el año 2017, el nivel de reincidencia respecto de los procesados que se beneficiaron de medidas alternativas a la prisión intramural (Prisión domiciliaria y detención domiciliaria), fue del 33.61%. (Procuraduría General de la Nación & Observatorio de Política Criminal, El valor del Delito, 2017, p. 32), de lo cual se infiere que la concesión tanto de la detención como la

prisión domiciliaria, si bien es una medida que disminuye el hacinamiento carcelario del país, se torna ineficaz por su falta de control y recursos para hacerla efectiva.

3.9 La ponderación de principios como posible pauta de solución.

En el capítulo segundo se hizo mención a la ponderación de principios planteada por Robert Alexy como una posible pauta de solución frente a la negativa de aplicar la prisión domiciliaria en la justicia penal militar por su falta de regulación, recuérdese que inicialmente se había descartado tal teoría frente al tema estudiado en la medida que las categorías de particularidad de la justicia penal castrense y la potestad reglamentaria del legislador para redactar normas de carácter penal, no son derechos fundamentales ni tienen la categoría de principios, pero que son precisamente los argumentos del Tribunal Castrense y la Corte Suprema de Justicia utilizados en sus fallos judiciales para negar la procedencia de la pena sustitutiva en cuestión en la justicia penal castrense, por tanto, no es posible ponderarlos frente el interés superior de los menores, el derecho de igualdad, la dignidad humana y la integración normativa, que por el contrario sí tienen la categoría de principios, en este sentido téngase en cuenta que el ejercicio de ponderación de principios según Alexy, solo puede darse cuando los principios o derechos fundamentales colisionan entre sí en determinados casos.

No obstante lo anterior, la teoría de este autor puede aplicarse comoquiera que en el presente caso está involucrado el principio de legalidad que en efecto trata de colisionar con los principios aludidos anteriormente, precisamente este contexto no fue considerado en las decisiones del Tribunal Castrense y la Corte Suprema de Justicia citadas en precedencia, mediante las cuales se fundamentó la improcedencia de la pena sustitutiva de prisión intramuros por aquella que permite al condenado purgar la misma en su lugar de residencia, con la

excepción de una única decisión de la Corte Suprema de Justicia que consideró viable la procedencia de la sustitutiva, pero a partir de la analogía y los fines de la pena (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 40282, 2017), decisión que no puede tenerse como solución a la temática aquí estudiada tal y como se expuso en párrafos anteriores.

Ahora bien, en cuanto a la teoría de la ponderación de principios, téngase en cuenta que para Alexy los principios son mandatos de optimización que disponen que algo deba realizarse de la mejor manera posible y que en esa realización media el aspecto fáctico y jurídico, este último se da cuando se presentan principios contrapuestos (Alexy, 2015, p. 458-459). En este sentido, el autor considera que en los casos prácticos del derecho, pueden darse colisiones entre principios, esto es, cuando un principio prohíbe algo pero otro principio lo permite, por lo que ante tales supuestos uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, adiciona el autor que en tales circunstancias, no quiere decir que un principio sea declarado inválido frente al otro o que se produzca un desplazamiento del mismo imponiendo una cláusula de excepción, simplemente, en ciertos contextos un principio precede al otro por su mayor peso (Alexy, 2012, p. 70-71).

En ese orden, la ponderación de principios implica dos aspectos: i) La ley de ponderación y ii) La fórmula del peso. En cuanto a la ley de la ponderación, la variante establecida en la teoría del autor refiere que “Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de cumplimiento del otro”. De la misma manera, la ley de la ponderación conlleva tres pasos a saber: “1). Definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los dos principios; 2) La importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y; 3) Si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción de otro (Alexy, 2015, p. 460).

Así mismo, dentro de la ley de ponderación, el autor plantea una regla de proporcionalidad que contiene tres subreglas, la proporcionalidad (cuál de los dos derechos es más beneficioso), idoneidad (el beneficio que se obtiene de la aplicación de uno de los dos derechos en conflicto), y la necesidad referente a la acción o medida mejor para aplicar, tales subreglas permiten soportar la preferencia de un principio frente a otro en un caso determinado.

De otro lado, la fórmula del peso que plantea la teoría de Alexy es la siguiente (Alexy, 2105, p. 481):

$$GPi,Jc= \frac{IPiC.GPiA.SPiC}{WPjC.GPjA.SPjC}$$

La fórmula señalada por el autor, contiene tres pares de factores que corresponden a cada uno de los principios en colisión, el primer factor corresponde a los niveles de intensidad leve, medio y grave en las intervenciones de los principios que colisionan (IPIc); el segundo factor, son los pesos abstractos de los principios en colisión (GPiA); y el tercer factor los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión (SPiC).(Alexy, 2015, 481).

Dicho lo anterior, la teoría del autor permite aplicar una serie aritmética o una serie geométrica a las variables referidas anteriormente, asignándoles un valor numérico conforme a los niveles de afectación de los principios involucrados, para este caso, se aplicará la serie geométrica que plantea la teoría del tratadista, la cual contiene los siguientes valores:

> “ 2º , 2x1, 2x2, es decir, 1,2 y 4. Esta serie se diferencia de la serie aritmética esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza

> mayor al aumentar la intensidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución ”(Alexy, 215, pag- 481).

En ese sentido, los valores según la escala de intensidad serían los siguientes:

Leve: 1x1: 1

Medio: 2x1= 2

Intenso: 2x2 = 4

Bajo estas condiciones, y luego de haber expuesto a lo largo del presente trabajo los distintos contextos que se presentan en la justicia castrense, referentes a la no aplicación de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria en esa jurisdicción especial por su falta de regulación en el código penal militar, es viable realizar un ejercicio de ponderación de principios acudiendo a la teoría planteada por Alexy, donde por un lado encontramos el principio de legalidad en materia penal, que justifica la prohibición de aplicar la prisión domiciliaria en la justicia penal castrense, como quiera que se trata de una pena sustitutiva que no puede aplicarse porque no fue regulada en los códigos penales militares, y por otro, los principios de igualdad, interés superior del menor, dignidad humana e integración normativa que en determinadas circunstancias podrían colisionar con el principio de legalidad tratando de justificar la procedencia de la figura jurídica en cuestión al interior de la jurisdicción penal militar.

3.9.1 Principio de legalidad VS Principio del interés superior del menor.

Para realizar el ejercicio, por un lado, se encuentra el principio de legalidad en materia penal que prohíbe la aplicación de penas no previstas por el legislador en los códigos penales, para ello ha de tenerse en cuenta que las penas comprenden aquellas principales, accesorias y sustitutivas, dentro de esta última

clasificación ésta incluida la prisión domiciliaria, por ende queda cubierta por la prohibición que trae el principio de legalidad respecto a que no deben aplicarse penas que no han sido reguladas en la ley. Por otro lado, el interés superior de los menores que para el presente caso demanda que esta población tenga que estar al lado de sus padres en un hogar y con ello puedan desarrollarse plenamente en todos sus aspectos, pero la realización de este principio encuentra una limitante, cuando se trata de militares que son padres y madres cabeza de familia condenados a la pena de prisión por la comisión de delitos de función, dado que no pueden acceder a la pena sustitutiva de prisión domiciliaria y con ello estar junto a sus hijos menores porque tal figura jurídica no está regulada en las leyes penales militares.

Expuesto entonces el escenario particular de colisión entre los dos principios aludidos, ha de establecerse el grado de afectación del principio del interés superior de los menores, cuando el principio de legalidad impide en los términos antes señalados, que éstos puedan estar al lado de sus padres y desarrollarse plenamente en sus respectivos hogares.

Sobre el particular, se refirió que el interés superior de los menores deviene de tratados internacionales, la Constitución y las propias leyes de la República, al respecto la Convención de Derechos del Niño de 1989, tratado que fue ratificado por el Estado colombiano a través de la Ley 12 de 1991, la cual en su artículo 3º demanda que todas decisiones que adopten instituciones públicas, privadas, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos que afecten directa o indirectamente a los menores de edad, propenderán por beneficiar el interés superior del niño; igualmente el artículo 9º de la misma normatividad dispone que los Estados partes velarán porque los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad, excepto que por decisiones judiciales se considere que la separación es necesaria frente al interés superior del niño, como acontece en los supuestos de maltrato de los padres hacia los

infantes; el artículo 18 resalta las obligaciones en cabeza de los padres relacionadas con la formación y el crecimiento de los niños, refiriendo además que su preocupación fundamental será el interés superior de éstos.

De la misma manera, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, establece que son derechos fundamentales de los niños: “La vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Const, 1991, art. 44)”.

Así mismo, en Colombia se expidió la Ley 1098 de 2006 o Código de infancia y adolescencia donde se protege la integridad de los niños, se establecen normas sustantivas y procesales para la protección integral de éstos garantizadas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, es decir, esta norma es el medio que permite la realización de lo dispuesto en el artículo 44 Constitucional y la misma Convención de los Derechos del Niño ratificada por el Estado colombiano, define el interés superior del niño como aquella máxima que exige a todos los seres humanos a proteger y hacer exigibles los derechos de los menores, del mismo modo, el artículo 9 de la citada ley se dice que: “Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los

adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-273-03, refirió que la protección de los derechos de los niños se garantiza a través del principio del interés superior del niño, que se deriva del artículo 44 de la Constitución, y destacó además que este principio cumple una función de interpretación sistemática de las disposiciones de orden internacional, también del derecho interno a través de las normas de orden constitucional y las leyes domésticas de inferior categoría, las cuales reconocen los derechos de los niños como pauta de solución frente a los eventuales conflictos de dos o más derechos, o de llenar vacíos legales en controversias donde no exista norma expresa, igualmente la sentencia T-260-12, precisó que el Estado Colombiano está en la obligación de brindar protección especial a los niños, niñas y adolescentes, pues se considera que este especial y pequeño sector de la población colombiana constituye un grupo vulnerable que se encuentra en situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad, y que tal protección se deriva del artículo 13 y 44 constitucionales así como de la Convención y la Declaración de los derechos de los niños. En el mismo sentido, las sentencias de tutela T-044-14 y T-200-14, elevan el interés superior del niño como un principio del ordenamiento jurídico estatal.

Bajo ese entendido, se expidió la Ley 750 de 2002 sobre prisión domiciliaria y trabajo comunitario para las madres cabeza de familia, para ello en los debates previos a la expedición de la citada norma se tuvo en cuenta que la gran mayoría de mujeres que se encontraban en prisión en su mayoría eran madres de menores de edad que pertenecían a estratos bajos, lo cual implicaba

que los menores ante la ausencia de sus madres debían salir a la calle a trabajar para buscar su sustento diario exponiéndose a la inseguridad de las calles. (Congreso de la República (2002) Gaceta No. 84, ponencia para primer debate al proyecto de Ley 193 de 2001).

Tal situación fue considerada por el Congreso de la República, y como resultado se adoptó una medida para que las madres cabeza de familia, objeto de condenas por la comisión de delitos, tuvieran la oportunidad de cumplir la pena en sus hogares en compañía de sus hijos menores, por ello se estableció la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia conforme a una serie de requisitos, posteriormente con la sentencia C-184-03, la aplicación de esta pena sustitutiva se extendió igualmente a los padres cabeza de familia que cumplieran con los requisitos que exige la citada ley.

Dicho lo anterior, las consecuencias que conllevaría para los menores de edad en los casos de padres y madres cabeza de familia condenados a la pena privativa de la libertad por la justicia penal militar como consecuencia de delitos relacionados con su función, y que no tienen acceso a la prisión domiciliaria como pena sustitutiva por su falta de regulación en el código penal militar, sería que éstos no estarían al lado de sus padres en un hogar donde pudieran desarrollarse plenamente, esto implicaría igualmente un perjuicio de los menores en el contexto social, dado que al no contar con la protección de sus padres en cuanto a las labores de crianza y educación, la formación de los menores sería en un nivel inferior respecto de los demás niños que se desarrollan en mejores condiciones de crianza donde cuentan con una familia que satisface sus necesidades.

Así las cosas, se considera que el grado de afectación del principio de los intereses superiores de los menores en el contexto planteado es intenso.

Por otro lado, en cuanto al principio de legalidad que para el caso se relaciona con la creación de penas, al igual que el principio del interés superior del menor se encuentra plasmado en instrumentos convencionales como lo es el artículo 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como las normas del derecho penal interno, para el caso los códigos penales nacionales y militares.

Del principio de legalidad se desprende, que le corresponde al legislador establecer las penas en las leyes que expide, se trata entonces igualmente de una manifestación de la seguridad jurídica en general, y también al interior de las instituciones castrenses, dado que los jueces no pueden establecer penas principales, accesorias y sustitutivas no contempladas en la ley, el hacerlo es una afrenta al principio de legalidad como uno de los cimientos en que se edifica el derecho penal, de lo contrario se desnaturalizaría este principio rector, este panorama tendría implicaciones penales y disciplinarias para el funcionario del caso que aplique una pena no prevista en la ley inclusive si se trata de una pena sustitutiva como lo es la prisión domiciliaria, además este escenario generaría zozobra e inseguridad jurídica en la administración de justicia penal, puesto que el poder de los jueces sería utilizado para legislar al punto de ser considerado como una manifestación de la arbitrariedad judicial.

De la misma manera, están de por medio los bienes jurídicos de las instituciones militares plasmados en el código penal militar, en especial los delitos contra el servicio que por su naturaleza son incompatibles con la prisión domiciliaria en el sentido que involucra delitos de permanencia en la institución, así que de purgarse la pena en el lugar de morada con fundamento en la prisión domiciliaria, el fin de la pena que hace referencia a la prevención general al interior de las instituciones armadas, no se cumpliría en mayor grado en vista que el mensaje enviado a los uniformados consistiría en que en al cometer delitos

militares que conllevan penas inferiores a 8 años, el castigo se cumpliría en sus respectivas residencias, contexto que involucra igualmente un quebrantamiento del bien jurídico de la disciplina como uno de los pilares de las instituciones armadas, incrementándose los índices de abandono de las filas militares, porque el castigo resultaría ineficaz frente a la infracción de la norma penal militar.

Lo mismo puede predicarse de los delitos que atentan la disciplina y el honor en la medida que el código penal militar (Ley 1407, 2010, art 71) prohíbe la aplicación de cualquier beneficio que sustituya la pena privativa de la libertad cuando se trate de delitos dolosos que atenten contra estos bienes jurídicos en la medida que constituyen las bases de las instituciones castrenses (Corte Constitucional, Sentencia C-709-02), pero además el mismo código penal militar del 2010 en su artículo 63 hizo extensiva tal prohibición a los delitos que atenten contra los delitos contra la seguridad de la fuerza pública y la administración pública que trae el estatuto penal castrense.

No obstante lo anterior, se considera que el grado de afectación del principio de legalidad, sería en un nivel medio, dado que en este caso el principio del interés superior de los menores por disposiciones convencionales, constitucionales y legales es prevalente frente a otros principios como el de legalidad, que si bien es uno de los soportes del derecho penal no puede servir de instrumento en desmedro de los derechos de los niños reconocidos en tratados internacionales y por el mismo derecho interno.

3.9.1.1 La fórmula del peso

Recuérdese que la fórmula del peso según la teoría planteada por Alexy es la siguiente:

$$GPi,Jc= \frac{IPiC.GPiA.SPiC}{WPjC.GPjA.SPjC}$$

En líneas anteriores se estableció que se aplicaría la serie geométrica a las variables que trae la fórmula antes citada, es decir los siguientes valores asignados a los grados de afectación de los principios:

Leve: 1x1= 1
Medio: 2x1= 2
Intenso: 2x2= 4

Expuesto lo anterior, en cuanto al principio del interés superior del menor es considerado en un grado de afectación intenso, por lo que se le asigna un valor de cuatro (4); en cuanto al peso en abstracto igualmente se le asigna un valor de cuatro (4) dado que de este principio devienen múltiples derechos de los niños perfectamente aplicables al caso estudiado que se desprenden del artículo 44 de la Constitución Política, como lo son: el derecho a tener una familia y no ser separados de ella, no ser sometidos a circunstancias de abandono, encontrarse en un ambiente digno y dentro de un núcleo familiar estable que les garantice desarrollarse plenamente, cuidado, amor y alimentación. Finalmente, en al grado de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de la realización del principio, se le asigna un valor de cuatro (4) dado que los menores al contar únicamente con uno de sus padres que se encuentran purgando pena privativa de la libertad en una cárcel, quedarían desprovistos de una familia como tal que les proporcione la atención debida para su pleno desarrollo físico y moral.

Por otro lado, en cuanto al principio de legalidad el grado de afectación asignado es de dos (2) ; en cuanto al peso en abstracto se le asigna un valor de dos (2); y en al grado de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la

realización y la falta de la realización del principio, se le asigna un valor de dos (2), dado que si bien este principio se ve afectado en la medida que los jueces militares tendrían la facultad de aplicar a casos concretos una pena sustitutiva no regulada en el código penal militar, hecho que conllevaría afectar la seguridad jurídica, así como la estructura misma del derecho penal puesto que los jueces militares se abrogarían una función que le compete en forma exclusiva al legislador, quien es el único autorizado para crear penas se cual fuere su naturaleza. Sin embargo, tal máxima no puede ir en detrimento de los derechos de los menores que están en juego y que se ven afectados en forma indirecta por causa de las condenas a militares padres y madres cabezas de familia por la comisión delitos relacionados con su función.

En esas condiciones, por un lado la aplicación de la fórmula del peso respecto del interés superior de los menores es la siguiente:

$$GPi,Jc= \frac{4 . 4 .4}{2. 2. 2} = \frac{64}{8} = 8$$

De otro lado, la fórmula del peso aplicada al principio de legalidad sería de la siguiente manera:

$$GPi,Jc= \frac{2 . 2 .2}{4. 4. 4} = \frac{8}{64} = 0,125$$

En conclusión, la realización del principio de legalidad se satisface en un total de 0,125, resultado que no justifica la intervención del principio del interés superior del menor que se ve afectado en 8. Así las cosas, la ponderación aquí realizada permite inferir que para este caso el principio del interés superior del menor precede al principio de legalidad cuando de resolver peticiones de prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar por parte de condenados que son

padres y madres cabeza de familia que reúnen los requisitos del artículo 38B del estatuto punitivo ordinario, por lo tanto las decisiones adoptadas por la jurisdicción especial en materia de asuntos penales militares que fueron citadas en el presente trabajo, así como las adoptadas por la Corte Suprema de Justicia se tornan equivocadas dado que utilizaron las categorías de especialidad de la justicia militar y la potestad reglamentaria del Congreso que no tienen la categoría de principios ni de derechos fundamentales para desplazar el principio de interés superior del menor, y por otro lado, en ninguno de los casos examinados refirieron un contexto donde se viera afectado el principio del interés superior del menor frente al principio de legalidad.

3.9.2 Principio de legalidad VS igualdad

El principio de igualdad dispone que en materia penal tanto los procesados y los casos deben ser tratados por igual, no obstante en lo que se refiere a los miembros de la fuerza pública, la Constitución permite un trato diferencial en materia penal dado que autoriza que las normas penales militares guarden diferencias respecto de los códigos penales comunes (Const., 1991, art 217), esto se debe a la función especial que cumple las fuerzas armadas y de policía, por ende se justifica un régimen penal con juzgados, jueces penales militares, procedimientos, bienes jurídicos y tipos penales propios.

En este sentido, la Sentencia C-358-97 analizó la disparidad que existe entre el código penal militar y el código penal común concluyendo que las diferencias encontradas se ajustaban a la Constitución, entre ellas el hecho de no existir el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en la Ley 522 de 1999, figura que si existe en la leyes penales comunes, también la inexistencia de penas sustitutivas en las leyes penales militares (Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010), la existencia de tipos penales militares y militarizados con sus respectivas

penas, delitos que solo pueden ejecutar los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con su función.

No obstante, con la expedición del fallo de casación No. 40282 del 5 de abril de 2017, la Corte Suprema de Justicia resolvió favorablemente un caso de solicitud de prisión domiciliaria de una uniformada de la Policía Nacional, acudiendo a la analogía como una manifestación del principio de igualdad, al respectó señaló que era procedente la aplicación de la sustitutiva como quiera que las funciones y los fines de las penas son similares tanto en la norma penal común como en el estatuto penal castrense.

Dicho lo anterior, las consecuencias que implicaría para los condenados por la jurisdicción especial en materia de asuntos penales militares que no pueden acceder a la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, sería que estarían en un plano de desigualdad respecto de los condenados por la justicia ordinaria que reúnen los requisitos legales para acceder a la sustitutiva y por ende pueden beneficiarse de la medida.

Sin embargo, se considera que el grado de afectación del principio de igualdad para este caso se torna leve, dado que si bien es evidente un trato diferenciado de los militares y policías condenados por la justicia penal militar por conductas relacionadas con sus funciones frente a personas civiles condenadas por la justicia ordinaria, siendo éstas últimas las únicos que pueden acceder a la sustitutiva siempre y cuando se agoten los requisitos legales (Ley 599, 2000, art 38B), también es evidente que la Constitución, la ley y la jurisprudencia justifican una trato diferenciado en materia penal respecto de los miembros de la Fuerza Pública, donde media un fuero penal especial, del cual se desprende un régimen penal con instituciones procesales y sustantivas propias, por lo tanto se justifica un trato diferenciado en materia penal para los miembros de la Fuerza Pública

como el que trae las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, las cuales no contemplan la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

Así las cosas, en el presente escenario el principio de igualdad encuentra una restricción directamente constitucional (Alexy, 212, p. 249) respecto al tratamiento penal que merecen los militares y policías frente a las personas del común, bajo ese entendido el artículo 13 constitucional refiere que las personas nacen libres e iguales ante la ley, de ello se desprende que en materia penal no deben haber distinciones respecto a la investigación y juzgamiento de las personas en el marco del derecho penal precisamente para asegurar que las máximas del debido proceso puedan realizarse en la mejor medida posible, por ello el derecho penal debe aplicarse a todos por igual sin importar las condiciones físicas, morales, posición social o investidura de las personas. En igual sentido, del artículo 29 de la Constitución se desprende que las personas inmersas en la comisión de delitos deben ser juzgadas ante jueces y tribunales competentes.

No obstante, el artículo 221 de la Constitución plantea la restricción al principio de igualdad cuando refiere que respecto de los miembros de la fuerza pública en servicio activo que cometan delitos en relación con su función, serán investigados y juzgados por jueces y tribunales penales militares integrados por militares y policías en servicio activo o en uso de buen retiro, que el procedimiento penal se aplicará conforme a las disposiciones del código penal militar. Bajo ese entendido, en el presente caso puede afirmarse que existe una razón suficiente para que se de un trato desigual en torno a la no aplicación de la pena sustitutiva de prisión intramuros por aquella que se purga en el lugar de residencia respecto de la justicia foral castrense, en la medida que se torna evidente que la Constitución introdujo un trato diferencial respecto al tratamiento punitivo que deben recibir los miembros de la fuerza pública en servicio activo al autorizar la creación de jueces, tribunales penales militares y un código penal

militar propio con normas sustantivas y procesales, con el fin de investigar y juzgar militares y policías en servicio activo por la comisión de delitos de función.

De otro lado, como se refirió en párrafos anteriores, el principio de legalidad prohíbe la aplicación de penas no previstas en la ley, el hacerlo es una afrenta directa contra este principio rector del derecho penal, esto incluye la aplicación de penas principales, accesorias y sustitutivas -en esta última se incluye la prisión domiciliaria-. De la misma manera, la Corte Suprema de Justicia frente al tema, en el fallo de casación No. 26136 del 26 de agosto de 2009, refirió que está prohibido aplicar penas por vía analógica, la única excepción es en materias permisivas, lo cual se corresponde con las previsiones del estatuto penal militar (Ley 1407 de 2010 art 9; Ley 522 de 1999 art 12), igualmente el código penal común (Ley 599 de 2000 ,art 6), en ese sentido, la analogía aplica únicamente en casos de atenuantes, causales de justificación y exoneración de responsabilidad, pero no en lo que tiene que ver con delitos y penas.

En ese orden, se considera que el nivel de afectación del principio de legalidad en el presente caso es grave, puesto que con la expedición del fallo de casación No. 40282 del 5 de abril de 2017, la Corte Suprema de Justicia desconociendo la ley y su propia jurisprudencia, concluyó que por vía analógica era procedente la aplicación de una pena sustitutiva no regulada en las leyes penales castrenses –prisión domiciliaria- dado que los fines y las funciones de las penas operan por igual en las dos jurisdicciones, y que en ese orden de ideas, no encuentra limitante alguna para que sea procedente la aplicación de la sustitutiva conforme a los requisitos que trae la Ley 599 de 2000 sobre la materia.

Frente a lo anterior, se planteó una objeción frente a los fines de la pena, esto es, que en la jurisdicción penal militar la pena sustitutiva antes referenciada es incompatible con los bienes jurídicos del servicio y la disciplina propios de las instituciones castrenses, en la medida que los delitos que los conforman

involucran en su mayoría el deber de presencia en las filas y traen penas inferiores a los 8 años de prisión, así que de concederse la sustitutiva el mensaje en torno a la prevención general de la pena, no sería persuadir a los uniformados de abstenerse de cometer estos delitos, sino por el contrario, fomentar la comisión de los mismos, dado que la pena terminaría purgándose en sus lugares de residencia, lo cual igualmente fomentaría la indisciplina en las filas.

3.9.2.1 La fórmula del peso respecto del principio de legalidad e igualdad

Respecto al principio de igualdad, se considera en un grado de afectación leve, por lo que se le asigna un valor de uno (1); en cuanto al peso en abstracto igualmente se le asigna un valor de uno (1) dado que la única consecuencia evidente para los condenados es no poder acceder a una pena sustitutiva que no contempla la legislación penal militar pero que la ley penal ordinaria si la prevé, sin embargo, el trato desigual para este caso es justificado a partir de la Carta Política, el código penal militar y también desde la jurisprudencia proferida por las autoridades judiciales en la materia, pues media el fuero penal para la fuerza pública y las normas penales que se les aplica a los uniformados frente a eventos de ejecución de delitos vinculados con sus funciones; en cuanto al grado de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de la realización del principio, se le asigna igualmente un valor de uno (1) puesto que el trato diferenciado está plenamente justificado.

De otro lado, en cuanto al principio de legalidad, se considera en un grado de afectación intenso, por lo que se le asigna un valor de cuatro (4); en cuanto al peso en abstracto igualmente se le asigna un valor de cuatro (4); en cuanto al grado de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de la realización del principio se le asigna igualmente un valor cuatro (4), en este sentido las consecuencias evidentes es que si los jueces aplican por vía de la analogía como manifestación del principio de igualdad una pena sustitutiva no

prevista para la jurisdicción penal militar, o justifican la aplicación de la misma pena por vía de la igualdad en sentido estricto, se causa una interferencia grave e injustificada en el principio de legalidad de las penas dado que tanto la Constitución, la ley y la jurisprudencia prohíben la aplicación de penas por vía analógica, de lo contrario los jueces excederían sus funciones de administrar justicia asumiendo funciones que le corresponden al legislativo.

En esas condiciones, la aplicación de la fórmula en cuanto al principio de igualdad es la siguiente:

$$GPi,Jc= \frac{1 . 1 .1}{4. \ 4. 4} = \frac{1}{64} = 0,015625$$

De otro lado, la fórmula aplicada al principio de legalidad sería de la siguiente manera:

$$GPi,Jc= \frac{4 . 4 .4}{1. 1. \ 1} = \frac{64}{1} = 64$$

En conclusión, la realización del principio de igualdad se satisface en un total de 0,015625, resultado que se torna insignificante por su reducida intensidad y por ende no se justifica la intervención del principio de legalidad que se ve afectado en un total de 64. Así las cosas, la ponderación aquí realizada nos permite inferir que para este caso el principio de igualdad debe ceder ante el principio de legalidad.

3.9.3 Principio de legalidad VS dignidad humana

En el capítulo segundo se referenció que la dignidad humana es un concepto amplío vinculado a la existencia misma de las personas, constituye una máxima

que permite garantizar los derechos humanos en todos los contextos, entre ellos las condiciones personales, espirituales, sociales, familiares y laborales. De la misma manera, la dignidad humana es aquel principio que facilita a las personas la realización de un proyecto de vida y las condiciones necesarias para llevar a cabo tal aspiración (Corte Constitucional, Sentencia T-881-02). Del mismo modo, se afirmó que el contenido de varios artículos de la Constitución Política se integran con la dignidad humana, entre ellos, el artículo 1º plantea que el sistema jurídico colombiano está cimentado entre otros principios por la dignidad humana, el artículo 12 demanda la prohibición de los tratos inhumanos, crueles y degradantes contra las personas, el artículo 13 que promueve la igualdad material y el artículo 16 sobre el libre desarrollo de la personalidad.

Igualmente, se precisó que la dignidad humana se presenta como un verdadero límite al poder punitivo del Estado en la medida que las penas como castigo frente a la comisión de delitos sin importar su gravedad ni la condición de la persona que los cometió, deben ser ejecutadas de cara a la dignidad humana como una condición inherente de las personas, la cual se debe respetar más aún por el derecho penal (Velásquez, 2014, p.44), pues el hecho de ser declarado responsable penalmente por atentar contra bienes jurídicos de determinada sociedad, no despoja a las personas de su dignidad. En este sentido, encuentra plena justificación que en Colombia se prohíba la pena de muerte, la prisión por deudas, las penas perpetuas, los tratos inhumamos, crueles y degradantes (Const., 1991, arts. 11,12 y 28), pues se considera que el pretender someter a las personas a ese tipo de padecimientos se estaría atentando contra su dignidad humana.

De la misma manera, la dignidad humana constituye una garantía del respeto por los derechos básicos de aquellos hombres y mujeres condenados a la pena privativa de su libertad en los centros carcelarios del país, pues si bien la respuesta del derecho penal frente a la comisión del delito es el castigo a través

de la pena, la cual priva de varios derechos a aquellos en quien recae, ello no impide que los condenados sean despojados de los derechos mínimos que debe garantizar el Estado a aquellas personas que son privadas de la libertad por causa de la comisión del delito, bajo ese entendido los derechos fundamentales de las personas detenidas ya sea como consecuencia de una medida de aseguramiento o una condena, han sido clasificados en tres grupos; el primer grupo lo comprenden aquellos derechos que pueden ser condicionados por causa de la imposición del castigo penal producto de una sentencia en firme, como lo es el caso del derecho de locomoción, los derechos políticos y el sufragio; el segundo grupo constituye aquellos derechos que buscan la resocialización del condenado como lo son la intimidad, el derecho de reunión, asociación, trabajo, educación y libertad; y el tercer grupo lo comprenden aquellos derechos considerados intocables que se desprenden de la dignidad del ser humano y que no pueden ser interferidos a pesar que la persona sea objeto de una condena intramural, esto es, el derecho a la vida, integridad personal, salud, igualdad, libertad religiosa, debido proceso, derecho de petición y acceso a la administración de justicia. (Corte Constitucional, Sentencia T-049-16).

Por otro lado, recuérdese que el principio de legalidad es una norma fundante del derecho penal del Estado, a partir de esta máxima se garantiza que delitos y penas sean aplicados en forma coherente y respetuosa del debido proceso y de los demás derechos de las personas que se ven inmersas en un proceso penal, esta garantía máxima demanda que la creación del delito y su castigo respectivo son hacia futuro, es decir, que no es viable emplearse frente a acontecimientos realizados con anterioridad a su existencia en el ordenamiento jurídico, con excepción de la retroactividad y la ultraactividad de la ley en aplicación del principio de favorabilidad (Corte Constitucional, Sentencia C-559-99). Así mismo, la regulación de este principio fundante derecho punitivo encuentra su origen en múltiples normas de carácter internacional cuya finalidad es la protección de los Derechos Humanos, como lo es artículo 15 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Del mismo modo, este principio lo encontramos definido en el artículo 29 de la Constitución Política, en el artículo 2 del Código Penitenciario y Carcelario, el artículo 6 del Código de la Infancia y Adolescencia, y el artículo 6 del código penal militar.

En el mismo sentido, la creación de penas y delitos es una función atribuida al Congreso de la República por disposición del artículo 150 de la Constitución Política, tal atribución igualmente permite que el Estado regule el ejercicio del poder punitivo sobre los ciudadanos que lo integran, al punto de aplicarlo con rigor en los eventos en que las personas transgreden las normas penales legalmente establecidas. De la misma manera, el principio de legalidad permite que el legislador derogue los tipos penales y penas que ha establecido, agrave las que ya existen, introduzca en la ley penal agravantes, atenuantes y establezca formas anticipadas de terminación del proceso penal, estas circunstancias surgen como consecuencia de los nuevos contextos sociales que se originan con el paso del tiempo, acontecer que va de la mano con la política criminal del Estado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 26065, 2004).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la prisión domiciliaria, puede decirse que tal figura se integra dentro de las penas sustitutivas que le corresponde regular al Congreso de la República y su finalidad tiene estrecha relación con la resocialización de los condenados, sin embargo el legislador no contempló la regulación de esta pena sustitutiva en el código penal militar, lo cual la hace improcedente frente a solicitudes que se formulen al interior de la jurisdicción especial en materia de asuntos penales militares -salvo circunstancias donde se interfiera en el principio del interés superior de los menores conforme a lo explicado en párrafos anteriores-, de esa manera, la falta de regulación de tal figura jurídica encuentra respaldo desde el amplio margen de configuración

normativa atribuido al legislador para crear subrogados y beneficios penales (Corte Constitucional. Sentencia C-073 de 2010), tal facultad se extiende al punto de condicionar frente a cuáles delitos y bienes jurídicos se conceden subrogados y beneficios penales, fijar el monto de las penas para otorgar el beneficio, exigirle un buen comportamiento al condenado y arraigo, así como la carencia de antecedentes penales, entre otros.

Los condicionamientos para la concesión de beneficios y subrogados penales obedecen igualmente a la política criminal del Estado, donde la tendencia ha sido ampliar el catálogo de delitos del código penal que no tendrán ningún tipo de beneficio, entre ellos la prisión domiciliaria, para ello puede observarse el contenido del canon 68ª del código penal ordinario, en la medida que se trata de delitos que desde la política criminal del Estado son considerados repudiables por parte de la sociedad.

En ese orden de ideas, no se considera viable que por vía del principio de dignidad humana se fuerce la aplicación de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar, toda vez que tal figura no es exigible en esa jurisdicción especial por su falta de regulación, además se trata de una pena sustitutiva que ha sido condicionada por parte de legislador en el código penal común, al punto que no procede frente a todos los tipos penales contenidos en el código penal, a esto se le adiciona que en los eventos que es viable la aplicación de la pena en el lugar de residencia, existen múltiples condicionamientos para el condenado o condenada, como lo es el monto de la pena a imponer que no supere los 8 años de prisión, que no se trate de delitos excluidos según el artículo 68A del código penal común, que el condenado tenga arraigo familiar y social, que quien solicite el beneficio de la sustitutiva no haya sido condenado por delito doloso dentro de los 5 años anteriores y que la concesión del beneficio sea garantizada mediante la respectiva caución.

Bajo ese entendido, la prisión domiciliaria no puede ser considerada como un verdadero derecho fundamental de los condenados que este estrechamente vinculado a la dignidad humana, por ende, no puede ser considerado dentro de aquellos derechos considerados intocables y que no pueden ser interferidos aún en circunstancias en que las personas sean objeto de una condena intramural. De esa manera, no puede predicarse que exista una verdadera tensión entre el principio de legalidad y la dignidad humana frente a la aplicación de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar, en la medida que pese a su falta de regulación en el código penal, no constituye un derecho fundamental que pueda ser exigido por los militares y policías condenados por esa jurisdicción, por ende no se hace necesario realizar un juicio de ponderación de principios aplicando la teoría de Alexy.

3.9.4 Principio de legalidad VS integración normativa

El principio de integración normativa es una norma rectora tanto estatuto penal común (Ley 522,1999, art 2) como en el código penal militar (Ley 1407,2010, art 13), en este último se define como aquél principio que permite que aquellos aspectos no normativizados en el texto castrense, pueden importarse institutos de otros textos que regulan las distintas ramas del derecho como los contenidos en el código penal ordinario en su aspecto sustantivo y procesal, también las normas que regulan el procedimiento civil como lo sería el código general del proceso, la única condición para hacer este ejercicio es que esos textos legales no sean contrarios a las leyes penales castrenses.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con la punibilidad del código penal militar, no puede predicarse que existan lagunas o vacíos normativos que puedan llenarse a través del principio de integración importando institutos desde el código penal común como lo es el caso de la prisión domiciliaria que corresponde a una pena sustitutiva. En tal sentido téngase en cuenta, que por vía de la integración

normativa no es posible trasladar desde otras normatividades delitos y penas, como sería del caso aplicar la pena sustitutiva de prisión domiciliaria desde el código penal común a las condenas proferidas por la justicia castrense, jurisdicción que cuenta con una ley penal militar propia que no contempla penas sustitutivas, además es importante resaltar que las penas son de reserva legal, de ello se desprende que ni los jueces ordinarios ni militares pueden aplicar penas que no estén definidas en las leyes (Corte Constitucional, Sentencia C-739-00).

En ese sentido, de aceptarse una posición contraria, es decir, instrumentalizar el principio de integración normativa para forzar la procedencia de una pena sustitutiva de la pena intramuros no definida en estatuto penal castrenses pero que si existe en el código penal ordinario, tal circunstancia obviamente es violatoria del principio de estricta legalidad *(nullum crimen, nulla poena sine lege*), máxima del derecho penal definida en el artículo 29 constitucional y que para el caso propende por la seguridad jurídica de los condenados impidiendo que los jueces impongan penas no definidas en la ley penal aplicable -entiéndase por penas aquellas principales, accesorias y sustitutivas-, precisamente dentro de esta última clasificación se encuentra la prisión domiciliaria. De esa manera, puede concluirse que en este escenario no existe una verdadera tensión entre el principio de legalidad y la integración normativa que amerite un ejercicio de ponderación de principios, en la medida que del principio de legalidad se desprende claramente que los delitos y penas no definidos en la ley penal es imposible aplicarlos a casos concretos.

Conclusiones

Al inicio del presente trabajo se partió de la hipótesis de un posible contexto de desigualdad en perjuicio de los militares condenados a la pena privativa de la libertad que no tienen acceso a la prisión domiciliaria por su falta de regulación en el código penal militar, frente a las personas civiles que son condenadas y que en efecto pueden acceder a la sustitutiva, siempre y cuando agoten los requisitos del artículo 38 de la Ley 599 de 2000. De la misma manera, se planteó una posible afectación de los intereses superiores de los menores en los casos de solicitudes de militares que son padres y madres cabeza de familia condenados que reúnen los requisitos que trae la Ley 750 de 2002, sobre prisión domiciliaria y trabajo comunitario para madres cabeza de hogar.

Así mismo, el objetivo general señalado correspondió resolver el interrogante planteado donde se preguntó si se configuraba una forma de trato desigual, de afectación del interés superior del menor, de la dignidad humana y también de la naturaleza propia de jurisdicción penal castrense, el hecho de no aplicarse la prisión domiciliaria por su falta de regulación en la jurisdicción penal castrense.

Sobre el particular, se concluye que la improcedencia de la prisión domiciliaria en la jurisdicción penal militar por su falta de regulación en el código penal militar en efecto genera una circunstancia de desigualdad entre militares y civiles, no obstante se trata de un trato diferencial plenamente justificado desde la Carta Política (Const., 1991, art 221) y la jurisprudencia constitucional (C-358-97 y C-878-00), en la medida que el tratamiento punitivo de los militares goza de un fuero penal especial para la investigación y juzgamiento de los integrantes de la fuerza pública por parte de jueces penales militares y un tribunal especializado que aplica las normas sustantivas y procesales del estatutos penales castrenses (Ley 522 de 1999 en su parte procesal y Ley 1407 de 2010 en su parte sustantiva), tal

normatividad no contiene penas sustitutivas como lo es la prisión domiciliaria, circunstancia que en modo alguno afecta las condiciones de igualdad de militares y policías condenados por la justicia penal militar.

Bajo ese entendido, está justificado que el código penal militar presente diferencias en lo que tiene que ver con la punibilidad respecto del código penal común, sin que de ello pueda advertirse que tal circunstancia transgreda el derecho de igualdad de aquellos destinatarios de las normas penales castrenses, las cuales en su mayoría comprenden aquellos delitos que guardan una estrecha relación con los deberes especiales de la fuerza pública consistentes en defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (Const, 1991, art 217), deberes que precisamente no son exigibles a los particulares y demás servidores del Estado. Por tal razón, se acepta que medie un trato diferencial en materia penal en cuanto a investigación y juzgamiento de militares y policías, lo que por supuesto incluye el aspecto punitivo del código penal militar que no contempla penas sustitutivas.

Del mismo modo, es comprensible que la Constitución no demande que el código penal común y el código penal militar deban ser exactamente iguales, pues se parte de la premisa que la ley penal castrense está redactada de cara a la Constitución y en especial a sus principios y derechos fundamentales, de tal forma que si las normas castrenses en materia penal garantizan los derechos y principios de la carta fundamental, es inviable proponer un examen de igualdad, apelando únicamente a las diferencias textuales que traen ambos códigos penales.

Conforme lo anterior, el contexto de desigualdad entre militares y civiles planteado en la hipótesis como consecuencia de la prisión domiciliaria y su aplicación solamente a los procesos penales que tramita la justicia penal común en efecto existe, sin embargo constituye un trato diferencial en materia punitiva

plenamente justificado desde la Constitución y la jurisprudencia. Bajo ese entendido, se concibe la existencia del fuero militar del cual se desprende una ley penal militar que contiene un marco jurídico especial para la investigación y juzgamiento de militares y policías cuando cometan delitos de función, actividad que corresponde desarrollar a la jurisdicción penal militar integrada por jueces, fiscales y un tribunal especial donde se agotan los debates de las instancias hasta llegar incluso a la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre tanto de la jurisdicción penal militar como ordinaria.

Por otra parte, en relación con la afectación del interés superior de los menores la hipótesis se confirma, en la medida que desde la teoría de los principios constitucionales y la teoría de la ponderación de éstos donde se evidencia una lucha constante entre el principio de legalidad y el interés superior del menor, como resultado del ejercicio se concluye que puede concederse la pena sustitutiva de prisión domiciliaria al interior de la justicia penal militar, pero solamente frente a casos de militares madres y padres cabeza de familia condenados por la jurisdicción penal militar, que reúnan los requisitos del código penal ordinario y lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 para acceder a la sustitutiva.

Bajo ese entendido, en este escenario media la protección del interés superior de los menores, lo que en efecto encuentra una justificación válida desde la teoría de los principios constitucionales, de esa manera se colige que en tal supuesto es viable aplicar la prisión domiciliaria en la justicia penal militar, en razón a que están involucrados los derechos de los menores que merecen especial protección desde los instrumentos internaciones como la Convención de Derechos de los Niños, también el Artículo 44 de la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia, estas normas constituyen el sustento para que figuras como la pena sustitutiva de prisión domiciliaria que no fue introducida por el legislador en los códigos penales militares pueda aplicarse dentro de esa jurisdicción, de esa forma el principio de legalidad de las penas como uno de los

pilares en que se sostiene el derecho penal, lamentablemente tiene que ceder para que el principio del interés superior de los menores pueda cumplirse de la mejor manera posible.

Por otro lado, en el contexto de una posible afectación de la dignidad humana que constituye otro escenario planteado en la hipótesis, la respuesta resulta negativa en la medida que dentro del principio de dignidad humana entendido como garantía del respeto de los condenados a la pena intramural, la prisión domiciliaria no encuentra lugar dentro de los tres grupos de derechos fundamentales que ha establecido la jurisprudencia constitucional, esto es, un primer grupo que lo comprenden derechos que pueden ser interferidos como consecuencia de la imposición de la pena respectiva, como lo es el caso del derecho de locomoción, los derechos políticos y el sufragio; el segundo grupo corresponde a aquellos derechos que buscan la resocialización del condenado como lo son la intimidad, el derecho de reunión, asociación, trabajo, educación y libertad; y el tercer grupo lo comprenden aquellos derechos considerados intocables inclusive frente a una condena o medida de aseguramiento, los cuales se desprenden de la dignidad de todos los seres humanos por el simple hecho de vivir, esto es, su propia vida como tal, la integridad personal, salud, igualdad, libertad religiosa, debido proceso, derecho de petición y acceso a la administración de justicia. (Corte Constitucional, Sentencia T-049-16).

En esas condiciones, si bien la expectativa es que los condenados purguen el castigo penal en condiciones dignas, frente a tal aspiración la prisión domiciliaria no es exigible como un verdadero derecho fundamental a favor de los condenados, en la medida que tal figura según el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, exige un catálogo estricto de requisitos que debe acreditarse por parte del condenado o condenada para que pueda disfrutar del beneficio con autorización del juez encargado de ejecutar la pena impuesta, como lo es el monto de la pena a imponer que no supere los 8 años de prisión, que no se trate de delitos

excluidos según el artículo 68A del código penal común, que el condenado tenga arraigo familiar y social, que quien solicite el beneficio de la sustitutiva no haya sido condenado por delito doloso dentro de los 5 años anteriores y que la concesión del beneficio sea garantizada mediante la respectiva caución.

Como puede verse, la figura jurídica de prisión domiciliaria encuentra múltiples limitaciones para su concesión, las cuales obedecen a la política criminal del Estado de donde se desprende que esta pena sustitutiva no es exigible frente a toda la parte especial del código penal precisamente porque existen bienes jurídicos y delitos donde el legislativo ha optado por restringir cualquier tipo de beneficios y con ello garantizar el cumplimiento de los fines y funciones de las penas.

Ahora bien, el último aspecto a despejar en la hipótesis se relaciona con la incompatibilidad de la prisión domiciliaria frente al régimen penal militar donde la respuesta resulta ser afirmativa, para ello téngase en consideración que en el estatuto penal castrense existen bienes jurídicos que sobresalen al ser catalogados como los cimientos en que se edifican las instituciones castrenses, esto es, la disciplina, el honor y el servicio, que si bien presentan una punibilidad inferior en comparación con otros delitos contenidos en la misma ley penal militar y en el código penal común, se hace necesario que el castigo no sea otro que la pena intramural dado que los tipos penales que contienen estos bienes jurídicos están íntimamente relacionados con la naturaleza de las instituciones castrenses y la infracción de deberes que pueda predicarse de aquellos hombres y mujeres que hacen parte del Ejército, La Fuerza Aérea, La Armada Nacional y también de la Policía Nacional. En ese contexto, la pena intramural se torna necesaria para mantener la disciplina, preservar el honor y garantizar que el buen servicio a la comunidad y al Estado que debe garantizar la fuerza pública.

Así mismo, en lo que tiene que ver con los delitos que conforman el restante de bienes jurídicos del código penal militar, que en su mayoría corresponden a delitos militarizados, es decir, delitos comunes acomodados a la función militar, así como los delitos comunes contenidos en el código penal común, pero que igualmente puede conocer la jurisdicción penal militar en aquellos eventos que sean ejecutados por soldados, oficiales, suboficiales, infantes de marina y policías en servicio activo al interior de cada institución castrense y en relación con sus funciones, según los supuestos del artículo 171 de la Ley 1407 de 2010. Puede afirmarse que se trata de tipos penales que no están vinculados en forma directa con los deberes que se predican de las fuerzas militares y de policía, por ende, en forma desprevenida podría inferirse que resultarían compatibles con la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, sin embargo, tal conclusión resulta apresurada en la medida que el principio de legalidad impide que frente a tales situaciones sea viable conceder la sustitutiva frente a solicitudes de los militares y policías condenados por esa jurisdicción penal especial que pretendan beneficiarse este tipo de pena.

Por otro lado, un hallazgo sobresaliente que vale resaltar es aquél relacionado con la posible concesión de la prisión domiciliaria en la justicia penal militar a partir de la analogía apelando a los fines de la pena, situación que planteó la Corte Suprema de Justicia a través de uno de sus fallos en sede de casación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 40282, 2017), al respecto se puede afirmar que la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción penal militar y ordinaria, no puede a través de sus decisiones judiciales introducir penas no contempladas en la ley sea cual fuere su naturaleza, dado que ello desborda sus atribuciones constitucionales y legales, el pretender hacerlo es una afrenta al principio de legalidad como base del derecho penal sustantivo y procesal, no obstante, a través del fallo de casación aludido, optó por hacerlo generando con ello inseguridad jurídica en la jurisdicción penal militar, al introducir una pena

sustitutiva como lo es la prisión domiciliaria por vía de la analogía y los fines de las penas, argumentos que resultan infundados desde el principio de legalidad de la penas y los fines de las mismas.

Así mismo, en lo que tiene que ver con la analogía en materia penal, figura jurídica que se integra dentro del principio de igualdad, si bien se aplica en materias permisivas, no puede servir de instrumento para la aplicación de penas se cual fuese su naturaleza, es decir, principales, accesorias y sustitutivas, que es precisamente lo que pretendió la Corte Suprema de Justicia con la expedición del fallo de casación antes referenciado, ello es así, en la medida que esa alta Corporación desconoció que el principio de legalidad según la Constitución, las leyes penales y la propia doctrina de esa Colegiatura impide la aplicación de penas no reguladas en la ley por parte de los jueces.

Por otra parte, si bien los fines de la pena operan por igual en la ley penal castrense y común, de darse vía libre a la concesión de la prisión domiciliaria en la jurisdicción especial militar por vía de la analogía, el fin de prevención general de la pena se tornaría ineficaz frente a condenas por delitos contra el servicio, la disciplina y el honor que contienen aquellos tipos penales de la esencia de las instituciones castrenses, para ello téngase en cuenta que la pena a imponer por los referenciados delitos en la mayoría de los casos no supera los 3 años de prisión conforme a las previsiones del estatuto penal castrense, lo que en principio agotaría el requisito que se relaciona con el tope de la pena impuesta para que proceda la prisión domiciliaria según las previsiones de la ley penal común (Ley 599,2000, art 38B) que exige 8 años de prisión. De esa manera, de acceder a la concesión de la sustitutiva, ello implicaría un mensaje equivocado en términos de prevención general no a la sociedad general, sino a la comunidad militar y policial, en especial a todos aquellos incorporados al servicio militar en todas las instituciones armadas y policiales, así como a los oficiales y suboficiales que decidieron hacer carrera en las instituciones castrenses, en la medida que

considerarían que el castigo penal frente a la ejecución de tipos penales que violan los deberes especiales de las instituciones militares consistiría en purgar la pena impuesta en el lugar de residencia, es decir, que la motivación de la norma penal dirigida a los militares y policías para abstenerse de cometer tales delitos perdería eficacia frente al fin de prevención general de la pena.

En el mismo sentido, en lo que tiene que ver el delito de deserción, que es precisamente donde más se presentan condenas por parte de la justicia penal militar, tal delito involucra a aquellos jóvenes que por voluntad propia o por obligación son incorporados al servicio militar obligatorio en el Ejército, La Armada Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana, la Policía Nacional y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Frente a tal circunstancia, el delito de deserción constituye una amenaza en términos de prevención general contra aquellos incorporados al servicio militar a fin de evitar que abandonen las filas y con ello mantener la disciplina y el buen servicio durante el tiempo de permanencia en los cuarteles, dado que existe un castigo como lo es la prisión intramural en caso cometer el delito, pero que de darse vía libre y con ello concederles la prisión domiciliaria, terminarían purgando el castigo en sus lugares de residencia siendo tal medida incompatible con el servicio militar obligatorio establecido en los artículos 4 y 13 de Ley 1861 de 2017, toda vez que el delito de deserción exige la permanencia constante en las filas militares, de lo contrario se afectaría la disciplina al interior de las instituciones militares y de policía.

Finalmente, en cuanto al cumplimiento de los objetivos específicos que se desarrollaron a lo largo del presente trabajo, puede decirse que se cumplieron en lo posible, en cuanto al objetivo específico No. 1, al indagar sobre el marco normativo y jurisprudencial de la prisión domiciliaria en esa jurisdicción especial para asuntos penales castrenses, se encontró que únicamente se cuenta con decisiones de la Corte Suprema de Justicia y fallos proferidos por el tribunal castrense que en su mayoría coincidieron en negar la procedencia de la figura por

causa de la especialidad que caracteriza a esa jurisdicción y la facultad de configuración normativa del legislador. En cuanto al objetivo específico No. 2 que involucraba examinar los principios de igualdad, interés superior del menor, legalidad y dignidad humana desde la jurisprudencia y las teorías del derecho, se tiene el principio de legalidad en materia de delitos y penas destaca frente a los demás principios anotados a excepción del principio del interés superior del menor por las razones expuestas anteriormente.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el objetivo específico No. 3, donde se pretendió formular una teoría del derecho a partir de los principios que permitiera la aplicación de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria en la jurisdicción penal castrense, se optó por la teoría de la ponderación de principios del tratadista Robert Alexy frente a teorías como la jerarquización de principios de Jhon Rawls, no obstante se aprecia que el ejercicio realizado solo permitió que a partir de dicha teoría pueda aplicarse la figura jurídica en cuestión a condenados por la justicia castrense, esto es, en los eventos en que se ve enfrentado el principio de legalidad frente al interés superior del menor puesto que en los demás escenarios el principio de legalidad se torna imperante respecto a cualquier principio que se pretenda interponer.

En esas condiciones, la hipótesis formulada se confirmó parcialmente en la medida que la única afectación que se avizora es la que se predica del interés superior del menor frente a casos de militares y policías condenados por delitos de función por la justicia militar, quienes igualmente ostentan la condición de padres y madres cabeza de hogar, y reclaman la concesión de la prisión en el lugar de residencia ante los jueces militares y éstos la niegan con el argumento de especialidad de esa jurisdicción y la facultad de configuración normativa del legislador. De esa manera, se acepta que la hipótesis planteada no se cumpliera en su integridad, pues los aspectos abordados a lo largo del presente trabajo son indicativos que la pena sustitutiva en cuestión resulta incompatible con el régimen

penal diseñado para las fuerzas armadas y de policía, salvo la excepción antes señalada.

Recomendaciones

Más allá del debate suscitado en el presente trabajo, se torna evidente que las consecuencias que conlleva la aplicación de la prisión domiciliaria en la jurisdicción ordinaria es un asunto que merece especial atención, dado que es indudable la falta de recursos para garantizar el control eficaz de la medida, así como el otorgamiento indiscriminado de la misma por parte de los jueces competentes. Estos aspectos se relacionan con la eficacia de tal figura frente a los fines de la pena, en la medida que en cierto modo riñen con la prevención general y especial, al punto podría dar pie a interpretarse que esta figura fomenta los índices de impunidad puesto que el delincuente y la ciudadanía en general no la perciben como un verdadero castigo frente a la comisión del delito, sino como un incentivo del cual se pueden sacar provecho los delincuentes.

De otro lado, se recomienda que el Ministerio de Defensa Nacional facilite un canal de acceso para que las personas del común y la academia puedan consultar con facilidad las decisiones judiciales que profiere la justicia penal militar, puesto que los debates penales que se suscitan al interior de esa jurisdicción merecen ser conocidos y difundidos a la ciudadanía en general, dado que el panorama que se advierte es que se trata de una jurisdicción penal aislada del contexto nacional, apreciación que conlleva a que muchas veces se cuestione el actuar de esa jurisdicción por su falta de imparcialidad en su labor de administrar justicia.

De la misma manera, la doctrina sobre derecho penal militar en el país es casi inexistente, por ende tuvo que acudirse directamente a las instituciones armadas para consultar material de información como sustento del presente trabajo, en esa medida se recomienda que para eventos de futuras investigaciones que tengan que ver con temas que atañen a las fuerzas militares y de policía, el Comando General de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional

faciliten un canal de acceso a la academia, donde aquellos investigadores puedan consultar con facilidad la doctrina militar, la cual está contenida en su mayoría en actos administrativos denominados reglamentos, circulares y directivas de muy difícil consulta al público por su grado de reserva, al punto que se torna casi imposible realizar un trabajo académico de este tipo por causa de los múltiples obstáculos para acceder a la información necesaria para realizarlo.

Por otra parte, en caso que a futuro se considere reglamentar la prisión domiciliaria en el código penal militar, esta figura no puede operar frente a delitos relacionados estrechamente con la infracción de deberes especiales que cumple la fuerza pública donde la pena intramural como castigo se hace necesaria frente a la comisión del delito, para ello deben analizarse detalladamente todos los bienes jurídicos que contiene el código de justicia militar y luego excluir de la sustitutiva aquellos delitos que protegen el honor, la disciplina y el servicio, los cuales en la actualidad son de suma importancia para las instituciones armadas, al punto que el código penal militar no contempla actualmente beneficios penales para estos.

De otro lado, surge como tema de investigación a futuro analizar si la detención domiciliaria es procedente en la justicia penal militar frente a la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, para ello debe analizarse si es compatible con esa jurisdicción, si puede darse frente a todos los delitos del código penal militar, e igualmente analizarse tal medida frente a los fines constitucionales de la medida de aseguramiento. La detención domiciliaria al igual que la prisión domiciliaria no está regulada en el código penal militar, además se trata de figuras distintas en la medida que la detención en el lugar de residencia debe ser analizada frente a los fines de la medida de aseguramiento y la prisión domiciliaria frente a los fines de la pena, sin embargo las dos figuras constituyen situaciones no reguladas en el código penal militar que pueden ser invocadas a través de los principios constitucionales por parte de los procesados

y condenados por la justicia penal militar, circunstancia que ameritaría un trabajo de investigación adicional.

Por otra parte, la justicia penal militar presenta una limitante en cuanto a la aplicación de su sistema penal al encontrarse fragmentado en dos leyes, por un lado la Ley 522 de 1999 de la cual se aplica únicamente la parte procedimental y la Ley 1407 de 2010 que se aplica en su parte sustantiva, este caso particular constituye un tema avalado por la Corte Suprema de Justicia debido a la ausencia de implementación de la parte procedimental de la Ley 1407 de 2010 que es muy similar a la Ley 906 de 2004 en su aspecto procedimental (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de junio de 2015) Radicado 40046).

Bajo ese entendido, este fenómeno conlleva que se aplique un procedimiento penal de corte inquisitivo frente a una parte sustantiva diseñada para un sistema penal con tendencia acusatoria, lo que conlleva sendas dificultades para los jueces militares y demás intervinientes en el proceso penal militar frente a figuras como la prescripción de delitos, la aplicación de los incrementos punitivos de la Ley 890 de 2004 diseñados para el sistema con tendencia acusatoria, la procedencia o no de preacuerdos y negociaciones, las rebajas de pena, entre otros temas, donde deben tenerse en cuenta las dos normatividades para dar solución a casos puntuales frente a las demandas de justicia penal la interior de esa jurisdicción. Este panorama persiste en la actualidad al interior de la jurisdicción penal castrense donde ha sido imposible implementar el nuevo sistema penal acusatorio por ausencia de recursos económicos para introducir la nueva planta de personal y crear los nuevos juzgados y fiscalías, así como la infraestructura necesaria que cumpla las exigencias del nuevo sistema, no obstante se tiene prevista la implementación por fases a partir del año 2020 según el Decreto Ministerial 1575 de 2017.

Bibliografía

Alexy, Robert, (1995). Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Alexy, Robert, (2012) Teoría de los derechos fundamentales, 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, Robert, (2015) Teoría de la Argumentación Jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, 2ª edición. Lima: Palestra Editores.

Barrera Martínez, Carlos Helver, (2011) Introducción al derecho comparado, las familias jurídicas, los sistemas jurídicos y los pluralismos jurídicos, segunda edición, Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.

Bernal Cuellar, Jaime & Montealegre Lynet, Eduardo (2013). El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general. Bogotá. Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

Bourdeu P. (2000). La fuerza del derecho: Elementos para una sociología del campo jurídico. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Cerda, Hugo (2000) Los elementos de la investigación. Bogotá: Editorial el búho.

Corte Constitucional. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406-92.MP. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. (18 de noviembre de 1994) Sentencia C-527-94.MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (21 de febrero de 1995) Sentencia T-058-95.MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (28 de febrero de 1995) Sentencia T-079-95.MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (01 de marzo de 1995) Sentencia C-083-95.MP. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (26 de septiembre de 1995), Sentencia T-425-95, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (29 de febrero de 1996) Sentencia C-081-96.MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (20 de mayo de 1997) Sentencia C-241-97. MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (5 de agosto de 1997) Sentencia C-358-97. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. 28 de abril de 1998) Sentencia T-153-98. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (05 de noviembre de 1998) Sentencia SU-640-98. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (4 de agosto de 1999) Sentencia C-559-99. MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (22 de junio de 2000) Sentencia C-739-00. MP. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (12 de julio de 2000) Sentencia C-878-00. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. (30 de abril de 2002) Sentencia C-309-2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. (03 de septiembre de 2002) Sentencia C-709-02.MP. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. (7 de octubre de 2002) Sentencia T-881-02. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (01 de abril de 2003) Sentencia C-273-03.MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (03 de marzo de 2008) Sentencia C-862-08.MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (10 de febrero de 2010) Sentencia C-073-10. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. (4 de marzo de 2003) Sentencia C-184-03. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (7 de marzo de 2007) Sentencia C-154-07. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (29 de marzo de 2012) Sentencia T-260-12.MP. Humberto Antonio Sierra Porto.
Corte Constitucional, (28 de junio de 2013) Sentencia T-388-13, MP. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (7 de mayo de 2013) Sentencia C-258-13, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, (11 de junio de 2014). Sentencia C-368-14. MP. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. (31 de enero de 2014) Sentencia T-044-14.MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (01 de abril de 2014) Sentencia T-200-14.MP. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional (3 de septiembre de 2014) Sentencia C-630-14. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional (10 de febrero de 2016) Sentencia T-049-16, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional (23 de noviembre de 2016) Sentencia C-646-16. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02).

Corte suprema de justicia, Sala de Casación Penal (14 de marzo de 2002) Radicado No. 9921. MP. Carlos Augusto Galvez Argote.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (16 de julio de 2003) Radicado No. 17089) MP. Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (21 de marzo de 2004) Radicado No. 26065. MP. Dr. Alvaro Orlando Vélez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 01 de junio de 2005) Radicado No. 20748). MP. Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de febrero de 2006) Radicado 23700. MP. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 12 de diciembre de 2006) Radicado No. 28840). MP. Javier Zapata Ortiz.

Corte Suprema de Justicia. (26 de junio de 2008) Radicado No. 22453. MP. Sigifredo Espinoza Pérez.
Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 19 de marzo de 2009) Radicado No. 40893). MP. Augusto J. Ibañez Guzman.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (26 de agosto de 2009) Radicado No. 26136. MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (1 de agosto de 2011) Radicado 29877. Mp. Javier de Jesús Zapata Ortiz).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (22 de junio de 2011) Radicado No. 35943. MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 23 de agosto de 2012) Radicado No. 62181). MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (9 de octubre de 2013) Radicado 39346. Mp. José Leonidas Bustos Martinez).

Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 28 de agosto de 2014) Radicado No. 75350). MP. Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de junio de 2015) Radicado 40046. MP. Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia. (Fallo de tutela del 7 de diciembre de 2017) Radicado No. 95670). MP. Eyder Patiño Cabrera.

Detenciones domiciliarias, el debate va para largo (25 de julio de 2010) El Universal. Recuperado de: https://www.eluniversal.com.co/

Dulce Pereira, Carlos Alberto. El fuero penal militar en Colombia (2018): pasado, presente y futuro, Bogotá : Palma Arismendy editor.

Dworkin, Ronald. (1989). Los derechos en serio. Barcelona: Editorial Ariel Derecho.

Congreso de la República (2002) Gaceta No. 84, ponencia para primer debate al proyecto de Ley 193 de 2001.

García Figueroa, Alfonso. (2007). Ontología y función de los mandatos de optimización. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. Recuperado de: http://www. fcje.org.es/wp-

content/uploads/file/jornada1/3_Garcia%20Figueroa_1.pdf> .

Gobernación, pide más “control” a detención domiciliaria (13 de noviembre de 2017). El Tiempo. Recuperado de http://www.eltiempo.com/.

Habermas, Jurgen, Facticidad y Validez (2010). Madrid: Editorial Trotta.

Hart, L.A, El concepto de derecho (1961), Buenos Aires: Abeledo y Perrot.

Informe estadístico Inpec, diciembre de 2018, recuperado de: http://www.inpec.gov.co).

Kelsen, Hans , Teoría pura del derecho (2009). Buenos Aires: Editorial Universitaria Buenos Aires.

Luhmhann Niklas, El derecho de la sociedad (2009), México: Herder, Universidad Iberoamericana.

Mancilla Rojas, F. (2015) Incumplimiento de las obligaciones derivadas de la prisión domiciliaria, y sus posibles causas (Trabajo de grado) Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.

Mejía Quintana Oscar, Teoría Consensual del derecho, el derecho como deliberación pública (2016). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Novoa Velasquez, Nestor Armando, Actos y Nulidades en el proceso penal colombiano (1997) 2da edición, Medellín: Dike biblioteca jurídica.

Procuraduría General de la Nación & Observatorio de Política Criminal, El valor del Delito (2017), recuperado: http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/224009%20-%20El%20Valor%20del%20Delito.pdf?ver=2017-09-15-151734-320

Rangel Suárez, A. (2012). Fuero penal militar: una comparación internacional. Bogotá: Cuadernos De Derecho Penal Universidad Sergio Arboleda.

Rawls John. La justicia como equidad. (2002). Buenos Aires: Ediciones Paidos Ibérica.

Rawls, Jhon, Teoría de la Justicia (1978). México DF: Fondo de Cultura Económica.

Reglamento de Servicios de Guarnición para las Fuerzas Militares (1982). Bogotá : Sección de publicaciones Ejército.

Revista pensamiento jurídico, (1994) Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: Facultad de derecho y ciencias políticas, No. 1-1994.

Rousseau, Juan Jacobo. (1999). El contrato social, Capítulo IX Del dominio real, recuperado de http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf.

Roxin Clauss, (1997), Derecho Penal Parte General, Tomo I, Madrid: Thomson Civitas.
Roxin, Clauss, Problemas básicos de derecho penal, (1976), Madrid: Editorial Reus S.A.

Sampieri Hernández, Roberto (2017) Fundamentos de investigación, México: McGraw Hill Education.

Serna Bermudez, Pedro & Toller M, Fernando, (2000) La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: Una alternativa a los conflictos de derechos. (2000). Buenos Aires: Editorial La Ley.

Silva Sánchez, (1992), Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona: J.M. Bosh Editor S.A, Recuperado de: https://es.scribd.com/doc/228797515/Silva-Sanchez-Jesus-m-Aproximacion-Al-Derecho-Penal-Contemporaneo.

Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (17 de marzo de 2011) Auto de segunda instancia No. 155214. MP. TC. Noris Toloza González.

Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (18 de noviembre de 2013) Auto de segunda instancia No. 157815. MP. TC. Noris Toloza González.

Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (02 de abril de 2013) Sentencia segunda instancia No.157605. MP. TC ®. Jaqueline Rubio Barrera.

Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (17 de febrero de 2014) Auto de segunda instancia No. 154892. MP. CN (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira.

Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (27 de junio de 2014) Auto de segunda instancia No. 150747. MP. CN (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira.

Tribunal Superior Militar. (16 de mayo de 2014) Auto de segunda instancia No. 149650. MP. TC. Noris Toloza González.

Tribunal Superior Militar, Sala Primera de Decisión. (21 de febrero de 2014) Auto de segunda instancia No. 153391. MP. TC. Noris Toloza Gonzalez.

Tribunal Superior Militar Sala Cuarta de Decisión. (20 de mayo de 2015) Auto de segunda instancia No. 154892. MP. CN (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira.

Tribunal Superior Militar, Sala Cuarta de Decisión. (26 de marzo de 2015) Auto segunda instancia No.154301. MP. CN (RA) Jorge Iván Oviedo Pérez.

Tribunal Superior Militar, Segunda sala de decisión (28 de abril de 2015) Radicado No. 158189. MP. Tc. Wilson Figueroa Gómez.

Urrutia Mejía, Hernando & Cuesta Hoyos, Francisco (2009). La detención y la prisión domiciliaria y otros mecanismos sustitutivos en el sistema penal acusatorio. Bogotá: Ediciones doctrina y ley.

Velásquez, Fernando. (2010). Manual de Derecho Penal parte general. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.