

EL FUERO MILITAR

Conferencia dictada por el Doctor
RODOLFO GARCIA ORDOÑEZ

Parece conveniente, a manera de aproximación al tema, hacer una breve exposición acerca de la noción de jurisdicción, toda vez que al rededor de ella gira la cuestión de los fueros, llegando aún a ser equivalentes los dos vocablos. Desde luego, sin pretender agotar la materia, pues uno solo de los diversos enfoques desarrollados sería suficiente para un seminario especializado, y nuestro propósito es precisar el tratamiento especial que se da a la jurisdicción en el concepto de fuero militar.

Digamos, entonces, en un somero recuento histórico que el origen del término se encuentra en el derecho romano, me estoy refiriendo al de jurisdicción en donde su carácter esencial está dado por el agente que ejerce la jurisdicción y por la forma como ésta es ejercida. En aquel entonces, bajo el sistema de las XII tablas, caracterizado por la gran solemnidad de las fórmulas, cuya omisión traía aparejada la pérdida del pleito, aparece el proceso "per legis actionem" que, entendiendo por jurisdicción la facultad de administrar justicia, atribuida a ciertos funcionarios, da origen a la palabra, como deducción de la actividad del funcionario, que indicaba o decía el derecho, y de las expresiones: "do, dico, addico", por medio de las cuales se resolvía la controversia entre las partes, se formó así la voz "iurisdictio".

Claro que, los tratadistas al abordar el estudio del asunto plantean varias vías para su comprensión, según consideren más sobresaliente uno de los aspectos contenidos en la comprensión del concepto. De este modo, hay quienes consideran que los elementos constitutivos de la jurisdicción se encuentran en su naturaleza intrínseca; otros en el fin u objeto que persigue; o en una combinación según la cual, como la jurisdicción sólo puede entenderse con relación a la norma jurídica, su función consistiría en garantizar la vigencia de los ordenamientos legales, señalando cómo debe actuar el Estado para lograr ese propósito. También se sostiene por algunos que la característica de la función jurisdiccional es la sustitución de la actividad pública a la actividad ajena; y con distinto punto de vista, sería el medio para resolver un conflicto de intereses.

Entre nosotros el doctor Hernando Devis Echandía anota "que es condición de toda sociedad civilizada que su administración de justicia se halle a cargo de funcionarios públicos y no en poder de los propios interesados o agraviados, y que no es propio de los particulares la función más general de declarar y realizar el derecho. Así mismo, en sentido estricto, agrega, por jurisdicción se entiende la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia dijo al respecto que "el ejercicio de las actividades relativas a la administración de justicia presupone en quienes la ejecutan —funcionarios de la rama jurisdiccional— la reunión de los atributos de jurisdicción y competencia. La primera, es la facultad que tienen dichos funcionarios para administrar justicia de acuerdo con la Constitución y leyes de la República, y la segunda, es la facultad que tiene el juez o tribunal para conocer o fallar sobre determinado negocio en particular, bien sea por razón del hecho, del lugar, o de la persona; y todo ejercicio de funciones jurisdiccionales sin el lleno de estos requisitos, constituye un exceso, abuso o extralimitación de funciones". Siguiendo este lineamiento, se ha aceptado doctrinariamente que "la jurisdicción es una manifestación de la soberanía nacional que consiste en la facultad que tiene la República para administrar justicia de acuerdo con la Constitución y las leyes;

y la competencia, la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley en determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República; convirtiéndose así la competencia en la jurisdicción en concreto”.

Queda entonces, claro que el juez al ejercer la competencia, expresamente asignada por la ley, está ejecutando el poder jurisdiccional que representa la soberanía nacional, titular de la facultad de administrar justicia.

Ahora bien, para cumplir con esa función soberana de asegurar la convivencia social por medio de la aplicación de la norma jurídica y a través de los jueces, la ley ha organizado ese concepto abstracto y general de jurisdicción, definido como la facultad de administrar justicia, atendiendo las materias sobre las cuales deben versar los pronunciamientos. Surge, así, la jurisdicción común, como aquella que abarca el trámite de cualquier asunto jurídico tocante con intereses particulares, subdividida, entre otras razones por su extensión, en civil, penal y laboral; jurisdicción esta que se ejerce en Colombia, de acuerdo con las reglamentaciones legales pertinentes a cada tema, por los siguientes jueces y tribunales ordinarios: Corte Suprema de Justicia; Tribunales Superiores de distrito judicial; jueces penales superiores; jueces de circuito; y jueces municipales: penales, civiles y laborales; y al lado aparecen las jurisdicciones especiales, como son la contencioso-administrativa, la eclesiástica, la de aduanas y la penal militar, a las que se reservan ciertos casos, fundamentalmente, en consideración al carácter de las personas involucradas. Esta pluralidad de vías para administrar justicia dio nacimiento al Tribunal Disciplinario creado, además de otras funciones, para resolver los conflictos de competencias que se susciten entre las distintas jurisdicciones reseñadas.

La noción de jurisdicción especial aparejó la de fuero, con la cual se confunde, en una de las múltiples acepciones que a este último concepto se dan. En efecto, desde el concepto de fuero interno, usado para señalar una forma individual de conducta, pasando por el criterio de compilación de normas, como sucede con el Fuero Juzgo, se llega al significado de potestad de juzgar. Pero también, resulta oportuno recordar que en la edad media los fueros representaron los privilegios que los

reyes y señores otorgaban a sus vasallos, para puntualizar que, en todo caso, gravita sobre el término una nota de excepción o exclusividad que acaba por identificarlo plénamente. De esta suerte, por fuero acabamos entendiendo hoy tanto la simple autorización que la ley da a los jueces para rendir testimonio por certificación jurada, como todo el procedimiento que para el juzgamiento debe aplicarse a determinados casos o personas, y aun la exclusión absoluta de la intervención de la jurisdicción nacional, en los casos de los agentes diplomáticos extranjeros y de la alta jerarquía eclesiástica, en el primero, de acuerdo con la convención de Viena sobre el particular, se inhibe de actuar por considerar inviolable la persona del agente diplomático, y en el segundo, por disposición del Concordato y la Ley 20 de 1974, entrega a la sede romana el juzgamiento de los obispos y mayores dignidades de la iglesia católica.

Dentro de este criterio, de establecer procedimientos especiales en consideración al asunto que se trate, nuestra Constitución Nacional, en su artículo 170, creó, desde 1886, pues no ha sido alterado el texto en forma alguna con el decurso del tiempo, el conocido fuero militar al disponer que "De los delitos cometidos por los militares 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", fuero del cual gozó la Policía Nacional, mientras fue considerada el cuarto cuerpo del ejército, para recibir después uno especial distinto, aunque de muy similares características consignado en el artículo 8º del decreto 2347 de 1971.

Desde luego que el fuero militar no aparece en el artículo 170 de la Carta, dentro del Título XVI, relativo a la Fuerza Pública, como una expresión aislada de la voluntad del constituyente. A él se llegó a través de una serie de normas anteriores que contienen la filosofía de su creación. Desde un punto de vista general, el artículo 20, de la Constitución al señalar que los funcionarios públicos son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y las leyes, como los particulares, y además por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas, sentó los presupuestos de una reglamentación propia para ellos, que respecto de los militares se fue perfilando con caracteres más específicos, a partir

del artículo 21 siguiente, cuando se les exceptuó de la disposición que atribuye responsabilidad a cualquier persona por infracción de un precepto constitucional en detrimento de alguien, aun cuando hubiere mediado mandato superior, para hacer recaer esa responsabilidad "únicamente en el superior que da la orden".

Así las cosas y como quiera que siguiendo lo preceptuado en los artículos 26 y 28 de la misma Carta Fundamental, nadie puede ser juzgado ni penado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, el Código de Justicia Penal Militar se explica por la necesidad de regular aquella responsabilidad del superior, relativa a las faltas que sus subordinados cometan como consecuencia de la ejecución de sus órdenes, y así mismo de la facultad otorgada por el artículo 27 a los jefes militares para, como excepción a la norma anterior, "imponer penas in continenti, para contener una insubordinación o motín militar o para mantener el orden hallándose enfrente del enemigo"; además, el artículo 151, ya había establecido un fuero para los comandantes o generales en jefe de las fuerzas nacionales, al otorgar su juzgamiento, "por motivos de responsabilidad por infracciones de la constitución o las leyes, o por mal desempeño de sus funciones", a la Corte Suprema de Justicia.

Desde el enfoque puramente constitucional estas son las razones que justifica la existencia de un fuero militar y estas igualmente las que explican el enunciado del artículo correspondiente, según el cual los militares pasan a ser juzgados por tribunales militares o cortes marciales por delitos cometidos "en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

Se tiene, en esta forma, que los militares en servicio activo gozan de un fuero especial de juzgamiento, cuando cometen delitos "en relación con el mismo servicio", y que, precisando los límites de la relación entre el presunto hecho punible y el servicio, se aclaran los alcances del fuero. Así, penetrando el sentido del enunciado se llega a puntualizar que "el mismo servicio", al cual se hace referencia en la disposición constitucio-

nal, no es otro que el establecido en el artículo 166 de la misma Carta que, al crear un ejército permanente para la defensa Nacional, le dio a sus integrantes la misión también permanente de defenderla.

Por manera que si la actividad militar, o dicho de otro modo el servicio militar activo, es la permanente defensa de la nación, todos los individuos adscritos a las fuerzas militares están de continuo, con excepción de licencias, franquicias o desvinculaciones ocasionales establecidas en los reglamentos, sirviendo los intereses de la defensa nacional y por lo tanto cualquier acto delictuoso que cometan, concerniente a esa situación, que involucra toda la organización militar, y sus ejecutorias, tendientes a la defensa nacional, estará cobijado por ese fuero especial de juzgamiento, instituido por el artículo 170 de la Constitución Nacional. Ninguna duda cabe, a la luz de las disposiciones estudiadas, que si el delito, de que se sindicó a un militar en servicio, está claramente vinculado con su actividad oficial, el juzgamiento pertinente corresponde a la justicia penal militar. "Contrario sensu" es delito común, de competencia de la jurisdicción ordinaria, todo hecho descrito en la ley penal colombiana, que no tenga concernencia con la actividad militar, o dicho de otro modo, que obedezca exclusivamente a nexos particulares o privados del agente activo de la infracción, así sea éste un militar; salvo que el país atravesase un momento de turbación del orden público, en cuyo caso entran en vigor las disposiciones de excepción, regidas por el artículo 121 de la Constitución, como es el caso del artículo 308.2 del Código de Justicia Penal Militar que, siendo aplicable en caso de guerra, turbación del orden público o conmoción interior, otorga a la jurisdicción militar, mientras se prolongue la anormalidad jurídica, competencia para asumir el conocimiento de toda clase de delitos, cometidos por militares en servicio activo o personal civil al servicio de las fuerzas armadas.

Y aquí, es preciso anotar que, el artículo 308.2 del Código de Justicia Penal Militar impone un nuevo enfoque del fuero, pues como ha quedado establecido, en concordancia con el artículo 170 de la Constitución, los militares son justiciables por los tribunales castrenses, cuando el delito por el cual se pro-

ceda tenga relación con el servicio, mientras la norma en cuestión amplía el ámbito de competencia a la jurisdicción militar en forma evidente, a todos los delitos establecidos en las leyes penales comunes y a los civiles que se encuentran al servicio de las fuerzas armadas.

Lo primero que asalta la mente de una persona preocupada por las disciplinas jurídicas, ante esta disposición, es pensar en la inconstitucionalidad del artículo 308.2 del Código de Justicia Penal Militar, por la indudable ampliación que le da a los presupuestos del fuero militar; ya que ser sólo aplicable, por mandato constitucional, a militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, pasó por virtud del nuevo texto a cubrir todo tipo de delitos y aun al personal civil al servicio de las fuerzas armadas.

En efecto, el artículo 215 de la Carta consagró el principio conocido como excepción de inconstitucionalidad, según el cual "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Y en este punto analizada la contradicción no se remite a dudas.

Sin embargo, al estudiar detenidamente la norma se observa que su espíritu no está dirigido a sustituir de manera permanente el artículo 170 de la Constitución, sino a incrementar transitoriamente su espectro, cuando circunstancias extraordinarias requieren de las fuerzas armadas o que tomen la dirección de una situación concreta o que amplíen su radio de acción hacia actividades distintas a las que naturalmente les corresponden.

De este modo, se entiende que la sustitución del artículo 170 de la Constitución por el 308.2 del Código de Justicia Penal Militar está regida por la premisa, de ésta última norma, que reza "en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior", y aparece claro también que su constitucionalidad se respalda en el artículo 121 de la Carta cuya finalidad es precisamente dar al Presidente de la República, dentro del estado de derecho, poderes excepcionales para conjurar, preservando las instituciones, cualquier conato

contra el orden público. Así comprendió la Corte Suprema de Justicia, a quien le está confiada la guarda de la integridad de la Constitución, el problema, cuando al pronunciarse al respecto señaló:

"El ordinal 2º (del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar) es exequible, ya que se trata de delitos cometidos en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público, por militares en servicio activo o por civiles que estén al servicio de las fuerzas armadas y aquí agregaba algo que resulta para el caso, de la mayor importancia; "Son tres situaciones de emergencia que se rigen por estatutos legales de excepción, de conformidad con el artículo 121 de la Constitución".

Así las cosas, puede decirse que en Colombia existen dos fueros militares: uno ordinario aplicable en tiempo de normalidad jurídica, consignado en el artículo 170 de la Constitución Nacional, y otro extraordinario, establecido por el artículo 308.2 del Código de Justicia Penal Militar.

Con todo, el asunto no queda agotado con este planteamiento, porque debe precisarse que si la legislación de emergencia deja de regir, por mandato del mismo artículo 121 de la Constitución que le da vida, inmediatamente se restablezca el orden público, también el artículo 308.2 del Código de Justicia Penal Militar, cuyas consideraciones atañen, de acuerdo con la Corte, a situaciones de emergencia amparadas por el estado de sitio, queda sin vigencia; y como es natural al no poderse aplicar la norma, tampoco es posible seguir tramitando los procesos iniciados bajo su imperio, cuya justificación y fundamento jurídicos dependen de ella.

Pero no por eso se entra en una situación de incertidumbre a cerca del tratamiento que debe darse a los diligenciamientos ya iniciados, atinentes a los delitos comunes cometidos por militares o por personal civil al servicio de las fuerzas armadas. Al desaparecer el estado de sitio, decretado con base en el artículo 121 de la Constitución, recobra el país su plena normalidad jurídica y todas las normas suspendidas transito-

riamente entran inmediatamente en pleno vigor. Entonces, como el problema que surge es de tipo procedimental, ya que consiste en saber en qué forma ha de proseguirse una actuación adelantada, por delitos comunes contra militares o personal civil al servicio de las fuerzas armadas, bajo la égida del artículo 308.2 del Código de Justicia Penal Militar, se recurre a las disposiciones que reglamentan el tránsito de una ley a otra y se encuentra el artículo 40 de la ley 153 de 1887 para salvar el impase.

Se advierte así que la disposición establece:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

De conformidad con este enunciado y la parte pertinente del artículo 6 del Código de Procedimiento Penal, la ley “que fige la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir”.

Es irrefutable de esta suerte, el criterio, según el cual recobrada la normalidad jurídica para el país, los procesos de competencia de la justicia ordinaria deben pasar sin demora a sus jueces naturales, y entre ellos obviamente los que se sigan contra militares y personal civil al servicio de las fuerzas armadas, por delitos comunes, pues la competencia de la justicia Penal Militar cesa para estos asuntos, en cuanto deja de tener aplicación la norma que se la otorga.

Respecto de los miembros de la Policía Nacional, como ya se dijo, opera también un fuero especial consagrado en el artículo 8º del decreto 2347 de 1971 que, si bien en sus lineamientos generales es similar al militar, presenta diferencias substanciales, pues al no ser considerado este cuerpo como parte de las fuerzas armadas, se asume que el tratamiento es-

pecial que se le concede está informado por principios distintos y, por lo tanto, que sus alcances son igualmente diferentes.

La característica de no ser la Policía Nacional un cuerpo militar conduce lógicamente a que el artículo 308.2 del Código de Justicia Penal Militar no le sea aplicable, pues se ha puntualizado con exceso que esta disposición ampara específicamente a los militares en servicio activo y al personal civil adscrito a las Fuerzas Armadas. De igual modo, como el servicio de la Policía se rige por órdenes concretas que dan a sus integrantes la condición de estar cumpliendo la actividad oficial, su fuero se refiere en forma más precisa a esa situación, con el propósito de no permitir equívocos respecto de que únicamente cuando están prestando, de acuerdo con el reglamento, sus funciones y delinquen, son justificables por la jurisdicción penal militar; a no ser que el supuesto delito haya sido producto del desarrollo de funciones inherentes al cargo, en cuyo evento también los cubre el fuero.

La circunstancia de que la Policía preste sus servicios en forma de tareas que se cumplen durante lapsos determinados, impone que el fuero, concedido a los integrantes de la institución, se concrete a esta situación con el fin de que sea únicamente el tiempo dedicado a las labores oficiales el que quede cobijado por el tratamiento especial; tratando siempre de separar los períodos de servicio de aquéllos en los que los policiales tienen un simple carácter de ciudadanos particulares. Con respecto del ejército tal precisión no es fundamental, debido a que sus unidades se encuentran por definición constitucional permanentemente de servicio, bastando entonces la exigencia de que el hecho punible, por el cual se vaya a juzgar, tenga relación con el servicio, sin necesidad de entrar a particularizar, en cada caso, como ocurre con la policía, si el sujeto de la acción penal se encontraba o no ejerciendo funciones, porque, se repite, mientras el soldado sirve durante las veinticuatro horas, el agente de la policía sólo lo hace por espacios de limitados.

Lo anterior lleva a puntualizar que el fuero presupone la existencia de dos circunstancias básicas: el servicio, que no es necesario probar en tratándose de militares activos, y de la

infracción imputada con la actividad oficial, que en cualquier caso puede ser por causa del servicio, con ocasión del servicio o a consecuencia de funciones inherentes al cargo.

Pero conviene mirar más de cerca la evolución del fuero de la Policía Nacional. Es indiscutible que el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar hizo extensivo el fuero militar a las fuerzas de policía, al disponer que el término militar o militares les fuera aplicado para efectos de los ordenamientos de esa codificación; y también es cierto que el decreto 1665 de 1965 dispuso el equívoco producido por la vigencia del decreto 1705 de 1960, al ordenar que a pesar de lo dispuesto por el artículo 40 de esta norma, los miembros de la Policía Nacional seguirían siendo juzgados por la Justicia Penal Militar. Sin embargo, toda esta legislación quedó atrás a medida que fué perfilándose con claridad la naturaleza funcional de la Policía, cuya índole había sido distorsionada por el decreto 1814 de 1953 que la convirtió en el cuarto cuerpo del ejército.

En efecto con posterioridad al decreto 1665 de 1965, se dictó el 1667 de 1966, orgánico de la Policía Nacional, en el cual se estableció que la Institución "es un cuerpo armado, eminentemente técnico, de personal jerarquizado que hace parte de la fuerza pública con régimen y disciplina especiales", orientación que vino a concretarse en forma nítida en los decretos 1355 de 1970, Código Nacional de Policía, y 2347 de 1971, última organización de la entidad, definiéndose en el primero como civiles los cuerpos de policía, por la naturaleza de sus funciones, y señalando el segundo, el régimen especial de juzgamiento que les correspondía; gracias al cual sus miembros tienen derecho a la jurisdicción militar, cuando los delitos que cometan estén referidos al servicio y a las funciones inherentes a su cargo.

Es incontrastable, por tanto, que con posterioridad al decreto 1814 de 1953, que hacía de la Policía el cuarto cuerpo del ejército, la situación se vino modificando hasta llegar a la afirmación rotunda de que la institución es un organismo civil por la naturaleza de sus funciones, lo cual le quitó al mismo tiempo tanto la característica de pertenecer a las fuerzas militares, como el tratamiento que por tal virtud le otorgaba el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar.

De todos modos, en defensa de un régimen especial que atendiera el criterio del cuerpo armado que hace parte de la fuerza pública, apareció el artículo 8º del decreto 2347 de 1971, que concedió un fuero especial de juzgamiento, a una entidad de características civiles, según el cual "los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional que, con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar"; quedando, entonces, claro que si el artículo 308.2 del Código de Justicia Penal Militar establece un tratamiento especial para los militares en tiempo de turbación del orden público, éste no es aplicable a los miembros de la policía nacional por cuanto ellos no son militares de acuerdo con la definición expresa del Código Nacional de Policía, y además tienen un estatuto especial.

En síntesis los agentes de la Policía Nacional solamente comparecen ante los tribunales castrenses, así en época de normalidad como en estado de sitio o de turbación del orden público, cuando cometan delitos por causas del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes a su cargo, y en los demás casos la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Así pues, el artículo 8º del decreto 2347 de 1971 es la norma que señala taxativamente y en forma excluyente los casos en que los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional "serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar".

Los tres elementos que conforman el fuero de la Policía Nacional fueron explicados por el Consejo Superior de la Judicatura, desaparecido al caer la reforma Constitucional de 1979 de la siguiente manera.

"Atrás se dijo que el decreto 2347 establece el fuero para el juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la Policía Nacional en uno cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Por causa del servicio;
- b) Con ocasión del mismo;
- c) En ejercicio de funciones inherentes a su cargo.

El primero se da cuando el ilícito aparece como consecuencia directa o inmediata de la prestación del servicio por el agente, es decir, que el hecho se produce como resultado del normal desempeño de la tarea policiva.

Se incurre en la conducta antijurídica con ocasión del servicio cuando el cumplimiento de este se presenta como la circunstancia favorable para el desarrollo o el acaecimiento de aquella, o dicho de otra manera, cuando la prestación del servicio brindó la oportunidad, de modo, tiempo o lugar, para que se pudiera ejecutar el hecho punible.

Por último, el delito se comete en ejercicio de las funciones inherentes al cargo, cuando se revela como la expresión de las obligaciones ajenas a la condición de oficial del agente”.

Sólo restaría, para finalizar, señalar que también en relación con el fuero de la policía nacional existe una excepción, de conformidad con la Ley 2º de 1977, ya que allí se dispone que las personas vinculadas a la policía nacional con el propósito de prestar el servicio militar obligatorio, en calidad de agentes auxiliares de la policía nacional “quedarán sometidos a las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar”.