Sentencia C-289/12

RETIRO DEFINITIVO DEL SERVICIO ACTIVO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES SOMETIDOS A DETENCION PREVENTIVA-Vulnera la presunción de inocencia de la que gozan en el ámbito laboral

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Contenido normativo/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Procedencia

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

Se han sistematizado las exigencias materiales que debe cumplir la demanda y se ha señalado que, sin caer en formalismos técnicos, incompatibles con la naturaleza popular y ciudadana de la acción de inconstitucionalidad, los cargos formulados por el demandante deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes. Esto significa que la acusación tiene que ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación tiene que estar formulada en forma completa y ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada (suficiencia).

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargo relativo a la violación de la presunción de inocencia

PRESUNCION DE INOCENCIA-Jurisprudencia constitucional

PRESUNCION DE INOCENCIA-Garantía constitucional

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados

internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito “hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad.

PRESUNCION DE INOCENCIA-Concepto

El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad.

PRESUNCION DE INOCENCIA-Regla básica sobre la carga de la prueba

La presunción de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (…) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad”.

SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY-Para su aplicación es indispensable que se configure y

establezca con certeza la responsabilidad del hecho punible que ha dado lugar al juicio

LEGISLADOR Y JUECES-No pueden presumir la culpabilidad de nadie

Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie". Así, "todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución".

PRESUNCION DE INOCENCIA-No solo tiene consecuencias relativas al proceso penal/PRESUNCION DE INOCENCIA-Aplica en todos los ámbitos

DETENCION PREVENTIVA-Naturaleza, justificación y límites

DETENCION PREVENTIVA-Efectos frente a la presunción de inocencia

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Varían en el grado o intensidad de limitación de los derechos fundamentales del imputado

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Exigencias que estructuran su legalidad

DETENCION PREVENTIVA-Compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia/DETENCION PREVENTIVA-Carácter preventivo y no sancionatorio/DETENCION PREVENTIVA-Finalidad

PRESUNCION DE INOCENCIA EN DETENCION PREVENTIVA-Alcance

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal". Es decir, el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado como una persona inocente en todos los ámbitos pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena.

RETIRO DEL SERVICIO DE SOLDADO PROFESIONAL CONTRA QUIEN SE HA DICTADO UNA DETENCION PREVENTIVA POR MAS DE 60 DIAS-Es contraria a la Constitución al restringir desproporcionadamente la presunción de inocencia de la que goza en el ámbito laboral

La Sala considera que el retiro definitivo del servicio –en el sentido indicado- del soldado profesional contra quien se ha dictado una detención preventiva por más de 60 días es contraria a la Constitución al restringir desproporcionadamente la presunción de inocencia de la que goza esta persona en el ámbito laboral, según el artículo 29 de la Constitución interpretado de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Ello es así porque, aplicado un juicio de proporcionalidad, se concluye que, aunque la medida busca un fin constitucionalmente legítimo y es idónea, no es necesaria para lograrlo.

RETIRO POR DETENCION PREVENTIVA DE SOLDADO PROFESIONAL-Exequibilidad en el entendido de que la palabra retirado debe entenderse como suspendido/SUSPENSION DE SOLDADO PROFESIONAL-Es constitucional como medida cautelar hasta tanto se emita sentencia absolutoria o cualquier otra decisión que termine el proceso penal y que no implique condena

Referencia: expediente D-8698

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000.

Demandante: Wilfredo Parra Lozano

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Wilfredo Parra Lozano, interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada.

DECRETO 1793 DE 2000

(Septiembre 14)

Diario Oficial No. 44.161, de 14 de septiembre de 2000

Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 578 de 2000,

DECRETA:

(…)

CAPITULO III.

RETIRO.

(…)

ARTÍCULO 11. RETIRO POR DETENCION PREVENTIVA. El soldado profesional a quien se le profiera medida de aseguramiento consistente en detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario, será retirado del servicio.

III. LA DEMANDA

El demandante presenta tres cargos contra el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000 por

violación de los artículos 13, 29 y 25 de la Constitución.

Violación del derecho a la igualdad

* La suspensión para los oficiales y suboficiales es temporal pues se levanta cuando haya fallo absolutorio, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento, revocatoria del auto de detención o venzan los términos de la suspensión provisional sin que se haya recibido comunicación de su prórroga (artículo 96 del decreto ley 1790 del 2000). La separación absoluta sólo procede cuando hayan sido condenados a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria -salvo el caso de condena por delitos culposos- o cuando así lo determine un fallo disciplinario (artículo 111 ídem). En el caso de delitos culposos se aplica el artículo 112 del mismo decreto ley que regula la separación temporal. Por el contrario, el retiro de los soldados profesionales a quienes se les dicta medida de detención preventiva por más de 60 días es definitivo ya que no existen estas diferenciaciones ni en la norma demanda ni en otras del decreto ley 1793 de 2000.

* “Para los oficiales y suboficiales, mientras permanezca la suspensión de sus funciones, perciben el 50% de su sueldo básico y las primas y subsidios (Parágrafo 1 del artículo 95 Decreto Ley 1790 del 2000), contrario sensu, los soldados profesionales, que se encuentran en privación de la libertad, no reciben ninguna clase de pago o emolumento laboral”.

Considera que estas diferenciaciones son injustificadas pues tanto los soldados profesionales como los oficiales y suboficiales “desarrollan sus funciones especiales en conexidad directa con la finalidad que la Constitución Política les ha impuesto” y los primeros “son los que están al frente de los operativos militares, exponiendo más sus vidas e integridades personales”.

Violación de la presunción de inocencia

Asegura el actor que el artículo acusado transgrede el artículo 29 de la Constitución porque se les impone a los sujetos cobijados por la norma el retiro definitivo por la sola detención preventiva que dure más de 60 días, es decir, “sin condena en firme”, lo que afecta la

presunción de inocencia.

Violación del derecho al trabajo

El demandante arguye que el artículo demandado vulnera el artículo 25 de la Constitución que reconoce el derecho al trabajo. Considera que el “ejercicio militar es una modalidad de trabajo” e indica que el retiro definitivo del servicio del que pueden ser objeto los soldados profesionales frente a los cuales se ha dictado detención preventiva por más de 60 días lo viola porque se les afecta su estabilidad laboral “sin ser sujetos de condena específica a nivel penal” y “sin que previamente se les haya demostrado culpabilidad penal”.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del ciudadano Nixon Torres Cárcamo

El ciudadano Nixon Torres Cárcamo interviene a favor de la declaratoria de inexequibilidad de la norma demandada.

Sostiene, respecto de la supuesta violación del derecho a la igualdad, que “no puede ser admisible que frente a la privación de la libertad por más de sesenta días calendario, a unos miembros de las fuerzas militares, porque sean estos suboficiales u oficiales, se les brinden garantías de estabilidad laboral, reconocimiento salarial y prestacional en un 50% de sus emolumentos y prestación de la seguridad social, mientras que a los soldados profesionales, se les un tratamiento desigual, al retirarlos del servicio de forma definitiva, sin las mismas prerrogativas”. Concluye entonces que “hay un trato desigual, frente a una misma circunstancia jurídica de privación de la libertad, que no encuentra razonabilidad en ese trato diferente, siendo los unos y los otros miembros de las fuerzas militares”.

Afirma que también se vulnera “la protección especial de que goza el trabajo como derecho fundamental (…) al permitir éste erigir la facultad legal de poder despedir o retirar del servicio a un soldado profesional, por estar privado de la libertad por mas de sesenta días calendario, sin que se hubiese proferido decisión penal de fondo (…)”.

Finalmente, asegura que “se viola el principio de inocencia del soldado profesional, que estando privado de la libertad por investigación penal, donde aun no se le ha dictado sentencia en firme de responsabilidad en el delito, se le retire del servicio, como una sanción

directa por esa condición jurídica de ser sujeto disciplinable, es decir, es someterlo a consecuencias directas de los efectos propios de una condena de responsabilidad penal".

Como consecuencia de lo anterior, solicita que "se profiera sentencia de fondo declarando la inconstitucionalidad total [de la norma demandada] (…) o se condicione la exequibilidad (…) en el sentido que el retiro del servicio establecido en la norma es temporal, mientras se decide si el soldado profesional es responsable o no de la conducta que se le investiga, con la prerrogativa en igualdad de condiciones de los suboficiales y oficiales, que mientras está retirado temporalmente del servicio, para efectos salariales y prestacionales se le reconozca el 50% de esos emolumentos y de la seguridad social".

2. Intervención de la Universidad Surcolombiana

Los miembros de la Clínica Jurídica de Interés Público "Grupo Investigativo de Intervención Social –GIIS" de la Facultad de Derecho de la Universidad Surcolombiana intervienen para solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma demandada. Agregan que, en virtud de la unidad normativa, también se debería declarar la inconstitucionalidad del numeral 3 del literal a) del artículo 8 del mismo decreto ley 1793 de 2000 ya que esta norma, dentro de las causales de retiro temporal con pase a la reserva, incluye la detención preventiva.

Fundamentan su solicitud en "la situación de desigualdad manifiesta en que se encuentran los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, ya que mientras a los primeros se les aplica el retiro del servicio, bien sea temporal con pase a reserva o definitivo según lo asevera el accionante; a los últimos, frente a la misma situación, esto es, estar inmersos en un proceso penal y/o investigación preliminar, se les suspende de sus funciones y siguen percibiendo el 50% del sueldo básico más las primas (Art. 95 del Decreto 1790 de 2000)".

Añaden que "además de la imposición de medida de aseguramiento como la detención preventiva, un soldado profesional es retirado del servicio sin percibir ninguna clase de emolumento, vulnerándose así, el mínimo vital propio y de toda su familia, ya que la remuneración directa por la prestación personal del servicio constituye herramienta idónea para satisfacer todas las necesidades básicas del núcleo familiar (…) con mayor asiento

ahora que esta privado de su libertad (…)".

Sobre la pretendida vulneración del derecho al trabajo, resaltan su gravedad ya que "el derecho al trabajo tiene varias formas de expresión en la Constitución y dentro del ordenamiento constitucional vigente, pues no es sólo un derecho a través del cual el individuo obtiene recursos que le permiten sufragar sus necesidades básicas, sino que es, además, una obligación social que se traduce en una mecanismo de incorporación de la persona a la colectividad como sujeto que se dignifica a través del aporte que hace al desarrollo de una comunidad así como un deber del Estado de contribuir solidariamente a la construcción de una sociedad más incluyente y equitativa".

Finalmente, en lo relativo a la supuesta violación de la presunción de inocencia, aducen que "los instrumentos internacionales de Derechos Humanos firmados por el Estado colombiano precisan los principios al debido proceso y la presunción de inocencia". Citan las normas pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, para concluir que "el artículo 11 controvertido, es contrario a los pactos acordados por Colombia, debido a que con la sola medida de aseguramiento que exceda los 60 días se retira del servicio al soldado, y aún más grave, le sanciona doblemente por el mismo hecho con la cesación del pago de sus salarios, situación discriminadora que no ocurre en eventos similares con los oficiales o suboficiales".

3. Intervención del Ministerio de Defensa Nacional

Defiende la distinción que hace la norma acusada con fundamento que "el régimen prestacional y de carrera del personal de las Fuerzas Militares y del Ministerio de Defensa, no es igual y lo cual se ha establecido para el personal de oficiales y suboficiales, civiles y soldados profesionales, los cuales se encuentran regidos por los diferentes estatutos, tales como el Decreto 1211 de 1990, Decreto 1214 de 1990, Decreto 1793 de 2000 respectivamente, en este orden de ideas no se puede predicar el principio de igualdad sobre bases desiguales, los cuales dado el grado, calidad de formación y funciones que van a desempeñar en la Fuerza, han sido formados, en forma diferente con la finalidad de cumplir roles específicos, hecho este que hacer que su régimen prestacional, disciplinario y de carrera sean diferentes".

Para demostrar la inexistencia de una violación del derecho al trabajo hace un símil con el Código Sustantivo del Trabajo, que “contempla como justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, el hecho de que el trabajador sea detenido en forma preventiva por más de 30 días, siempre que posteriormente el empleado no sea absuelto. Es decir, que si el trabajador es detenido por más de 30 días y la empresa lo despide, pero después el trabajador es absuelto, este hecho convierte el despido en injusto. Es decir que si la detención supera los 30 días, se convierte válidamente en causal justa para dar por terminado el contrato de trabajo. En consecuencia, la detención inferior a 30 días, es una causal para suspender el contrato de trabajo. En el caso de suspender el contrato de trabajo, se suspende la obligación de la empresa de pagar el sueldo, por lo que no se le deben pagar al trabajador los días que esté suspendido el contrato de trabajo”.

Finalmente afirma que “la detención preventiva no desvirtúa jamás la presunción de inocencia y así sea una medida que deba adoptarse excepcionalmente”.

4. Intervención de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá

El Grupo de Acciones Públicas interviene en el asunto de la referencia para solicitar que se acoja la pretensión de la demanda de inconstitucionalidad.

Frente a la denunciada violación del derecho a la igualdad, proponen a la Corte hacer un juicio de igualdad estricto “por implicar la norma un evidente menoscabo de los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo de los soldados profesionales (…) lo que de antemano hace sospechosa la diferenciación que entraña la disposición”.

Señalan que “a primera vista no hay razones que justifiquen la diferencia establecida por la norma. A lo sumo, se puede elucubrar que el Presidente, en ejercicio de las funciones otorgadas por el Congreso, realizó la diferenciación, pretendiendo fortalecer y claramente delimitar el sistema jerárquico propio de las instituciones militares, y otorgar prerrogativas a quienes alcancen las cotas mas altas del orden militar. Se podría argüir también que la norma se fundamenta en el coste para la administración de que sus soldados profesionales se encuentren bajo medida de aseguramiento, siendo por tanto congruente su retiro”. “Sin embargo [indican], de esta jerarquía no puede derivar distintos reglones de protección

constitucional, sin estar esta distinción justificada por circunstancias objetivas, máxime cuando dicha distinción consiste en una reducción del núcleo de los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo de los soldados profesionales".

Sostienen que "la norma no es eficaz para lograr el fin que atrás se introdujo, pues contribuye a minar la moral militar de los soldados profesionales que, contrario a sus pares de más alta jerarquía, deben soportar ser retirados de la institución militar por la mora sospecha del delito, y de cualquier forma, no es necesaria, porque ya existen mecanismos conducentes a reafirmar la jerarquía militar, como los sistemas de grados, distintivos y medallas".

Aceptan que "la detención preventiva de los soldados profesionales comporta daños al Estado al no poder prestar sus servicios. Sin embargo, esta circunstancia no es un factor para establecer una diferenciación entre ellos y los Oficiales y Suboficiales, pues en ambos casos los daños causados a la Administración son idénticos. Se encuentra, en gracia de discusión que, por el contrario los suboficiales y oficiales tienen mayor rango y jerarquía que un soldado profesional, lo cual es consecuencia de tener mayor preparación, mayor educación y mayor capacidad de tomar decisiones, por lo que la lógica indica que a mayor rango, la responsabilidad debería ser mayor y consecuentemente el régimen legal aplicable debería ser más estricto que le aplicable a sus subordinados".

En cuanto a la supuesta violación de derecho al trabajo argumentan que "la detención preventiva no configura un juicio sobre la conducta del soldado profesional, por ello no constituye por sí misma razón de peso que configure una causal de justificación para el despido. No puede bastar como justificante para alterar la estabilidad laboral del soldado, estabilidad constitucionalmente protegido, la simple sospecha sobre la comisión de una conducta ilícita y antijurídica".

Con respecto a la pretendida vulneración de la presunción de inocencia arguyen que "con la detención preventiva, para cuya imposición no se requiere una prueba contundente de la responsabilidad penal, sino sólo indicios, se estaría destruyendo la presunción de inocencia del soldado profesional, y se derivan consecuencias jurídicas en su contra; con esto, se le estaría dando al soldado profesional el trato de culpable, sin haber una decisión ejecutoriada en su contra".

Finalmente insinúan además una trasgresión del derecho al debido proceso ya que “para el retiro no se surte un proceso en el cual se le haya ofrecido la oportunidad de defenderse, debatir y contradecir las pruebas que se tengan en su contra”.

5. Intervención de la Universidad del Norte

La Universidad del Norte interviene para solicitar que se declare la constitucionalidad condicionada de la norma demandada, en el entendido de que el retiro equivale a suspensión temporal.

En lo que toca con la denunciada violación de la igualdad, manifiesta que “históricamente dentro del ordenamiento militar los oficiales y suboficiales en razón de sus responsabilidades han gozado de un trato distinto al de los soldados rasos; por lo que es natural que en virtud de ello exista un régimen distinto respecto del retiro por detención preventiva”.

Finalmente concuerda con el demandante en cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia ya que, a su juicio, “la práctica que ha venido implementando el ejército de entender el retiro como una separación absoluta de las fuerzas militares es a todas luces violatoria del debido proceso. Por ello su interpretación debe corresponder con la de una suspensión temporal del servicio, sin posibilidad de separación absoluta, salvo que se declare la culpabilidad”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

De conformidad con los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución, el Procurador General de la Nación rinde concepto de constitucionalidad número 5246, en el cual solicita a la Corte Constitucional que declare inexequible la norma acusada.

Aduce que “al comparar lo previsto para los oficiales y los suboficiales con lo previsto para los soldados profesionales, se observa una clara diferencia de trato. Esta discriminación negativa, pues es evidente que las consecuencias para el soldado profesional son más gravosas que las previstas para sus superiores, no tiene justificación constitucional. Y no la tiene, porque el artículo demandado asigna a una medida judicial cautelar o preventiva, que siempre es temporal y que está sujeta al resultado del proceso, una consecuencia definitiva, como es la del retiro del servicio, con lo cual se desconoce de manera abierta la presunción

de inocencia y, con ella, el derecho a un debido proceso”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 5 de la Carta.

Integración de la unidad normativa

2.- Tal como sugiere uno de los intervinientes, el numeral 3 del ordinal a del artículo 8 del decreto 1793 de 2000, que no fue demandado, tiene el mismo contenido normativo de la disposición demandada. En efecto, el artículo 8 mencionado clasifica el retiro de los soldados profesionales –distingue entre retiro temporal con pase a la reserva y absoluto- e indica las distintas causales que dan origen a cada una de las clases de retiro. Dentro de las causales de retiro temporal con pase a la reserva –ordinal a-se encuentra, en el numeral 3, la detención preventiva que exceda de 60 días calendario. El texto es el siguiente:

“Artículo 8. Clasificación. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva

2. Por disminución de la capacidad psicofísica.

3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.

b. Retiro absoluto

1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.

2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.

3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.

4. Por condena judicial.

5. Por tener derecho a pensión.

6. Por llegar a la edad de 45 años.

7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.

8. Por acumulación de sanciones".

3.- Así las cosas, con fundamento en el artículo 6 del decreto 2067 de 1991, que autoriza a la Corte a señalar en la sentencia las normas que conforman unidad normativa con aquellas otras que, llegado el caso, se declaren inconstitucionales, la Sala integra el numeral 3 del ordinal a del artículo 8 del decreto 1793 de 2000 a la demanda de la referencia, en vista de que posee el mismo contenido normativo que la norma demandada y, en ese sentido, un eventual fallo de inexequibilidad sobre la disposición acusada sería inocuo si subsiste otra idéntica, posibilidad a favor de la cual esta Corte se ha pronunciado invariablemente1.

Por ejemplo, en la sentencia C-089A de 1994, se integró la unidad normativa entre las disposiciones acusadas y aquellas contenidas en la ley 55 de 1990 que no fueron demandadas por los actores ya que "olvidaron acusar los artículos pertinentes de la ley 55 de 1990, los cuales se encuentran en relación de conexidad con las disposiciones demandas del decreto 1680 de 1991. Lo anterior significaría, prima facie, que un fallo de inexequibilidad sobre algunas de las normas bajo examen, sería estéril o nugatorio, por cuanto se mantendría incólume la proposición acusada, al estar consagrada en otra normatividad".

Precisiones y presentación de los problemas jurídicos

4.- Antes de presentar los problemas jurídicos del asunto de la referencia, es necesario precisar que todos ellos se enmarcan en el régimen laboral de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares y no en su régimen disciplinario. Las discusiones giran en torno a las consecuencias que, en el ámbito laboral, tiene una orden tomada dentro de un proceso penal –la detención preventiva por más de 60 días- en vista de que ésta impide que el soldado profesional se presente a trabajar al estar privado de su libertad preventivamente. Así las cosas, los cuestionamientos de la demanda se dirigen hacia las medidas que, frente a esta situación, pueden adoptar las Fuerzas Militares como empleador -no como disciplinador-

frente a una categoría de sus empleados: los soldados profesionales. Debe quedar claro entonces que el retiro que se cuestiona no es una sanción disciplinaria.

5.- Como se vio, el demandante propone tres cargos contra el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000 –y contra el numeral 3 del ordinal a del artículo 8 ídem integrado por la Sala- por violación de los artículos 13, 29 y 25 de la Constitución.

En cuanto a la violación del derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución), cuestiona la distinción injustificada que, a su juicio, hacen las normas demandadas entre los soldados profesionales, de un lado, y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, por otro, ante una detención preventiva que exceda de 60 días calendario. Ello porque, en su opinión, en esta hipótesis a los oficiales y suboficiales se les aplica la suspensión de funciones y atribuciones –regulada en el artículo 95 y siguientes del decreto ley 1790 del 2000- mientras que a los soldados profesionales se les aplica el retiro del servicio previsto por las normas demandadas. Asevera que las diferencias entre ambas figuras –la suspensión y el retiro- vulneran el derecho a la igualdad de los soldados profesionales en dos sentidos.

i. Aduce que la suspensión para los oficiales y suboficiales es temporal pues, de conformidad con el artículo 96 del decreto ley 1790 del 2000, se levanta cuando haya fallo absolutorio, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento, revocatoria del auto de detención o venzan los términos de la suspensión provisional, sin que se haya recibido comunicación de su prórroga. La separación absoluta, según el artículo 111 ídem, sólo procede cuando hayan sido condenados a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria -salvo el caso de condena por delitos culposos- o cuando así lo determine un fallo disciplinario. En el caso de delitos culposos se aplica el artículo 112 del mismo decreto ley que regula la separación temporal.

Por el contrario, indica, el retiro de los soldados profesionales a quienes se les dicte medida de detención preventiva por más de 60 días es definitivo ya que no existen las anteriores previsiones ni en las normas demandas ni en otras del decreto ley 1793 de 2000. Nótese que, aunque el artículo 8 del decreto ley 1793 de 2000, utiliza el adjetivo “temporal” para describir el retiro que se produce cuando a un soldado profesional le dictan detención preventiva por mas de 60 días, la misma norma indica que éste retiro es “con pase a la

reserva”, lo que significa que sólo podrán serán reincorporados cuando se presenten las hipótesis de llamamiento al servicio contenidas en los artículos 21 y 22 del mismo decreto ley, las cuales no constituyen un derecho de los retirados sino una facultad que pueden ejercer los Comandantes de las Fuerzas Militares. De acuerdo con estas dos normas, los soldados retirados en forma temporal “podrán” ser reincorporados en dos eventos: a solicitud de parte dentro del año siguiente al retiro o en cualquier tiempo por los Comandantes de Fuerza “para satisfacer necesidades orgánicas de las Fuerzas o para hacer frente a las exigencia de seguridad nacional”. Entonces, de acuerdo a las normas mencionadas, la diferencia entre el retiro temporal con pase a la reserva y el retiro absoluto de los soldados profesionales es que, en el primer caso, los Comandantes de las Fuerzas Militares tiene la facultad de reincorporarlos en los eventos ya descritos, pues hacen parte de la reserva, mientras que en el segundo caso ello no es posible.

i. El actor también señala que los oficiales y suboficiales suspendidos siguen percibiendo las primas y subsidios y el 50% del sueldo básico de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 95 Decreto Ley 1790 del 2000, mientras que los soldados profesionales retirados no reciben ningún pago ya que las normas demandadas no lo prevén de esa forma y tampoco lo hacen otras normas del decreto ley 1793 de 2000.

Como se ve, en realidad (ii) es consecuencia de (i). En otras palabras, como el retiro del soldado profesional a quien se le dicta medida de detención preventiva por más de 60 días es definitivo –en el sentido ya explicado-, una vez retirado no percibe remuneración alguna. Contrario sensu, como la suspensión de los oficiales y suboficiales es temporal –en el sentido ya explicado- perciben durante este tiempo parte de su remuneración. Así las cosas, en últimas, el cargo por violación de la igualdad se centra principalmente en la temporalidad de la suspensión de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y el carácter definitivo del retiro de los soldados profesionales, ante una detención preventiva que dure más de 60 días.

El actor estima que esta diferenciación es injustificada pues tanto los soldados profesionales como los oficiales y suboficiales “desarrollan sus funciones especiales en conexidad directa con la finalidad que la Constitución Política les ha impuesto” y los primeros “son los que

están al frente de los operativos militares, exponiendo más sus vidas e integridades personales". De modo tal que, a su juicio, ante una detención preventiva que dure más de 60 días un soldado profesional no debería ser retirado sino suspendido en la misma forma y bajo las mismas condiciones en que, asegura, es suspendido un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares.

6.- En cuanto a la violación de la presunción de inocencia (artículo 29 de la Constitución) la acusación consiste en que las normas demandadas imponen a los soldados profesionales el retiro definitivo –en el sentido ya explicado- por la sola detención preventiva que dure más de 60 días, es decir, "sin condena en firme", lo que afecta la presunción de inocencia.

8.- Resalta la Sala que, a pesar de que los cargos por violación de la presunción de inocencia y del derecho al trabajo también se centran, como el primer cargo, en el carácter definitivo del retiro de los soldados profesionales frente a los cuales se dicte detención preventiva por más de 60 días, las consecuencias de una eventual prosperidad de estos cargos no sería la misma que en el caso de la prosperidad del cargo por violación de derecho a la igualdad. En este último evento, el demandante propone que se trate a los soldados profesionales de la misma forma en la que, según su criterio, se trata a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares ante una detención preventiva de más de 60 días, lo que no sólo implica que el retiro sea temporal sino que incluye el pago de primas y subsidios y el 50% del sueldo básico. En cambio, los efectos de la prosperidad de los demás cargos estarían circunscritos solamente a otórgale carácter verdaderamente temporal al retiro de los soldados profesionales detenidos preventivamente por más de 60 días, con el objetivo de honrar la presunción de inocencia y el derecho al trabajo. En este orden de ideas, el análisis de los tres cargos debe ser independiente.

9.- También es de suma importancia precisar que el actor no cuestiona la constitucionalidad de la figura de la detención preventiva en sí misma o que esta tenga una consecuencia desde el punto de vista laboral para el soldado profesional, sino la forma y condiciones de tal consecuencia. Así, el actor implícitamente acepta que, ante la ausencia forzada del trabajador, en este caso del soldado profesional, el empleador, aquí las Fuerzas Militares, debe tener la facultad de tomar alguna medida al respecto. Lo que estima contrario a la Constitución es que, en su concepto, esta medida no es la misma frente a los soldados profesionales y a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares e, independientemente

de lo anterior, cuestiona su carácter definitivo.

10.- Nótese así mismo que los cuestionamientos del actor no se refieren a la facultad discrecional de retiro de los soldados profesionales que está en cabeza de los Comandantes de las Fuerzas Militares pues esta hipótesis está consagrada en una norma diferente a las demandadas -el numeral 2 del ordinal b del artículo 8 del decreto ley 1793 de 2000- razón por la cual la presente sentencia no se referirá a la misma.

11.- La mayoría de los intervinientes y el Ministerio Público coinciden con la totalidad de los planteamientos de la demanda. Uno de ellos sugiere que las razones de la distinción que se acusa pueden residir en el sistema jerárquico de las Fuerzas Militares o en razones económicas pero estima que éstas no justifican la discriminación en contra de los soldados profesionales. Otro de los intervinientes opina que las normas acusadas no vulneran la igualdad, pues la diferencia está justificada en razón de las distintas responsabilidades que tienen los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales, pero está de acuerdo en que quebrantan la presunción de inocencia.

El único que defiende la constitucionalidad de las normas demandadas es el Ministerio de Defensa Nacional. Explica que la diferencia acusada se debe al grado y a la diversa formación y funciones que cumplen los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales. Defiende la posibilidad del retiro haciendo un símil con el Código Sustantivo del Trabajo, que permite el despido con justa causa del trabajador que dure detenido preventivamente más de 30 días. Y, por último, parece confundir la discusión que se plantea frente a la presunción de inocencia pues simplemente asegura que la detención preventiva no la desvirtúa a pesar de que, como se señaló, el actor no controvierte esta figura en sí misma sino sus consecuencias en el ámbito laboral en el caso de los soldados profesionales.

12.- Entendido todo lo anterior, para resolver los problemas planteados, la Sala Plena dividirá las consideraciones según los tres cargos planteados debido a la independencia entre los mismos.

Para resolver el cargo por violación del derecho a la igualdad, (i) analizará si llena los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha exigido pues, en caso de no ser así, se impondría una inhibición respecto del mismo. En cambio, si estos se satisfacen, (ii) se determinará si es violatorio del derecho a la igualdad de un soldado profesional el que se le

retire de forma definitiva –en el sentido ya indicado- cuando se decrete en su contra detención preventiva que supere los 60 días, al tener en cuenta que a un oficial u suboficial de las Fuerzas Militares, en la misma situación, sólo se le suspende temporalmente –en el sentido ya explicado-.

Si el anterior cargo no prospera –sea por inhibición o por razones de fondo- enseguida se hará el análisis del cargo por violación de la presunción de inocencia. Para ello la Sala se referirá a (i) la garantía constitucional de la presunción de inocencia y a la (ii) naturaleza, justificación y límites de la detención preventiva y sus efectos frente a la presunción de inocencia, para finalmente (iii) determinar si ésta última se trasgrede respecto del soldado profesional al ser retirado definitivamente del servicio –en el sentido ya indicado- a causa de ser detenido preventivamente por más de 60 días.

Por último, si este cargo tampoco prospera, se resolverá el mismo cuestionamiento pero esta vez frente al derecho al trabajo del soldado profesional.

Análisis del cargo por violación del derecho a la igualdad

Jurisprudencia constitucional acerca de los requisitos que deben cumplir los cargos de inconstitucionalidad y estudio de su satisfacción respecto del cargo por vulneración de la igualdad

13.- El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 consigna los requisitos que debe contener toda demanda de inexequibilidad, uno de los cuales es el registrado en el numeral tercero de la citada disposición, a saber: el señalamiento de las razones por las cuales las normas constitucionales invocadas se estiman violadas. La Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada sobre esta exigencia, en el sentido de advertir que, si bien es cierto la acción pública de inconstitucionalidad no está sometida a mayores rigorismos y debe prevalecer la informalidad, deben existir requisitos y contenidos mínimos que permitan a este Tribunal la realización satisfactoria del estudio de constitucionalidad, es decir, el líbelo acusatorio debe ser susceptible de generar una verdadera controversia constitucional2.

Se han sistematizado las exigencias materiales que debe cumplir la demanda y se ha señalado que, sin caer en formalismos técnicos, incompatibles con la naturaleza popular y ciudadana de la acción de inconstitucionalidad, los cargos formulados por el demandante

deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes. Esto significa que la acusación tiene que ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación tiene que estar formulada en forma completa y ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada (suficiencia)3.

14.- Como se vio, para demostrar una supuesta desigualdad injustificada, el demandante plantea una comparación entre dos figuras: el retiro temporal con pase a la reserva de los soldados profesionales –prescrito en las normas demandadas- y la suspensión de funciones y atribuciones de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, regulada en el artículo 95 y siguientes del decreto ley 1790 del 2000. Ello porque parte de la base de que, ante una detención preventiva que exceda de 60 días, la primera figura se aplica a los soldados profesionales y la segunda a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

La Sala encuentra que el demandante erró al identificar uno de los extremos de la comparación. El artículo 95 del decreto ley 1790 del 2000 no indica que, ante una detención preventiva, se suspenderá al oficial o suboficial de la Fuerzas Militares, como sugiere la demanda. Simplemente prescribe que procederá la suspensión “cuando por autoridad competente, penal o disciplinaria, según el caso, se solicite (…)”. Al utilizar esta fórmula, no indica directamente los supuestos ante los cuales aplica la suspensión sino que, en últimas, remite a otras normas que autoricen a la autoridad penal o disciplinaria a pedirla. Es decir, para saber cuando es legítima la suspensión de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares no basta con acudir al artículo 95 y siguientes del decreto ley 1790 de 2000, sino que hay que recurrir a las normas penales y disciplinarias, tanto aquellas de la justicia ordinaria como las de la justicia penal militar. En este orden de ideas, para plantear correctamente la comparación, el demandante ha debido identificar, si es que existe, la norma penal –ordinaria y/o militar- que autoriza al juez a solicitar la suspensión de funciones y atribuciones del artículo 95 del decreto ley 1790 de 2000 respecto de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares que está detenido preventivamente. O, si esta norma no existe, ha debido el demandante justificar porque asume que el artículo 95 del decreto ley 1790 del 2000 autoriza directamente al juez penal ordinario o militar a solicitar esta suspensión respecto del

oficial o suboficial de las Fuerzas Militares frente al cual ha ordenado detención preventiva.

Lo explicado implica que el cargo por violación del derecho a la igualdad carece de certeza ya que, aunque es cierto que las normas demandadas ordenan que a un soldado profesional se le aplique el retiro temporal con pase a la reserva cuando ha estado detenido preventivamente por mas de 60 días, no está demostrado que, ante la misma situación, a un oficial o suboficial se le aplique la suspensión de funciones y atribuciones del artículo 95 del decreto ley 1790 de 2000, en vista que el actor no señaló la norma penal –ordinaria y/o militar- que así lo prescribe. Así, la base de la que parte la comparación construida para explicar la pretendida desigualdad -la aplicación de consecuencias distintas ante una misma situación- se viene abajo. En otras palabras, el cargo analizado no goza de certeza porque no se logró probar que la supuesta violación a la igualdad se desprende de las normas identificadas como extremos de la comparación y, así, se impone una inhibición con respecto del mismo4.

15.- La misma decisión tomó esta Corte frente a una situación similar en la sentencia C-057 de 20105. En esa oportunidad el demandante denunciaba una violación a la igualdad por cuanto el tope máximo del subsidio de vivienda para los soldados profesionales era inferior al previsto para los ciudadanos del común, frente a lo cual se señaló que “la demanda no aporta ni siquiera una prueba o información que permita hacer la comparación entre el tope máximo de subsidio autorizado por la norma acusada para los soldados profesionales, y los subsidios previstos para lo que la demanda llama ‘un colombiano’. El demandante tenía por lo menos que mencionar las normas legales que definen los subsidios para ese conjunto de personas tan genérico, y sobre todo, tenía que precisar a qué grupo de colombianos se refería específicamente. Por estas dos falencias, le es imposible a la Corte abordar un análisis de constitucionalidad de fondo”.

De forma análoga, en la sentencia C-985 de 2009, la Corte se inhibió para decidir un cargo por violación del derecho a la igualdad de los servidores públicos fundado en que el Código Sustantivo del Trabajo prevé licencia de luto sólo para los trabajadores particulares. Expresó que “Los accionantes presentan como supuestos de comparación a los empleados particulares y a los servidores públicos que han perdido un familiar cercano, e identifican para los primeros un beneficio exclusivo previsto en la ley: la licencia por luto. Sin embargo, respecto de los segundos no precisan la figura o beneficio con la cual debe realizarse la

comparación, ni las disposiciones que la regulan, teniendo en cuenta que dentro del concepto servidores públicos existen diferentes categorías de empleados (miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales) que por mandato constitucional están sometidos a regímenes especiales y diferenciados, contenidos en normatividades independientes, dentro de las cuales pueden existir figuras que suplen tal beneficio, y con las que habría que establecer dicha comparación".

16.- Ahora bien, podría argumentarse que, identificado el error en que incurrió el actor, en aras de evitar fallos inhibitorios, la Corte debería verificar si existe una norma que autorice al juez penal –ordinario y/o militar- a solicitar la suspensión respecto de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares que está detenido preventivamente y, de ser así, integrar la denominada proposición jurídica completa.

Sin embargo, lo descrito no encaja en esta noción. No se trataría de completar la disposición demandada porque "carece en sí misma de sentido completo"6 o para que, "en el supuesto de su inexequibilidad, los contenidos restantes de la norma conserven coherencia y produzcan efectos jurídicos"7. Se trataría de incorporar al examen de constitucionalidad una o varias normas legales de contenido completamente distinto y autónomo, lo que a su vez sería desatender los términos de la competencia otorgada a esta Corte en el artículo 241 de la Constitución, el cual instituye el control de constitucionalidad rogado para las leyes, salvo precisas excepciones8.

De conformidad con el análisis precedente, la Sala se inhibirá en lo relacionado con el cargo por vulneración del derecho a la igualdad y continuará el estudio respecto del cargo relativo a la violación de la presunción de inocencia (artículo 29 de la Constitución).

Análisis del cargo por violación de la presunción de inocencia

La garantía constitucional de la presunción de inocencia

17.- La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable". Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha

garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito “hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad”9.

18.- De este “postulado cardinal de nuestro ordenamiento”10, se desprenden, entre otras, las siguientes consecuencias identificadas por la jurisprudencia constitucional:

* “Cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad”11.

* La presunción de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (…) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad”12.

* “Para que, en el caso concreto de una persona, puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, es indispensable (…) que se configure y establezca con certeza, por la

competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio” 13.

* “Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie”14. Así, “todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución”15.

19.- Ahora bien, la presunción de inocencia no sólo tiene consecuencias relativas al proceso penal como tal. Toda persona tiene derecho a “ser considerada y tratada como inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario y sea declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada”16, y ello aplica en todos los ámbitos.

Por ejemplo, mediante sentencia C-271 de 2003 la Corte condicionó la constitucionalidad del numeral 8 del artículo 140 del Código Civil que establece que hay lugar a la declaratoria de nulidad del matrimonio civil, “cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior”, entre otras razones, por violar la presunción de inocencia. Al respecto, se indicó que “para que sea posible declarar la nulidad del nuevo matrimonio de quien ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior, es un imperativo que se haya establecido la culpabilidad del conyugicida mediante la existencia previa de sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de homicidio agravado. La simple inculpación del delito no es suficiente para aplicar la causal ya que, acorde con el ordenamiento jurídico preestablecido, la única forma de desvirtuar el principio de la presunción de inocencia a que hace expresa referencia el artículo 29 Superior, es que la persona, en este caso el conyugicida, haya sido vencida en juicio y condenada, y dicha condena tenga carácter definitivo y se encuentre en firme”.

También en el ámbito civil, en la sentencia T-138 de 1998 se concedió el amparo a un estudiante cuya universidad le exigía para poder matricularse la suscripción de un pagaré en blanco con el fin de garantizar el resarcimiento de los daños que pudieran ser causados en las instalaciones o a los bienes muebles propiedad de la universidad. Expresó la Sala de Revisión que “se quebranta la presunción de inocencia. ¿Por qué? Porque al suscribirse el

pagaré en blanco, el estudiante se hace responsable de un daño que ni siquiera se ha producido”.

Naturaleza, justificación y límites de la detención preventiva y sus efectos frente a la presunción de inocencia

20.- Las medidas de aseguramiento son determinaciones eminentemente temporales de tipo preventivo que restringen los derechos fundamentales del imputado y que pueden ser adoptadas por el juez de control de garantías, a petición del fiscal, en el marco de un proceso penal17.

Al ser limitativas de los derechos fundamentales de una persona aún no condenada penalmente, están sometidas a precisos y estrictos requisitos y procedimientos determinados en la Constitución y la ley18. Bajo el Código de Procedimiento Penal vigente, el requisito inicial para su procedencia es que “de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”19. Adicionalmente, sólo pueden ser tomadas para los fines determinados en la ley que a su vez deben corresponder a los objetivos constitucionales descritos en el artículo 250.1: asegurar (i) la comparecencia de los imputados al proceso penal, (ii) la conservación de la prueba y (iii) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas20. En el ordenamiento penal vigente estos fines son garantizar que (i) el imputado no obstruya el debido ejercicio de la justicia, (ii) no sea un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y (iii) que comparezca al proceso y cumpla la sentencia21.

21.- Las medidas de aseguramiento varían en el grado o intensidad de limitación de los derechos fundamentales del imputado22 pero, sin duda alguna, la más fuerte de todas es la detención preventiva pues implica necesariamente la privación de la libertad, ya sea en establecimiento de reclusión o en la residencia señalada por el imputado.

Para decretarla, además de los requisitos generales de las medidas de aseguramiento, se deben satisfacer otras exigencias. En primer lugar, por tratarse de una restricción a la libertad personal, debe estar precedida de los fundamentos jurídicos que conforme al artículo 28 de la Constitución la autorizan de manera excepcional: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, (ii) observancia de las formalidades legales y (iii) por la

existencia de motivos previamente definidos en la ley23. En segundo lugar, se deben configurar las hipótesis reguladas en los artículos 313 y 314 del Código de Procedimiento Penal.

En el caso de la detención preventiva en establecimiento de reclusión, esta procederá en los siguientes casos:

“1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”24.

La detención preventiva en establecimiento carcelario puede sustituirse por la del lugar de la residencia en diversos eventos, con el cumplimiento de los requisitos y las limitantes establecidas en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal.

Como la detención preventiva implica la restricción de un derecho tan importante como la libertad, el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal regula los eventos en que el detenido preventivamente debe quedar en libertad inmediata:

“1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.

2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad.

3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.

4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento"25.

22.- De forma unánime y reiterada, esta Corte ha indicado que "la detención preventiva es compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo, no sancionatorio" 26. Así, "por su propia naturaleza (...) tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, ni está dirigida a resocializar, ni a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su finalidad es puramente procesal y asegurar el resultado exitoso del proceso penal"27. En otras palabras, con la detención preventiva no se busca castigar a una persona no condenada, pues ello sería contrario a la presunción de inocencia, sino prevenir ciertos hechos que, de presentarse, darían al traste con el proceso penal, tales como (i) la obstaculización del mismo, (ii) la puesta en peligro de la sociedad o de la víctima, (iii) la ausencia del imputado o la falta de cumplimiento de la sentencia28.

Precisamente por lo anterior, la decisión de detener preventivamente a una persona a la que le ha sido imputado un delito debe estar siempre fundada en alguno de los fines descritos y, además, superar un juicio de proporcionalidad de modo tal que sea idónea, necesaria y proporcionada29. En últimas, se busca que la restricción de un derecho tan importante como la libertad resulte compensada por la necesidad de realizar los fines mencionados en el caso concreto y sólo en la medida justa.

23.- Lo explicado conlleva otra consecuencia ineludible, también reconocida ya por la jurisprudencia constitucional: "La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal"30. Es decir, el detenido preventivamente debe seguir siendo tratado

como una persona inocente en todos los ámbitos pues el hecho de que en su contra se haya dictado una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale en modo alguno a una condena.

Con fundamento en las anteriores consideraciones generales, pasa la Sala a resolver el segundo cargo planteado en la demanda de la referencia.

¿Se trasgrede la presunción de inocencia del soldado profesional al retirarlo definitivamente del servicio a causa de haber estado detenido preventivamente por más de 60 días?

24.- Asegura el actor que las normas demandadas transgreden el artículo 29 de la Constitución porque les imponen a los soldados profesionales el retiro definitivo del servicio por la sola detención preventiva que dure más de 60 días, es decir, "sin condena en firme", lo que afecta la presunción de inocencia. Como ya se precisó, el actor no cuestiona que la detención preventiva tenga una consecuencia desde el punto de vista laboral para el soldado profesional. Implícitamente acepta que, ante la ausencia forzada del trabajador, en este caso del soldado profesional, el empleador, aquí las Fuerzas Militares, debe tener la facultad de tomar alguna medida al respecto. Lo que estima contrario a la Constitución es que esta medida tenga carácter definitivo. Así las cosas, la resolución del cargo girará exclusivamente en torno a este cuestionamiento y no a la facultad de retiro en sí misma.

25.- Lo primero que hay que señalar, y que ya se adelantó, es que, en efecto, el retiro que imponen las normas demandadas para el soldado profesional que dure detenido preventivamente más de 60 días puede considerarse definitivo.

Aunque el artículo 8 del decreto ley 1793 de 2000, utiliza el adjetivo "temporal" para describir el retiro que se produce cuando a un soldado profesional le dictan detención preventiva por mas de 60 días, la misma norma indica que éste retiro es "con pase a la reserva", lo que significa que sólo podrán serán reincorporados cuando se presenten las hipótesis de llamamiento al servicio contenidas en los artículos 21 y 22 del mismo decreto ley, las cuales no constituyen un derecho de los retirados sino una facultad que pueden ejercer los Comandantes de las Fuerzas Militares. De acuerdo con estas dos normas, los soldados retirados en forma temporal "podrán" ser reincorporados en dos eventos: a solicitud de parte dentro del año siguiente al retiro o en cualquier tiempo por los Comandantes de Fuerza, "para satisfacer necesidades orgánicas de las Fuerzas o para hacer frente a las

exigencia de seguridad nacional”. Entonces, de acuerdo a las normas mencionadas, la diferencia entre el retiro temporal con pase a la reserva y el retiro absoluto de los soldados profesionales es que, en el primer caso, los Comandantes de las Fuerzas Militares tiene la facultad de reincorporarlos en los eventos ya descritos, pues hacen parte de la reserva, mientras que en el segundo caso ello no es posible.

26.- Lo segundo que es necesario precisar es que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional reseñada, la garantía constitucional de la presunción de inocencia no sólo aplica dentro del proceso penal respectivo sino que, en todos los ámbitos, las personas que no han sido condenadas penalmente tienen derecho a ser consideradas y tratadas como inocentes, lo que también aplica para la esfera laboral. Adicionalmente, como se vio, la naturaleza eminentemente preventiva y no sancionatoria de la detención preventiva implica necesariamente que la persona respecto de la cual se ha decretado esta medida sigue gozando de la garantía de la presunción de inocencia. De estas dos precisiones, se deriva que el soldado profesional que ha sido detenido preventivamente por más de 60 días debe ser tratado en la esfera laboral como una persona inocente, en virtud de la garantía constitucional de la presunción de inocencia.

27.- Dicho esto, la Sala considera que el retiro definitivo del servicio –en el sentido indicado- del soldado profesional contra quien se ha dictado una detención preventiva por más de 60 días es contraria a la Constitución al restringir desproporcionadamente la presunción de inocencia de la que goza esta persona en el ámbito laboral, según el artículo 29 de la Constitución interpretado de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Ello es así porque, aplicado un juicio de proporcionalidad31, se concluye que, aunque la medida busca un fin constitucionalmente legítimo y es idónea, no es necesaria para lograrlo, como se demostrará a continuación.

La medida de retiro definitivo tiene sin duda un fin constitucionalmente legítimo de carácter preventivo, no sancionatorio. Se parte de un hecho objetivo –la detención preventiva- que, aunque no equivale a una condena, si es de importancia en tanto ha sido decretada por un juez ante el cumplimiento de exigentes procedimientos y requisitos –incluso probatorios32 y de gravedad de la conducta33- descritos en la Constitución y la ley, la cual además ha tenido una duración considerable –más de 60 días-. Ante ello, se aparta al soldado profesional de la institución para prevenir las eventuales afectaciones al buen funcionamiento de la institución

que se podrían presentar si la medida de detención preventiva se levantara34 y se produjera la reincorporación automática a las funciones militares de un soldado que no ha sido condenado pero aún está vinculado a un proceso penal. Este objetivo resulta constitucional en vista del gran daño que puede causar el instrumento usado por los soldados profesionales para sus funciones –las armas- lo que justifica extremar las medidas tendientes a proteger a la comunidad, a las presuntas víctimas y a la propia institución, en razón de que el artículo 2 ordena al Estado proteger los derechos y bienes de todas las personas35.

El retiro definitivo se revela así mismo como una medida idónea para prevenir las posibles afectaciones ya referidas ya que, una vez separado de forma definitiva, se elimina la posibilidad de que el soldado profesional, levantada la detención preventiva, atente contra el buen funcionamiento de la institución, contra la comunidad o contra las presuntas víctimas usando los instrumentos del servicio.

Sin embargo, el retiro definitivo es innecesario pues, al mismo objetivo y al mismo nivel de efectividad, se podría llegar con una medida que restringe en menor medida la garantía constitucional de la presunción de inocencia, cual es una suspensión que se levante en el caso de que soldado profesional no sea condenado, sea por sentencia absolutoria o cualquier otra decisión que no implique condena. Una vez esto sucede, la medida preventiva que protege a la institución, a la comunidad y a las presuntas víctimas pierde su razón de ser. Con la medida alternativa, no se aplica de entrada una consecuencia definitiva a una persona que, según el artículo 29 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional, debe ser tratada como inocente en todos los ámbitos, incluido el laboral.

A pesar de que en principio no son regímenes comparables, la Sala estima útil referirse a la sentencia C-1156 de 2003 en la cual esta Corte declaró exequible una norma que prescribe que el uniformado de la Policía Nacional que esté detenido no se clasifica para ascenso. Uno de los cargos formulados consistía precisamente en la vulneración de la presunción de inocencia, el cual fue descartado, entre otras razones, porque la disposición establece que, en caso de resultar absuelto, previa clasificación y reunir los demás requisitos, el uniformado puede ascender con la misma antigüedad. En similar sentido, la sentencia C-758 de 2002, ante el mismo cargo, declaró la constitucionalidad de una norma perteneciente a la legislación deportiva en la cual, dentro de las funciones de inspección, vigilancia y control, se autorizaba al Instituto Colombiano del Deporte a solicitar a las autoridades competentes de

los organismos deportivos de cualquier nivel, la suspensión temporal de los miembros de los órganos directivos, administradores y de control, cuando medie investigación disciplinaria o penal, y exista pliego de cargos o vinculación formal al respectivo proceso penal.

La prosperidad del segundo cargo hace innecesario el análisis del tercero, por violación del derecho al trabajo pues, aunque también prosperara, la decisión sería en el mismo sentido de la ya adoptada: que el retiro no sea definitivo.

De la fórmula de reparación de la inconstitucionalidad

28.- De acuerdo con lo expresado, resulta inconstitucional que un soldado profesional sea retirado definitivamente del servicio por haber sido decretada en su contra medida de detención preventiva que supere los 60 días. En consecuencia, se declarará la inexequibilidad del numeral 3 del ordinal a del artículo 8 del decreto ley 1793 de 2000 de modo tal que, dentro de las causales de "retiro temporal con pase a la reserva" ya no esté incluida la medida de detención preventiva mayor a 60 días.

Ello no implica que, frente a esta situación, las Fuerzas Militares no puedan adoptar medida alguna ya que, como se vio, es constitucional que procedan, como medida cautelar, a suspender al soldado profesional hasta tanto se emita sentencia absolutoria o cualquier otra decisión que termine el proceso penal y que no implique condena. Es por ello que la Corte declarará la constitucionalidad condicionada de la otra norma demandada -el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000- en el entendido de que la palabra retirado debe entenderse como suspendido.

La Sala opta por la inexequibilidad simple del numeral 3 del ordinal a del artículo 8 del decreto ley 1793 de 2000 y no por la constitucionalidad condicionada pues, como se expresó, estas norma hace la enumeración de las causales de "retiro temporal con pase a la reserva" dentro de las cuales ya no estará la detención preventiva que supere los 60 días, pues a partir de esta sentencia esta será una hipótesis de suspensión regulada en el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000, que se declara condicionalmente exequible en ese sentido.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del

pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declarar INEXEQUIBLE el numeral 3 del ordinal a del artículo 8 del decreto ley 1793 de 2000.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000 en el entendido de que la palabra retirado debe entenderse como suspendido.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Al respecto ver las sentencias C-089A de 1994, C-320 de 1997, C-871 de 2003, C-1126 de 2004, C-503 de 2007, C-409 de 2009, C-714 de 2009, C-713 de 2009, C-055 de 2010, C-121 de 2010, C-978 de 2010, entre muchas otras.

2 Sentencia C-1052 de 2001, reiterada por las sentencias C-1031 de 2002, C-913 de 2004, C-650 de 2006, C-715 de 2006, C-1086 de 2008, entre muchas otras.

3 Ibídem.

4 Recuérdese que, según la jurisprudencia reiterada de esta Corte, “la admisión de la demanda no obsta para que durante el trámite de la acción, mediante el estudio en detalle de los temas planteados por el accionante, las pruebas aportadas y las intervenciones de las autoridades públicas o privadas que participen en el proceso, la Corte Constitucional encuentre que las razones expuestas por el accionante en la demanda, no cumplen con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, y decida por ello, inhibirse de conocer los argumentos planteados, por no cumplir con los requisitos exigidos”. En el mismo sentido las sentencias C-1031-02, C-650 de 2006 y C-715 de 2006, entre otras.

5 En ese sentido también se pueden consultar las sentencias C-1031 de 2002 y C-816 de 2009.

6 Sentencia C-040 de 2004. En el mismo sentido las sentencias C-154 de 2002, C-551 de

2001, C-648 de 2001, C-1163 de 2000, C-1507 de 2000, C-1106 de 2000, C-622 de 1999, C-565 de 1998 y C-472 de 1995, entre otras.

7 Sentencia C-551 de 2001. En el mismo sentido las sentencias C-1507 de 2000, C-622 de 1999, C-565 de 1998 y C-472 de 1995.

8 En este sentido la sentencia C-1031 de 2002.

9 Sentencia C-774 de 2001. En el mismo sentido las sentencias C-416 de 2002, C-030 de 2003, C-1156 de 2003 y C-271 de 2003.

10 Sentencia C-689 de 1996. En el mismo sentido las sentencias C-774 de 2001 y C-030 de 2003.

11 Sentencia C-205 de 2003.

12 Sentencia C-205 de 2003. En el mismo sentido, las sentencias C-774 de 2001, C-416 de 2002, C-271 de 2003 y C-576 de 2004.

13 Sentencia C-689 de 1996. En similar sentido la sentencia C-1156 de 2003.

14 Sentencia C-689 de 1996. En similar sentido la sentencia C-576 de 2004.

15 Sentencia C-205 de 2003 en la que se declaró inexequible un tipo penal que prescribía: “Quien comercie con autopartes usadas de vehículos automotores y no demuestre su procedencia lícita, incurrirá en la misma pena del artículo anterior”.

16 Sentencia C-217 de 2003. En el mismo sentido la sentencia C-576 de 2004 y la Observación General No. 13. La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley. En: Interpretación de las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, P. 49.

17 Ver al respecto las sentencias C-774 de 2001 y C-318 de 2008,

18 En similar sentido las sentencias C-774 de 2001, C-318 de 2008, C-1198 de 2008 y C-425 de 2008.

19 Artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

20 Sentencia C-318 de 2008.

21 Artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

22 Artículo 307 del Código de Procedimiento Penal: “Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.

2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.

3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.

4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.

5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.

6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.

8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria".

23 Sentencia C-318 de 2008.

24 Artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el art. 60 de la Ley 1453 de 2011

25 El artículo continua así: "PARÁGRAFO 1. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia. En todo caso, la audiencia se iniciará cuando haya desparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5 del artículo 317 de la Ley 599 de 2000.

Los términos previstos en los numerales 4 y 5 se contabilizarán en forma ininterrumpida.

PARÁGRAFO 2. En los procesos que conocen los jueces penales de los circuitos especializados, para que proceda la libertad provisional, los términos previstos en los numerales 4 y 5 de este artículo se duplicarán.

PARÁGRAFO 3. En los procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, los términos previstos en los numerales 4 y 5 se duplicarán cuando sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación".

26 Sentencia C-774 de 2001. En el mismo sentido, las sentencias C-301 de 1993, C-106 de 1994, C-689 de 1996, C-327 de 1997, C-425 de 1997, C-030 de 2003, C-1156 de 2003, C-318 de 2008 y C-425 de 2008.

27 Sentencia C-425 de 2008.

28 En este sentido la sentencia C-425 de 2008.

29 Sentencia C-774 de 2001. En el mismo sentido las sentencias C-318 de 2008 y C-425 de 2008.

31 Sobre los pasos del juicio de proporcionalidad, ver la sentencia C-648 de 2001.

32 Artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

33 Artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el art. 60 Ley 1453 de 2011

34 Artículo 317 del Código de Procedimiento Penal.

35 En similar sentido, la sentencia C-398 de 2011 sobre la imposibilidad de ejercer la profesión de abogado cuando se ha decretado en su contra detención preventiva: “En esas condiciones el ejercicio profesional no sería adecuado y tampoco responsable, por lo cual no resulta contrario a la Constitución que, tratándose de la imposición de una medida privativa de la libertad, el legislador haya previsto una incompatibilidad cuya ausencia no solo afectaría los derechos a acceder a la justicia y al debido proceso de los eventuales clientes, sino también a la misma administración de justicia que no podría contar con la colaboración eficiente del abogado detenido (…) La Corte concluye que la incompatibilidad censurada tiene claros fines constitucionales en la previsión del riesgo social, en el interés general inherente al ejercicio profesional de la abogacía y en la protección de los derechos de terceros, objetivos que aportan un marco de justificaciones más amplio que el fundado en la mera apreciación individual de las consecuencias que la privación de la libertad tendría sobre el directamente implicado”.