
JAIME CUBIDES CÁRDENAS. Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista y magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las Ciencias Jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y magíster en Derecho de la misma institución. Estudiante de doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente de la Facultad de Relaciones Internacionales de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”. jaimecubides@gmail.com.

PAOLA ALEXANDRA SIERRA ZAMORA. Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Auxiliar de investigación vinculada al Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia, España. Doctorado (en curso) en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la institución. paolasierra92@gmail.com.

MARÍA DOLORES NÚÑEZ ÁVILA. Estudiante de doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia, España, Magíster en Derechos Humanos, magíster en Derecho de la Empresa con Asesoría Mercantil, Laboral y Fiscal. Abogada. Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

Capítulo resultado del proyecto de investigación “Justicia multinivel y aplicabilidad del control de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los Derechos Humanos dentro de la Fuerza Pública colombiana”, que forma parte de la línea de investigación “Equidad de género, seguridad y defensa”, del Grupo de Investigación en Ciencias Militares, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”. En colaboración con la Universidad de Valencia-España.

Jaime Cubides Cárdenas
Paola Alexandra Sierra Zamora
María Dolores Núñez Ávila

CAPÍTULO III

El Fuero Militar en el derecho colombiano vs el derecho ecuatoriano

RESUMEN

El presente capítulo hace un estudio comparativo entre las principales características de la aplicación del Fuero Militar en Colombia y en Ecuador, por cuanto existen diferentes ámbitos jurisdiccionales en los dos países en relación con las condiciones y límites del Fuero Militar debido a las condiciones específicas de cada escenario. El objetivo de este análisis es exponer la legitimidad del Fuero Militar y el respeto hacia los Derechos Humanos. Para tal fin, los ejes temáticos del presente capítulo son: i) caso del Estado colombiano y ii) caso del Estado de Ecuador. En las conclusiones se demuestra la relevancia que tiene la existencia del Fuero Militar en ambos países, así como su relación con la protección y el respeto de los Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE

Colombia; Derechos Humanos; Estado de Ecuador; Fuero Militar; jurisdicción.

ABSTRACT

The present chapter establishes a comparative study between the principal characteristics of the application of the Military Jurisdiction in the countries of Colombia and Ecuador, this, because there are different jurisdictional areas exist related to the conditions and limits, due to the difference of scenes in which it appears; all this with the intention of exposing the legitimacy of the Military Jurisdiction and the respect towards the Human Rights. For such an end, the thematic axes of the present chapter are: i) case of the Colombian State, ii) case of the Ecuador State, demonstrating in the conclusions the relevancy of the existence of the Military Jurisdiction in both countries related to the protection and the respect of Human Rights.

KEYWORDS

Colombia; Ecuador State; Human Rights; jurisdiction; Military Jurisdiction.

Introducción

El Fuero Penal Militar (FPM) existe en la mayor parte de los Estados, pero sus ámbitos jurisdiccionales han sido limitados y modificados. Esto obedece al cambio de las condiciones en las que se lleva a cabo la guerra, las condiciones primordiales de los principios del derecho penal en general y del ámbito de aplicación de la norma jurídica. Se sabe que algunos Estados solo activan este fuero en situación de guerra, otros lo han eliminado, y todas las conductas caen en la órbita de una jurisdicción única para civiles y militares. También se ha morigerado la dureza de las penas típicas de la justicia castrense en el pasado (Borrero, 2010). Por esto, al examinar las causas más comunes del conflicto entre las jurisdicciones civil y militar, aparece siempre un elemento común entre ambas, que es el criterio para establecer el alcance de la jurisdicción y el carácter de los delitos que recaen en cada campo, según corresponda (Cermeño, 2004, pp. 8-9).

En el tema de los conflictos armados internos, y más tratándose del caso colombiano, debe hacerse una diferenciación de jurisdicciones según la causalidad de los delitos. En efecto, esto complica la posibilidad de establecer tanto la utilidad de una Justicia Penal Militar (JusPM), como la razón de sus áreas de competencia. Es cierto que una fuerza militar en guerra necesita del fuero, según la naturaleza de los delitos militares, y de las modalidades de otros cometidos en situaciones exclusivas dadas en el ámbito militar. Por esta razón, prevalece la importancia de ser juzgados por especialistas que conozcan las circunstancias de la vida castrense, las vicisitudes del combate, la organización y la cultura de sus instituciones. Lo anterior no implica que deban adelantarse juicios en donde no prevalezca el debido proceso penal, tanto de la parte acusada, como de la otra parte acusatoria. Y mucho menos, que se convierta en una especie de *juego de la ruleta* por ser alguien miembro activo de las Fuerzas Armadas o de la Policía.

El presente estudio parte del caso colombiano, haciendo un especial recorrido por la Jurisdicción Penal Militar (JPM), su funcionamiento, su reforma más actual, sus implicaciones tanto para la normatividad del Estado colombiano como para el nivel jurídico internacional. Posteriormente, se analizarán los factores constitucionales y legales respecto del fuero dentro del Estado de Ecuador, realizando dicho estudio en atención a los antecedentes constitucionales del fuero militar. De la misma manera, se darán precisiones de lo que representa el FPM, para poder establecer su relevancia constitucional en el Estado de Ecuador. Desde este enfoque, se hará un recuento descriptivo de la normatividad ecuatoriana en lo relativo al FPM. Esto tiene la finalidad de establecer los alcances y la relevancia del FPM enmarcado dentro del respeto hacia los Derechos Humanos (DDHH).

Caso del Estado colombiano

La administración de justicia colombiana tiene un papel valioso en cuanto a la garantía y protección de los DDHH, con la existencia de un poder judicial independiente e imparcial y garante del debido proceso (Cortés, 2016, p. 5), que debe llevarse a cabo ante la autoridad especial competente para este tipo de casos. Como bien lo afirma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), referencia citada también por la Organización de los Estados Americanos (OEA, 1983), la efectiva independencia del poder judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los DDHH en general (Andreu, 2003, p. 7). Desde este punto de vista, se da especial importancia a los instrumentos jurídicos de protección internacional sobre DDHH (trátese universal o regionalmente) y a la existencia de Tribunales independientes e imparciales esenciales para llevar a cabo un debido proceso judicial, y así culminar en la esfera de acción que corresponde a la administración de JusPM.

A decir verdad, sobre el tema se han hecho innumerables intervenciones por la situación del conflicto armado interno que ha atravesado Colombia a lo largo de casi más de cincuenta años. Pero, con la última reforma al Código Penal Militar (CPM) y el último proceso de paz, se intenta que el panorama nacional, regional e internacional cambie. En este estudio se pretende evidenciar la importancia de la imparcialidad que se tiene en las jurisdicciones especiales para el juzgamiento de los casos en donde se vean afectados miembros de la Fuerza Pública u oficiales del cuerpo de Policía.

Las funciones constitucionales otorgadas a los miembros de las Fuerzas Militares para la defensa del orden institucional deben procurar la estabilidad y la conservación de la armonía necesaria entre el conjunto de las instituciones públicas (de las cuales depende la supervivencia del conglomerado social) y las privadas, para mantener y respaldar la independencia e imparcialidad de los tribunales especializados. Asimismo, para garantizar la existencia propia del Estado, para lo cual se requiere el uso legítimo de la fuerza dentro de los límites legales por los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (CorCC, Sentencia C-251, 2002). En el mismo sentido, en la actualidad existe la Ley 1765 de 2015¹, por la

¹ Para tener de presente que se articula el sistema de juzgamiento para mitigar la inseguridad jurídica evidenciada en la anterior reforma. Esto, de alguna manera, da cabida para que las garantías procesales sobre los procesos judiciales en donde se vean inculcados miembros de la Fuerza Pública y de la Policía se valoricen desde una forma mucho más apática y se encuentre la verdadera imparcialidad y los diferidos límites procesales para con este tipo de casos. Así, la Ley 1765 de 2015 se crea para reestructurar la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y

cual se implementa al sistema judicial especial del FPM, mediante el cual se creó una Fiscalía General Penal Militar, como figura novedosa, para el debido procesamiento de los integrantes que se vean afectados o llamados a indagatoria en juicios penales-militares. De este modo, el Gobierno colombiano se compromete a que la función constitucional que tienen los oficiales, suboficiales y soldados colombianos se circunscriba a garantizar el adecuado funcionamiento del sistema institucional del Estado.

En efecto, existe en el ordenamiento jurídico colombiano la JPM (Ley 1407, 2010, art. 199), que orgánicamente no integra la rama judicial, pero que sí administra justicia en los términos del artículo 228 de la Constitución Política colombiana, de forma autónoma, independiente y especializada (CorCC, Sentencia C-1149, 2001). Sin duda, el derecho de defensa por parte de los miembros de la Fuerza Pública está consagrado como un derecho fundamental en la Constitución Política. Esto ha infundido validez procesal a las normas rectoras para que el ordenamiento jurídico punitivo y sancionatorio sea reconocido formalmente en las acciones que reprochan el actuar de los servidores del Estado, al llevar al ámbito de aplicación su conocimiento real del adecuado ejercicio del derecho de defensa. Así lo entiende Salazar (2015), al expresar que

[c]onforme las Observaciones a los Proyectos de Acto Legislativo No. 010 y 022 de 2014 de Senado, dichos documentos legislativos contienen disposiciones idénticas a las ya declaradas inexequibles (Acto Legislativo 02, 2012, arts. 3-4), que contrarían el ordenamiento jurídico nacional e internacional, pues vulneran principios constitucionales como la independencia del poder judicial, juez natural e igualdad ante la ley dado que la Justicia Penal Militar es una dependencia administrativa adscrita al poder Ejecutivo que asumiría funciones del poder judicial en materias no previstas en la Constitución. (p. 17)

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) ha señalado que

los criterios para investigar y juzgar violaciones de Derechos Humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido. La Corte reitera: [...] que la garantía del juez natural debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), cual es la eficaz protección de la persona humana. (CorIDH, Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia, párr. 244)

Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.

Pese a lo anterior, la justicia ordinaria ha proferido varias decisiones que han permitido avanzar en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades en casos de graves violaciones de los DDHH, realizadas en el marco de operaciones militares en las que estuvieron vinculados integrantes de la Fuerza Pública. Así, la Corte Suprema de Justicia (CorSJ), en la consideración de un caso de delito de desaparición forzada de personas en una operación militar, menciona que

encuentra la Colegiatura que en este asunto sí se cometió el delito de desaparición forzada de personas, el cual inició el 4 de marzo de 2008 cuando un reclutador consiguió mediante engaño, y desde luego, coartando la libertad de Daniel Andrés Pesca Olaya y Eduardo Garzón Páez, que se trasladaran de Bogotá a Cimitarra, ciudad que no conocían, lugar en el cual fueron entregados a miembros del Batallón Rafael Reyes, quienes luego de poner en marcha la Operación Táctica Marfil, ordenada por el Coronel Castro Pinto para conjurar el secuestro de una persona en la vereda El Brasil, los obligaron a colocarse sobre sus prendas civiles uniformes camuflados, les dispararon causándoles la muerte y los reportaron como NN dados de baja en combate. Dicho comportamiento cesó cuando el 28 de agosto de la misma anualidad los familiares de los occisos tuvieron noticia de su fallecimiento y del lugar en el cual se encontraban los cadáveres, a donde concurrieron a reconocerlos, sin que se trate de lo que sarcásticamente llaman los defensores “desaparición forzada de cadáveres”, pues como ya se dijo, es preciso tener en cuenta el criterio de la normativa internacional sobre el particular. (CorSJ, 2014, radicación núm. 40733)

En suma, contrario a las alegaciones de la defensa, encuentra la CorSJ que al actor no se le procesa por haber incumplido la doctrina militar y los manuales castrenses. Tampoco al sujeto activo se le condenó por no haber efectuado el ciclo de inteligencia o por irregularidades en torno a la verificación de la supuesta información recibida, pues precisamente, tan grotesco resulta ser el incumplimiento de exigencias mínimas en un procedimiento como el que se dice se desarrolló mediante la mencionada Operación Táctica Marfil. Esto permite colegir que se tenía conocimiento pleno del irregular proceder que, disfrazado de legalidad, se adelantaría. Es decir, su intervención tiene lugar como coautores de los delitos de desaparición forzada, homicidio agravado y peculado por apropiación, correspondiéndoles el rol de disfrazar de legitimidad la ilegal operación (CorSJ, 2014, radicación núm. 40733).

Conforme a la sentencia mencionada previamente, y lo afirmado a la vez por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en las Observaciones a los Proyectos de Acto Legislativo N.º 010 y 022 de 2014, la existencia de una orden de operaciones no debe erigirse como causal eximente de responsabilidad, con la presunción de legalidad del acto

administrativo. Pues ello le permitiría a los implicados evadir el control de las autoridades de la justicia ordinaria.

Ahora bien, el Consejo de Estado colombiano (CE) asevera que el Tribunal Constitucional ha indicado que la relación con el servicio se rompe cuando los delitos son cometidos en ejercicio de la función constitucional, pero adquieren una gravedad inusitada, señalando además que los límites al FPM constituyen una garantía judicial efectiva para las víctimas. Así, la noción de relación con el servicio del integrante de la Fuerza Pública excluye tres eventos en los cuales la JusPM en ninguna circunstancia tiene competencia. El CE (2014) las menciona así:

(i) Si no hay un vínculo “próximo y directo” entre el delito y el servicio; (ii) si el delito es de tal gravedad que *ipso jure* se rompe el vínculo con el servicio, y (iii) si hay duda sobre cualquiera de estos elementos, en todos los casos será competente la justicia ordinaria. (párr. 13,5)

La noción de acto relacionado con el servicio, según la normativa interna, será ajena a este y no puede ser conocido en ningún caso por la JusPM cuando los miembros de la Fuerza Pública incurran en violaciones graves a los DDHH e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH). Ante su ocurrencia,

no es menester establecer el nexo funcional con el servicio, toda vez que se trata de una infracción al DIH y conductas reprochables como lo son los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, el desplazamiento forzado, las violaciones y abusos sexuales, actos de terror contra la población civil y el reclutamiento de menores, entre otras. Por lo tanto, serán competencia de la justicia penal ordinaria que se encargará de investigar y juzgar a sus presuntos responsables, pues estas conductas nunca podrán tener nexo alguno con los deberes y las funciones asignadas por la norma superior a la Fuerza Pública. (CE, Sentencia de unificación, 2014)

En tal sentido, en un comunicado expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) del 5 de enero de 2013, sus integrantes expresaron su preocupación por el grave retroceso que, en materia de DDHH, significa la reforma constitucional por la cual se modifican los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política colombiana, y cuyo fin era ampliar el alcance de la JPM, toda vez que las disposiciones incluidas dentro del Acto Legislativo 02 de 2012 son incompatibles con lo estipulado por la Comisión Americana de Derechos Humanos (CADH); además de contener disposiciones ambiguas que estarían supeditadas a la expedición de una ley estatutaria posterior, lo cual, en su sentir, generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. A este respecto, la CorIDH (2006) asevera que

[e]n un Estado democrático de derecho la jurisdicción militar ha de tener un alcance restrictivo excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones que la ley asigna a las Fuerzas Militares, por lo que solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. (CorIDH, 2006, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 131)

Lo que realmente preocupa a la ComIDH es que la reforma constitucional parece sugerir que el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) son cuerpos legales mutuamente excluyentes (“Observaciones preliminares de la CIDH sobre la visita *in loco* a Colombia”, 2012, párr. 26). En este orden de ideas, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-533, ha afirmado que

[l]a justicia penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general por lo que su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva. Así, un delito tendrá relación con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor, es decir, del servicio que ha sido asignado por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública, por lo que cabe recordar las precisiones hechas por la Corte acerca del ámbito del fuero penal militar: a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado; b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública; c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. (CorCC, Sentencia C-533, 2008)

Esto significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción². Ahora bien, una vez decla-

2 “En la fachada de la Operación Andrómeda no se aplicó el principio del secreto, establecido por la inteligencia militar para este tipo de actividades. No se realizó un detallado estudio de seguridad del personal

rado inconstitucional el Acto Legislativo 02 de 2012, mediante Sentencia C-740 de 2013 se intenta de nuevo la reforma al FPM mediante un nuevo texto: el Proyecto de Acto Legislativo 022 de 2014, que en su exposición de motivos sostiene que

[e]n ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales”, proyecto que fue aprobado en días pasados por parte de la Cámara de Representantes, aunque durante la discusión, el representante a la Cámara por el Polo Democrático, Alirio Uribe, anunció que asistirá a la Corte Constitucional a demandar esta reforma, pues considera que es un proyecto “inconstitucional” y que desconoce la “aplicación del Derecho Internacional Humanitario” (Proyecto de Acto Legislativo 022, 2015, párr. 5).

Las críticas constantes hacen que todavía no se encuentre definido el papel que tendrán los miembros de la Fuerza Pública en un escenario de posconflicto³, lo cual claramente consagra la inseguridad jurídica no solo en el desarrollo actual de sus funciones tuteladas por la Constitución Política, sino además las implicaciones futuras de los resultados del cumplimiento legítimo de las funciones encomendadas (Salazar, 2015, p. 32). Un tema que se desarrollará más adelante.

Un problema muy significativo de las contradicciones que existen del FPM en Colombia es que este se haya extendido a la Policía⁴. Pero el conflicto la obliga a tomar dispositivos militares en muchas ocasiones cuando combate a insurgentes o a delincuentes comunes organizados al modo militar y puede, entonces, verse en situaciones típicamente bélicas, que llevaron a extenderle la garantía institucional

para la selección de los agentes que integraron la operación”, reconoce la comisión en otro de los puntos. Si bien aclara que la fachada estaba amparada por la ley para realizar labores de inteligencia, acepta que debido a la falta de controles y al desorden algunos de sus integrantes se desviaron de su misión y terminaron relacionados a nivel individual en actividades ilegales. Sobre el caso del hacker Andrés Sepúlveda, el informe acepta que miembros de las Fuerzas Armadas terminaron por entregarle información confidencial. “Se presentaron errores de procedimiento y de seguridad con el manejo de la documentación clasificada y gestión documental, observándose falta de control y supervisión en la cadena de mando directa: grupo de atención humanitaria al desmovilizado, central de inteligencia técnica del Ejército Nacional y la seccional de Policía Judicial de la Policía Metropolitana de Bogotá”, afirma el documento. Por la entrega de información al hacker, que este utilizó para atacar el proceso de paz, en octubre del año pasado la Fiscalía ordenó capturar a un funcionario de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), a un cabo que formó parte de la fachada Andrómeda y a un patrullero de la Sijín de la Policía de Bogotá (Semana, 2015, párr. 4-5).

3 Véase Valencia (2016). De forma muy clara, se evidencia la transformación que está atravesando Colombia con su implementación del actual Acuerdo de Paz.

4 Cuerpo en el cual no tendría cabida por que el actuar de la policial se hace de responsabilidad individual y no colectiva. Además, es un cuerpo civil (Cortés. 2016, p. 30-38).

del FPM cuando combaten cuadrillas organizadas militarmente (Vladimir, 2013, pp. 259-265)⁵. Así, se define que no siempre deben actuar conforme a la situación militar que se les interponga en el camino, sino que deben hacerlo conforme a los postulados de supervivencia natural.

El tema es complejo en tanto dure el conflicto y la Policía no pueda sustraerse de este (Borrero, 2010, párr. 9). El problema sigue en el centro del debate. La justicia ordinaria tampoco ha demostrado ser alternativa clara (Cruz, 2016, p. 49). En muchos casos, se ha visto una ignorancia total de las características de la organización y de la acción militar. Los límites de la obediencia debida no se entienden y tampoco los elementos universales de la cultura militar (Sancinetti, 1987, pp. 262-274).

Se debe partir de la premisa según la cual en un Estado social de derecho las funciones militares y policivas están también sujetas al principio de legalidad, las acciones de sus miembros son legítimas siempre que se realicen conforme a la Constitución y a la ley (Álvarez & del Pilar, 2015, p. 4). Por esto tienen mayor relevancia las actuaciones contenidas en la CPM, al imponer deberes de acción y de abstención, excluyendo comportamientos reprochables que denotan desviación respecto de los objetivos o de los medios legítimos.

De este modo, se establece que la exigencia para la concreción del FPM, de que los comportamientos tengan relación directa con una legítima misión o tarea militar o policiva, “obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental” (CorCC, Sentencia C-358, 1997).

Ahora, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2015, que modificó el artículo 221 de la Constitución Política referente al FPM, algunos ciudadanos inconformes presentaron una demanda contra la Ley 1765 de 2015 y la Ley 1407 de 2010 por considerar que las normas mencionadas vulneran la Constitución, modifican sus ejes fundamentales y violentan los DDHH, por lo cual generan impunidad y amplían el FPM (Cortés, 2016, pp. 38). Frente a esto, la Corte Constitucional

[s]e pronunció declarando la exequibilidad de la norma, argumentando que la decisión no afecta ningún eje de la Constitución, tampoco vulnera los Derechos Humanos, por cuanto: es deber del Estado garantizar y proteger los Derechos Humanos, cuando en este recae la responsabilidad de investigar, juzgar y sancionar

⁵ Para más información, consulte Llano (2016). Aquí se describirá a la perfección y con interesantes aproximaciones de las distintas prácticas jurídicas que coexisten en el complejo y conflictivo contexto colombiano, donde los actores armados realizan regulaciones en las localidades de su influencia, con lo cual desplazan a las instituciones estatales responsables de dichos procedimientos.

de manera seria e imparcial las graves violaciones a los DDHH y las infracciones graves al DIH [así] la aplicación de forma complementaria y concurrente entre el DIH y los DDHH, no es más que la reunión de derechos esenciales que deben ser respetados en todo momento y lugar, y, aunque son independientes y autónomos, son complementarios y convergentes en su aplicación. (CorCC, Sentencia C-084, 2016)

De forma paralela, la Corte Constitucional afirma que las conductas que no reúnan las condiciones para el uso del FPM serán conocidas por la justicia ordinaria. En este sentido, los principios contemplados en la Constitución no solo ofrecen las garantías a la población (Sánchez & Alberto, 2016, p. 12), sino que además está respaldada por los principios del DIH que hacen una normatividad armónica (Peñaloza & Cervantes, 2014, pp. 84-87).

Es necesario mencionar que la utilización del FPM puede poner en duda las capacidades del sistema de justicia para hacer frente a fenómenos de graves violaciones a los DDHH, analizando el caso desde la perspectiva del conflicto armado colombiano y de la situación jurídico-política endémica que se ha vivido a lo largo de los últimos 70 años, pues muchos de los casos en los que la justicia militar exonera responsabilidad de los agentes estatales llegan al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH) en búsqueda de la justicia que el sistema judicial colombiano no les pudo ofrecer, o que ofreció de una manera no tan clara. Ejemplos de estos son: la masacre de Mapiripán; el asesinato de 19 comerciantes del Magdalena Medio; los múltiples y sistemáticos homicidios en el Puerto de Barrancabermeja entre 1981 y 1983; la desaparición de Nydia Erika Bautista de Avellaneda y el caso de Palmeras (los dos primeros y el último sirvieron como soporte e ilustración en el Capítulo I).

Los argumentos aludidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-084 de 2016 frente al FPM han sido claros y precisos al demostrar los motivos por los cuales no se modificó ni se cambió ningún eje del preámbulo de la Constitución, ya que de ahí se desprenden nuestros valores y principios. Incluso, con esta sentencia se refuerza la defensa de los derechos de la población y de las víctimas, así como de quienes enfrentan el conflicto y propenden por la seguridad y la soberanía. Se han equivocado miembros de la Fuerza Pública y el FPM no escuda equivocaciones que afecten el DIH y los DDHH. De ahí que la misma Corte se haya encargado de tomar medidas para prevenir futuros errores y sentenciar drásticamente a miembros de la Fuerza Pública que en el servicio se han aprovechado de su investidura para incurrir en hechos inexcusables.

Caso del Estado de Ecuador

Antecedentes del Fuero Militar en el Ecuador

El Fuero Militar está presente desde el primer mandato constitucional ecuatoriano de 1830 en los artículos 51 y 52. Estos establecían que los individuos del Ejército y de la Armada estaban sujetos en sus juicios a unas peculiares ordenanzas, y en el caso de aquellos que no se hallaren en servicio, se sometían a las leyes comunes y a jueces naturales. En la Constitución de 1835, en su artículo 87, se establecía que las Fuerzas Armadas estaban regidas por una ley particular y se consideraba a la Policía como cuerpos de milicias cívicas existentes en cada provincia en proporción a la población y circunstancias (Constitución Política del Ecuador [CPE], 1835, art. 86).

Luego, en la Constitución de 1843 se estableció una vez más que las Fuerzas Armadas están compuestas por el Ejército permanente de mar y tierra y de la milicia nacional, y en materia de fuero, estos individuos están sujetos a las leyes de la República (artículos 83 y 86). Teniendo en cuenta que Ecuador hasta la fecha ha tenido veinte constituciones, se mencionarán aquellas que han sido relevantes en el reconocimiento constitucional del FPM.

El artículo 117 de la Constitución de 1945 establecía que tanto el mando como la jurisdicción militar se ejercían solamente por actos relacionados con las funciones de las Fuerzas Armadas y sobre personas que se hallen en servicio activo.

La Constitución de 1967 puntualizaba que la Fuerza Pública estaba constituida por las Fuerzas Armadas y la Policía Civil Nacional, y el fuero e investigación disciplinaria para los miembros en servicio estaban sometidos a mando y jurisdicción militar o policial, respectivamente, como también los empleados civiles que sirvan en estas instituciones (CPE, 1967, arts. 248 y 259). Actualmente, en la CPE (2008) se consigna que

los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la función judicial; en el caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por las salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley. (art. 160)

De esto se colige que, según la Constitución vigente, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por las salas especializadas en materia militar y policial solamente cuando se trate de delitos cometidos dentro

de su “misión específica”. En caso contrario, serán juzgados por los órganos de la función judicial.

¿Qué es el fuero militar en el Ecuador?

Inicialmente, la JPM nace de la ley, y su ejercicio corresponde a los juzgados y tribunales militares (Código de Procedimiento Penal Militar, art. 1). Para efectos administrativos y para el ejercicio de la JPM, en Ecuador se dividen en Zonas Militares: Terrestres, Navales y Aéreas (Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, art. 89).

De conformidad con la Ley Orgánica del Servicio de Justicia de las Fuerzas Armadas, la justicia militar es un fuero especial reservado para los miembros de la Fuerza Pública, en el que se juzgan las infracciones cometidas en el ejercicio del servicio (art. 68). En este sentido, es claro que este fuero no contempla a los civiles, sino únicamente es una regla especial para todos aquellos que conforman la Fuerza Pública en Ecuador, esto es, para juzgar infracciones en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el artículo 97 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas establece que, además del personal militar, los empleados civiles que presten sus servicios en las Fuerzas Armadas Permanentes y en sus entidades adscritas y dependientes estarán sometidos a la JPM, con respecto a las infracciones de carácter militar cometidas en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, la Fuerza Pública está conformada por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Estas son instituciones de protección de derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, por lo tanto deben cumplir su misión de conformidad con la ley y la Constitución, siendo que la obediencia a sus superiores no exime de responsabilidad por sus acciones u omisiones (CPE, 2008, arts. 158 y 159).

Las Fuerzas Armadas son aquellas encargadas de la defensa nacional, mientras que la Policía Nacional es una institución estatal cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, protegiendo el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional (CPE, 2008, arts. 162 y 163). Las Fuerzas Armadas están subordinadas al Ministerio de Defensa Nacional de la República del Ecuador y la Policía Nacional al Ministerio del Interior.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano, mediante la Resolución N.º 0042-2007 TC (R.O 371-S, 1- VIII-2008), declaró en 2008 la inconstitucionalidad de los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Ciudadana, los cuales establecían que, durante la declaratoria de emergencia, se otorgaba competencia para juzgar cierto tipo de delitos a la jurisdicción militar, independientemente de que dichos

actos fuesen cometidos por personal de la Fuerza Pública o por civiles. En este sentido, el Tribunal analizó las funciones del presidente de la República en caso de estado de excepción, entre las cuales no se encuentra la restricción del debido proceso del juez natural. Por este motivo, dichas disposiciones vulneraban el debido proceso, el derecho a la tutela efectiva y el FPM contenidos en la Constitución Política de 1998.

¿Qué son consideradas infracciones militares en Ecuador?

Dentro del estudio del FPM es importante identificar cuáles son las infracciones militares en Ecuador, ya que, dependiendo de esto, son competentes los tribunales y jueces en materia militar, por lo que, de conformidad con el Código Penal Militar ecuatoriano, se consideran infracciones militares:

1. Las acciones y omisiones sancionadas por el Código Penal Militar, cometidas por los individuos pertenecientes a las Fuerzas Armadas en servicio activo.
2. Las comprendidas en los bandos que los Comandantes en Jefe o de plazas, puertos, fortalezas y otros lugares sitiados o bloqueados, publicaren en campaña, conforme a sus facultades, o a las necesidades de la guerra.
3. Las comprendidas en las órdenes generales que dieren los comandantes de las naves de guerra, en campaña, o en alta mar, conforme a sus facultades o a la necesidad de la guerra.
4. Las perpetradas en el ejercicio de las funciones propias del empleo, grado o destino de un militar, dentro o fuera del servicio, o con ocasión de él y que afecten a los medios, fines, o intereses de las Fuerzas Armadas. (art. 1)

En este caso, el CPM recoge en este artículo el principio de legalidad, conocimiento, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e igualdad.

¿Quiénes ejercen la jurisdicción en materia militar en Ecuador?

En Ecuador, quienes ejercen la jurisdicción en materia militar son: la Corte de Justicia Militar, los Consejos de Guerra (Consejo de Guerra de Oficiales Generales, Consejo de Guerra de Oficiales Superiores y Consejo de Guerra Verbal), los Jurados Capitanes, las Capitanías de Puerto, los Juzgados Penales Militares, los Juzgados de Instrucción y la Junta Calificadora de Prestaciones Militares (Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, 1990, art. 69).

En cuanto a la competencia de estos jueces y tribunales, existen las siguientes reglas:

1. Es competente el juez o tribunal cuando la infracción se cometa en la sección territorial del cual el juez o tribunal ejerce jurisdicción.
2. En el caso de que la infracción sea cometida en nación extranjera es competente el Juez de la Capital de la República del Ecuador.
3. El Juez competente que juzga al autor de una infracción lo es también para el juzgamiento de los cómplices y encubridores siempre que pertenezcan a la institución.
4. En el caso de que en un proceso aparecieran autores, cómplices y encubridores individuos que no pertenecen a la institución, se remitirá al juez competente con copia legalizada de todo lo actuado.
5. En el caso de que un militar hubiere cometido infracciones de la misma naturaleza en diversas zonas, será competente el juez de cualquiera de ellas que prevenga en el conocimiento de la causa.
6. En el caso de incidente de competencia entre jueces de varias zonas en una misma causa, cada uno de ellos debe practicar dentro de su jurisdicción, las diligencias del sumario, mientras se dirima la competencia por el respectivo superior.
7. En el caso que se perpetre varias infracciones, por una misma persona sujeta a fuero militar será competente de conocer todas ellas:
8. El Juez de la Zona Militar en que se hubiere cometido el delito o crimen de mayor gravedad.
9. En el caso de delitos de igual gravedad, será competente el Juez de la zona militar en que se cometió la última infracción.
10. En caso que no se conociere la última infracción será competente el juez de cualquiera de ellas, siempre y cuando haya iniciado primero en instruir el sumario.
11. En el caso de que varios instruyesen el sumario al mismo tiempo, es competente aquel que haya sido resuelto por el superior el incidente de la competencia. (Código de Procedimiento Penal Militar, 1961, arts. 7, 8 y 9)

¿Cuáles son las instancias de los juicios penales militares?

En Ecuador los juicios penales militares tienen dos instancias: la primera empieza con el auto de cabeza de proceso y termina con la sentencia del respectivo Consejo de Guerra o del Comandante de Zona, y la segunda se inicia con la elevación del proceso a la Corte de Justicia Militar o al respectivo Jefe de Fuerza (Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, 1990, art. 167).

Causales de nulidad de un juicio penal militar

Son nulos aquellos procedimientos en que se omita cualquier solemnidad sustancial, haciendo responsable personalmente a los jueces que han intervenido en él. Por lo que el proceso continuará desde la omisión de la solemnidad, a costa de los que incurrieron en la omisión y de los que siguieron conociendo de la causa luego de haberse producido la nulidad, sin declararla (Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, art. 165). Además, son nulos los juicios militares por

1. Falta de jurisdicción o competencia.
2. Falta de comprobación del cuerpo del delito.
3. Por no prestar juramento al Juez de instrucción y su secretario los peritos y los vocales del consejo de Guerra.
4. Falta de citación al sindicado presente, con el auto cabeza de proceso, nombramiento de peritos, auto motivado o de llamamiento a juicio plenario.
5. No nombrarse defensor del sindicado en el auto motivado o de llamamiento a juicio plenario, en caso de no haberse hecho.
6. No haberse designado vocales del Consejo de Guerra, conforme a lo establecido en la ley.
7. No haberse verificado el sorteo de los vocales del Consejo de Guerra en presencia del sindicado.
8. Haberse integrado el Consejo de Guerra con militares legalmente recusados. (Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, 1990, art. 166)

En este sentido, las causas de nulidad siguen los principios del debido proceso, tutela efectiva, legalidad, seguridad jurídica, oportunidad, prueba, entre otros.

Conclusiones

En este documento se habló de un fuero especializado que se aplica únicamente a los miembros de la Fuerza Pública en el ejercicio de sus funciones o de civiles que trabajen para esta institución. Este es un procedimiento establecido en la Constitución y en las leyes. Existe inseguridad jurídica frente al escenario futuro de los derechos procesales fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública, en lo que tiene que ver con el respeto de principios rectores de la democracia, como la igualdad ante la ley y el respeto a las formas propias de los juicios establecidas en leyes de la República *erga omnes* [respecto de todos].

Aunque el más reciente texto (Acto Legislativo 022, 2014), aprobado por la Cámara de Representantes de Colombia, se ha calificado de garantista, procura el respeto de los DDHH por parte de los miembros de la Fuerza Pública con la consagración a nivel legal de preceptos.

No es aceptable el argumento esgrimido por quienes defienden los DDHH respecto a la impunidad, implicada en la modificación del FPM en el ordenamiento jurídico colombiano, pues en ningún momento se quiere priorizar la seguridad jurídica de los uniformados potencialmente responsables de graves crímenes sobre el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Por el contrario, lo que se quiere es instituir de forma real el respeto por los treinta y cuatro derechos a la igualdad de armas de todas las partes inmersas en un proceso judicial⁶.

El Acto Legislativo 022 de 2014 tiene como objetivo reformar el FPM en torno al actual proceso de paz, que ubica a la Fuerza Pública en un escenario nunca antes planteado en Colombia.

Se debe puntualizar que, en desarrollo de los principios de igualdad de armas e igualdad ante la ley, el otorgamiento del FPM a los miembros de la Fuerza Pública no implica dar privilegios a los uniformados, sino proporcionar beneficios que suministren claridad a la hora de emplear la fuerza legítima en el marco de confrontaciones armadas a la luz del DIH.

Si bien el Gobierno colombiano con grandes esfuerzos logró crear un Fondo de Defensa Técnica que es solicitado por los militares, tal cosa permitió incluir un requisito que debe excluirse: el de tratarse de un servicio rogado, considerando que este requisito limita el acceso al derecho de defensa. Dado que al excluirse el mencionado requisito, es dable incluir el acceso al derecho de defensa por disposición de las mismas instituciones militares y de policía.

De acuerdo con la investigación llevada a cabo, no resulta procedente hablar de impunidad, ampliación de garantías a la Fuerza Pública y menos sugerir que debería eliminarse el FPM porque la guerra en Colombia se ha vivido no solo hace cincuenta años, sino antes de nuestra independencia también se había librado.

⁶ El principio de igualdad de armas en el sistema penal acusatorio entró en vigencia en Colombia a comienzos de la primera década del siglo XXI. Mediante su aplicación se permite a las partes intervenir en el proceso judicial en igualdad de condiciones. Para un examen jurídico de la cuestión, véase lo dicho por Alfonso Daza en su artículo *El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002*, quien además observa una serie de ventajas para la fiscalía en detrimento de la parte defensora en la aplicación jurídica de dicho principio (Daza, 2009). (N. del Ed.)

El FPM es un concepto de gran importancia en cuanto al principio de igualdad y el derecho de la Fuerza Pública, pues se debe llevar a cabo un procedimiento especializado cuando sus integrantes cometen conductas ilícitas en relación con las funciones derivadas de la prestación de su servicio. Resulta así necesario el juzgamiento por personas de su misma calidad y condición de militares. Sin embargo, existen delitos que no son tenidos en cuenta para dichos juzgamientos especializados. El siguiente capítulo abordará directamente esta problemática.