

LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA TIENEN DERECHO A UNA JUSTICIA INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

Carlos Rodríguez Mejía
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad
Santo Tomás de Bogotá y de la Maestría en defensa de los derechos humanos
Consultor independiente

La reforma constitucional a la justicia que propuso el Gobierno y que fue aprobada en primera vuelta por el congreso colombiano, culminó con varios tropiezos, especialmente por la posición crítica de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, secundados por la Fiscal General y el Procurador (Carta fechada el diciembre 15 de 2011, dirigida al Presidente de la República), en la que piden al Jefe del Estado "*su urgente, oportuna y directa intervención para evitar que se puedan afectar, de manera grave, la estructura y el funcionamiento del Estado en Colombia, contrariando tanto el ideario constitucional vigente como las directrices democráticas que usted permanentemente ha destacado y promovido como orientadoras de aquél*".

Uno de los temas que más preocupan a la comunidad de derechos humanos, no solo en el ámbito nacional sino también en el internacional (ver entre otros, la Carta de Human Rights Watch –HRW–, fechada en Washington D.C. el 12 de diciembre de 2011), es el de la modificación que se pretende introducir al fuero penal militar, asunto que no es específicamente tratado por la misiva de las Altas Cortes y que fue introducido a última hora por el Ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón.

El texto actual de Art. 221 de la Constitución, que se pretende reformar, es el siguiente:

ARTICULO 221. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

No es la primera vez que se acude a una enmienda de la Constitución, para acomodar el texto de la norma a los requerimientos de algunos militares y policías inconformes con la jurisprudencia constitucional.

El texto original de la Constitución aprobada en 1991, decía:

ARTICULO 221. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

La reforma del artículo se hizo en 1995, para responder a una sentencia de la Corte Constitucional que establecía que los integrantes de las Cortes Marciales no podían ser integrantes activos de la fuerza pública.

Esta mala costumbre de acomodar las normas constitucionales, que constituye un grosero abuso de la posición dominante, se pretende reproducir con esta reforma, que no es otra cosa que una meditada respuesta a la sentencia de la Corte Constitucional C-358/97, en la cual se estableció el alcance de la institución del fuero militar, de la siguiente manera:

El miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

La propuesta del Gobierno, aprobada en primera vuelta por el Congreso es la siguiente:

ARTÍCULO 12. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

"Artículo 221. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar y Policial. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En todo caso, se presume la relación con el servicio en las operaciones y procedimientos de la Fuerza Pública. Cuando en estas situaciones haya lugar al ejercicio de la acción penal, la misma se adelantará por la Justicia Penal Militar y Policial." (Lo resaltado en negrilla es lo que se propone agregar).

El fuero militar es una garantía para la institución militar y policial y no un privilegio

Lo primero que hay que resaltar, como ya ha sido establecido en la jurisprudencia colombiana, es que los fueros especiales no son instituciones que busquen conceder privilegios, como ocurría en otras épocas afortunadamente superadas por el Estado social y democrático de derecho, sino una forma de proteger las instituciones y las funciones que en determinados momentos prestan las personas. Así por ejemplo, el fuero de los Congresistas, cuando estos dejan de pertenecer a cualquiera de las Cámaras, solo se mantiene cuando el delito por el que se le investiga esté relacionado con su función de congresista¹.

El objetivo del fuero militar no puede ser otro, en un Estado de derecho, que el penalizar conductas cuya preservación interesa a la naturaleza jerarquizada y férreamente disciplinada de dicha institución, y que cometidas por otras personas no tiene la virtualidad de generar reproches penales, sino de otro tipo. Por esto, la jurisdicción penal militar tiene sentido y acomodo en las instituciones democráticas cuando conoce de los delitos propios de la función militar.

Los integrantes de la fuerza pública tienen derecho al debido proceso y a un juicio justo

Se trata también de garantizar a los militares y policías –en Colombia, a diferencia de la mayoría de los países de Europa y América, los integrantes de la policía también son cobijados por el fuero militar, pese a la naturaleza civil de la institución y de sus funciones- los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a un juicio justo.

Una jurisdicción penal que no es independiente, – pues depende del ejecutivo y de la línea de mando militar y policial-, ni es imparcial –está sometida al principio y a la práctica de la obediencia al superior (jerarquización y temor reverencial e institucional)-, no debe investigar y juzgar las conductas de los integrantes de la fuerza pública que no tengan relación con el servicio, pues ello disminuye de manera grave sus garantías al debido proceso y, por lo tanto, a recibir un trato justo.

Esto último es un hecho que no suele plantearse, pues lo que conoce la opinión pública –es lo que divulgan los promotores de la indebida extensión del fuero-, son los tratos de favor a militares y policías que cometen delitos comunes que constituyen violaciones a los derechos humanos, pero no se difunden las sentencias y actos internos que se dictan contra muchos de sus integrantes y que en realidad constituyen represalias internas de jefes contra subordinados,

¹ El Parágrafo de artículo 235 de la Constitución que enumera las atribuciones de la Corte Suprema, la de juzgar al Presidente de la República y la de investigar y juzgar a los congresistas y otros altos funcionarios, establece: *PARÁGRAFO. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.*

actos de discriminación o mecanismos para eliminar competidores en la carrera de ascensos. El país recuerda el caso del Almirante Gabriel Arango Bacci², que fue acusado de favorecer al narcotráfico. ¿Que hubiera sido de este marino si su caso hubiese sido juzgado por un tribunal sometido a quienes lo acusaron, a cuya cabeza estaba el entonces comandante de la Armada? Tuvo la garantía de ser juzgado por la Sala Penal de la Corte Suprema³ y que esta lo absolviera luego de un juicio con todas las garantías de independencia e imparcialidad⁴.

Como ha dicho la Corte Constitucional colombiana en la citada sentencia C-358 de 1997, *La norma constitucional parte de la premisa de que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la fuerza pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera otra persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la fuerza pública no puede, en consecuencia, quedar comprendida dentro del fuero castrense.*

Dicho en otras palabras los miembros de la fuerza pública antes que integrantes de ella son ciudadanos con derechos fundamentales⁵ reconocidos por las normas internacionales y nacionales que el Estado debe garantizar, dentro de los cuales ocupan lugar primordial el debido proceso y el derecho a un juicio justo.

La jurisprudencia nacional e internacional frente al fuero militar

² En declaraciones reproducidas por la Revista Semana, Arango Bacci, después de ser absuelto dijo: Después de que la Corte Suprema de Justicia dijera que era inocente el contralmirante retirado Gabriel Arango Bacci, pidió que se sepa "de dónde vino este montaje". Viernes 4 Diciembre 2009 <http://www.semana.com/justicia/arango-bacci-celebra-fallo-corte/132236-3.aspx> consultada el 21 de diciembre de 2011.

³ El Art. 235 No. 4 de la Constitución atribuye el juzgamiento de los Generales y Almirantes a la Corte Suprema de Justicia.

⁴ Otros ejemplos son los casos de discriminación por la orientación sexual, en los cuales los tribunales civiles (no militares) han protegido y garantizado derechos de integrantes de la fuerza pública. Si estos asuntos hubiesen sido conocidos solo por jurisdicción castrense, muy seguramente no se hubiesen reconocido los derechos de estas personas. Estos casos muestran la importancia que tiene para los integrantes de la fuerza pública los derechos a acceder a un juicio imparcial y justo. Ver Corte Constitucional, Boletín de prensa 11 de agosto de 2011, caso del teniente William Viasús y el caso de la Oficial de Policía Sandra Mora (www.elspectador.com/.../articulo-293185-mi-regreso-policia-asunto), **ambos destituidos por las autoridades de la Policía Nacional por su orientación sexual y luego amparados por tribunales civiles que ordenaron su reintegro.**

⁵ En Colombia los integrantes activos de la fuerza pública no tienen derechos políticos a elegir y ser elegidos en cargos de elección popular, ni a disfrutar de los derechos y libertades sindicales.

La jurisprudencia y doctrina internacionales sobre el fuero militar, no solo es amplia y reiterada, sino que se ha pronunciado específicamente sobre la jurisdicción militar en Colombia. En efecto, la Corte Interamericana, en un caso contra Colombia expresó:

51. Al respecto, el Tribunal ya ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener **un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares**. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁶.

52. A su vez, esta Corte estima pertinente recordar, que la jurisdicción militar

*se establece por diversas legislaciones con el fin **de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas**. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias [por lo que c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, **se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia***⁷.

53. Como se ha dicho con anterioridad, **el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial**⁸. En el caso sub judice, las propias fuerzas armadas involucradas en el combate contra los grupos insurgentes, son los encargados de juzgar a sus mismos pares por la ejecución de civiles, tal y como lo ha reconocido el propio Estado. En consecuencia, la investigación y sanción de los responsables debió recaer, desde un principio, en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hayan sido policías en servicio activo (...).

54. En conclusión, la aplicación de la jurisdicción militar en este caso no garantizó el debido proceso en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana, que regula el derecho de acceso a la justicia de los familiares de las víctimas del caso⁹. (Lo destacado por fuera del original).

⁶Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 113 y Caso Durand y Ugarte, supra nota 4, párr. 117.

⁷ Caso Cantoral Benavides, supra nota 5, párr. 112 y Caso Castillo Petruzzi y Otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 128.

⁸ Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 112 y Caso Castillo Petruzzi y Otros, supra nota 6, párr. 130.

⁹ Corte IDH, Sentencia de Fondo en el Caso Las Palmeras Vs. Colombia, de 6 de diciembre de 2001.

Lo que estableció la Corte Interamericana respecto a la jurisdicción militar colombiana, no dista mucho de lo que había establecido ya la Corte Constitucional colombiana al interpretar el Art. 221 de la Constitución, ni tampoco de sus pronunciamientos respecto de esta institución del fuero militar en otros países, pues su jurisprudencia se basó en pronunciamientos previos sobre casos de otros Estados miembros del sistema interamericano¹⁰. Los motivos son los enunciados al comienzo de este escrito: la jurisdicción penal militar no garantiza el debido proceso, ni el juicio justo a las víctimas ni a los propios integrantes de la institución castrense o policial, pues no ofrece garantías de independencia e imparcialidad. Por lo demás, reitera, que en una sociedad democrática, regida por un Estado de derecho, el único fin admisible de la jurisdicción militar debe ser **"mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas"**.

La situación actual colombiana

Como reconoce la Corte Constitucional¹¹ colombiana al acoger el punto de vista de algunos intervinientes, "La Constitución define que los miembros de la fuerza pública en servicio activo están sujetos al fuero penal militar. Sobre este punto - el ámbito subjetivo de aplicación del fuero - no hay discusión".

La discusión hay que centrarla en los actos que tengan "relación con el servicio". Para desatar el asunto, la Corte recurre a las funciones constitucionales de las fuerza pública en sus dos expresiones, militar y policial, y precisa:

El término "servicio" alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.

¹⁰ También hay pronunciamientos recientes: Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 274. *En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (supra párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.*

¹¹ Sentencia C-358/97, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes. El ponente acoge los argumentos de la Comisión Colombiana de Juristas, representada por Alberto León Gómez y Carlos Rodríguez Mejía y del Ministerio Público, en cabeza del viceprocurador.

Todo lo que exceda de ese ámbito, es decir, las acciones que se aparten de la finalidad constitucional de la fuerza pública, no puede caer bajo el ámbito de la jurisdicción penal militar. Y eso incluye actos, como los crímenes de lesa humanidad, que por su inusitada gravedad se apartan desde el comienzo del objetivo de la fuerza armada de Colombia. Pone como ejemplo la Corte, la orden de ejercer violencia sexual contra las mujeres o de torturar para obtener información, pues se trata de instrucciones que se apartan ab initio, de los objetivos legítimos que en un Estado de derecho y una sociedad democrática deben pretender las fuerzas armadas.

Adicionalmente, para completar las garantías del debido proceso la Corte establece que corresponde a la fiscalía general realizar las investigaciones iniciales, es decir, acotar la escena del crimen, recaudar los elementos probatorios y evidencias que puedan encontrarse y realizar los análisis forenses que correspondan según el tipo de conducta o conductas que se investiguen. Se trata de una garantía para investigados y para víctimas, pues constitucionalmente corresponde al Cuerpo Técnico de Investigación de la fiscalía y a la policía judicial, bajo la dirección de los fiscales. No pareciera que existan razones para crear un organismo semejante adscrito a las fuerzas armadas, pues además de los costos para el fisco, sería una duplicación innecesaria de funciones que reñiría con un sano criterio de administración pública.

En la práctica la incapacidad de la jurisdicción militar para actuar de manera independiente e imparcial está reconocida por múltiples fallos judiciales del orden nacional e internacional y por los hechos. Como recuerda la red de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos Coordinación Colombia Europa-Estados Unidos:

(...) el traslado voluntario de casos de violaciones de derechos humanos desde la Jurisdicción Penal Militar a la Justicia Ordinaria ha caído a niveles prácticamente insignificantes desde que la anterior Directora de la Justicia Penal Militar, Dra. Luz Marina Gil, fue obligada a renunciar en mayo del año 2009. Así, de un promedio de 34,5 casos por mes a lo largo del año 2008, se ha pasado a menos de tres casos por mes a partir del último trimestre del año 2009, lo que muestra que antes que una justicia imparcial es una "justicia" que se ejerce y decide con base en mandatos de sus superiores.

La falta de independencia de la jurisdicción castrense también se pone de manifiesto no solo cuando funcionarios de esta jurisdicción recientemente han sido acusados de prevaricato por obstaculizar los procesos judiciales contra personal uniformado que se llevan ante la justicia ordinaria, al reclamar, de manera abusiva y en contra de los mandatos legales y jurisprudenciales, competencia en casos donde se juzgan desapariciones forzadas y otras violaciones graves a los derechos humanos, sino también por la evidencia de que integrantes de la justicia penal militar

han estado también vinculados al planeamiento y legalización de ejecuciones extrajudiciales y a la orientación de los procesos en asocio con los victimarios para garantizar resultados de impunidad en los mismos .

Y otros hechos ampliamente conocidos por la opinión pública, como el caso del juez penal militar Alexander Cortes, quien fue separado después de remitir varios casos de ejecuciones extrajudiciales a la jurisdicción ordinaria y tuvo que abandonar el país luego de ser amenazado¹².

En resumen, hoy existe el fuero militar para los integrantes de la fuerza pública en servicio activo, por delitos que tengan relación con el servicio, determinado este por las funciones constitucionales que se asignan a las fuerzas militares y de policía. No es cierto que estén desprotegidos ni sometidos a inseguridad jurídica, como afirma el Ministro de Defensa en reportaje concedido a El Tiempo¹³.

Al contrario de lo que se afirma, la inseguridad jurídica para los miembros de la fuerza pública provendría de la participación en la actividad investigativa de organismos sin la debida capacitación técnica y sin la independencia funcional que se requiere para atender a los estándares internacionales y los requerimientos del Estado de derecho en una sociedad democrática. Lo que está en juego es la igualdad, el derecho al debido proceso y a un juicio justo, tanto para los acusados de la fuerza pública como para las víctimas de los delitos comunes y violaciones a los derechos humanos atribuidos a los militares y policías colombianos.

Establecer, como se pretende, una presunción constitucional de que toda operación militar o policial constituye un acto del servicio vinculado a las respectivas misiones constitucionales asignadas a las fuerzas militares y de policía, constituye una sustitución de un elemento fundamental y definitorio del Estado de derecho establecido por la constitución de 1991, como es el acceso a la justicia independiente e imparcial regida por el debido proceso.

¹² Carta de HRW al Presidente Santos de noviembre de 2011 y Revista Semana del 17 de julio de 2011.

¹³ El Tiempo, 18 de diciembre de 2011: *¿Partimos de la base de que hoy nuestras Fuerzas Militares no tienen seguridad jurídica? Con el paso del tiempo se ha ido generando una confusión. Por eso designamos una comisión de primer nivel para que nos asesorara en los pasos que debemos seguir para reconstruir esa seguridad jurídica.*