

**“FUERO PENITENCIARIO Y CARCELARIO MILITAR, UNA MIRADA DESDE
SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES”**

**PAOLA ISABEL QUINTO PÉREZ
COD. 3000589**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C.
2016**

**“FUERO PENITENCIARIO Y CARCELARIO MILITAR, UNA MIRADA DESDE
SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES”**

PAOLA ISABEL QUNTO PÉREZ

COD. 3000589

**Artículo de reflexión (estudio de caso) presentado como requisito para optar
al título de Magíster en Derecho Público Militar**

Doctor

HERNAN FERNANDO CASTRO ALARCÓN

Director trabajo de grado

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C.**

2016

“FUERO PENITENCIARIO Y CARCELARIO MILITAR, UNA MIRADA DESDE SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES”

Paola Isabel Quinto Pérez¹

Resumen

El artículo aborda la problemática del reiterativo incumplimiento del fuero penitenciario y carcelario militar por parte de operadores judiciales y demás autoridades comprometidas en el tema, en contraposición con las disposiciones constitucionales que imperan en Colombia, describiendo los fundamentos constitucionales de dicho sistema aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares en Colombia, con el fin de determinar su alcance, siendo que la normatividad jurídica, establece los elementos que configuran su existencia, permitiendo obligar de forma incondicional a que se dé cumplimiento al mismo.

Palabras clave:

Carcelario, derechos fundamentales, fuero, penitenciario, trato diferencial.

The article tackle the problematic of reiterative breach of military prison and penitentiary status for the judicial operators, directions of military reclusion centers and military united, in contrast with the constitutionals dispositions that reign in Colombia, exploring and describing the foundations of that system applicable to the members of Military Forces in Colombia, with the purpose to determinate its reaching, being that the legal normative, establish the elements of its existence, permitting oblige unconditionally to observance.

Key words:

¹ Quinto, P. (2015). Fuero penitenciario y carcelario militar, una mirada desde sus fundamentos constitucionales. Revista Prolegómenos.

Prison, fundamentals rights, status, penitentiary, differential manner.

INTRODUCCIÓN

La pugna por mantener a personal militar recluido en establecimientos civiles o militares permanece vigente, pese a la expedición de la Ley 1709 de 2014, en contraposición a lo que exige el fuero constitucional y el respeto de derechos fundamentales como el de la vida, integridad personal, seguridad personal, debido proceso y el principio de igualdad.

Ante la inestabilidad en el cumplimiento del fuero penitenciario y carcelario militar, generado en mayor medida por discordancias de carácter judicial e institucional, el presente artículo pretende contribuir a la definición de su carácter jurídico vigente desde sus fundamentos constitucionales y aportar a la construcción de un criterio unificado que provea de seguridad jurídica a los miembros de las Fuerzas Militares y demás interesados en el tema, constituyéndose en un punto de partida con valor teórico para generar una transformación en el pensamiento de la sociedad, ayudando a resolver un problema práctico y abriendo una brecha para futuras investigaciones, que lleven a generar un cambio en nuestros operadores judiciales y en nuestros miembros de las Fuerzas Militares, haciendo más eficiente el cumplimiento de la misión constitucional.

Lo anterior, partiendo de que las normas que reglamentan el sistema penitenciario y carcelario en Colombia, podrían fundamentarse, entre otros, en el principio de igualdad, entendido éste bajo el criterio de “trato igual a iguales y desigual a desiguales”, siendo los principios, postulados universales que orientan las normas para su aplicación y no admitiendo una valoración contraria.

En tal virtud, el tema se abordará desde el ámbito constitucional y penal colombiano, para luego establecer los criterios conceptuales del mismo, finalizando con una aproximación frente a un eventual reto al que se podrían ver abocados, tanto

operadores judiciales como sus destinatarios, con relación a la actualidad política que ocupa el interés del país.

Fundamentos Constitucionales aplicables al fuero penitenciario y carcelario militar

El tema del fuero penitenciario y carcelario militar en Colombia, en materia literaria resulta muy precario, por tal razón, nos remitiremos constantemente a la literatura española, una de las que más lo ha estudiado y desarrollado de forma seria y compleja. De igual forma, haremos referencia algunos estudios académicos que se han realizado en Colombia, respecto a temas afines como son el fuero penal militar, como también penitenciario militar desde perspectivas que suponen aproximaciones a los objetivos y finalidad del presente trabajo.

Es necesario establecer en principio, que si bien, todos los ámbitos en los que se desenvuelven los miembros de las Fuerzas Militares, comportan un tipo especial y diferencial de esos mismos con relación a la vida común o civil, también es cierto que a aquellos se les resta importancia tanto a nivel teórico como normativo; es así, que la mayor cantidad de información que se construye en cualquier aspecto atinente al régimen militar, ya sea en materia prestacional, familiar o penal, proviene del ámbito periodístico o de opiniones personales que en su mayoría carecen de objetividad y soportes provenientes de la realidad.

De ahí, que la metodología empleada en el presente trabajo consista en el análisis de contenido o documental, en su mayoría de literatura española, una de las que más ha estudiado y desarrollado en forma seria y compleja los fundamentos del planteamiento en cuestión, y teniendo en cuenta que el tema del fuero penitenciario y carcelario militar en Colombia, en materia literaria resulta muy precario, lo cual obliga hacer tal remisión, sin perjuicio de algunos estudios académicos que se han

efectuado en el ámbito interno, respecto a temas afines como el fuero penal militar y penitenciario militar desde perspectivas que suponen aproximaciones a los objetivos y finalidad del presente artículo y que por tanto han sido analizados bajo la modalidad indicada.

En esta oportunidad trataremos lo referente a los fundamentos constitucionales de los que proviene o en los que se origina el fuero penitenciario y carcelario militar, teniendo en cuenta que la Constitución Política de Colombia de 1991, tiene una parte dogmática y otra orgánica, de ellas dos tomaremos los fundamentos que consideramos se aplican al tema que nos ocupa, así como de sus principios y valores.

Es así, que en primer lugar abordaremos lo relacionado con el fundamento constitucional que se desprende del artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, en tanto que establece lo atinente al Fuero Penal Militar y con posterioridad lo relacionado con los principios y parte dogmática constitucional en tanto derechos y demás.

Lo anterior, partiendo de que los fundamentos constitucionales se erigen hoy en día en nuestro ordenamiento, en un criterio inspirador para toda decisión y para toda actuación, en especial de las entidades a quienes se les exige en mayor medida la observancia de las disposiciones constitucionales, así mismo, porque ningún operador jurídico o administrativo quiere desconocerlos, no obstante porque al hacerlo puede incurrir en distintas situaciones en las que se vería abocado inclusive a ser sancionado u objeto de reproche por parte de entes de control o de los mismos operadores judiciales, por ejemplo con instrumentos tales como acciones de tutela, acciones de cumplimiento, etc.

Pese a ello, y teniendo en cuenta lo establecido en la parte introductoria de este trabajo, en algunas situaciones, como la que ocupa este trabajo, dichos mecanismos no son suficientes para crear una verdadera cultura del cumplimiento de determinadas normas, siendo desafortunado, máxime cuanto ello implica la

afectación de esos fundamentos constitucionales y constituyen además decisiones que pueden llegar en momento dado a afectar intereses fundamentales de las personas.

De otro lado, también contribuye agudizar esa problemática, que si bien existen fundamentos constitucionales que blindan jurídicamente a quien le corresponde tomar decisiones al respecto, también lo es que coadyuva a la misma la falta de delimitación jurídica y en este caso, la falta de un instrumento constitucional taxativo al respecto.

Solo para citar un ejemplo, entre agosto y noviembre de 2014, el INPEC tuvo que atender 20 acciones de tutelas² donde se solicitaba el traslado de militares de centros penitenciarios y carcelarios ordinarios a centros de reclusión militares. Y es que según el informe efectuado por el Director de esa entidad, en mayo de 2014, se dio a conocer que la población reclusa correspondiente a miembros de la Fuerza Pública era para la fecha, de 2369 en toda Colombia, de los cuales 991 permanecían en establecimientos del INPEC (384 sindicados y 607 condenados), mientras que 1378 se encontraban en establecimientos de la Fuerza Pública (613 sindicados y 765 condenados).

De igual forma, si analizamos muchos de esos casos, que terminan en tutelas, podemos determinar que los argumentos más utilizados por las partes demandadas y que tienen relación directa con la Institucionalidad castrense, en éste caso, la Dirección de Centros de Reclusión Militar es el hacinamiento y la falta de cupos que existe en las instalaciones adecuadas para este fin, sin embargo, al remitirnos al informe citado, se puede advertir que el porcentaje de hacinamiento por ejemplo, solo para los establecimientos de Ejército, era del -8.6%, donde en total existía

² En el año 1998 la Corte Constitucional ordenó al INPEC que en un término máximo de tres meses, recluyera en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban privados de la libertad, independientemente del delito que hubieren cometido, con el fin de garantizar su derecho a la vida y a la integridad.(T-153/98 Estado de cosas inconstitucional en las prisiones)

capacidad para 1336 miembros a nivel nacional, de los cuales 1221 estaban ocupados, existiendo una diferencia de 115 cupos disponibles³.

Con ésta situación se ven en vilo y comprometidos derechos como el debido proceso, la vida digna e integridad física, que permanecen incólumes para los miembros de las Fuerzas Militares privados de la libertad. Pero además del problema que reviste la violación de derechos fundamentales que se genera a raíz de la situación manifestada, como lo expresó en su momento el Coronel Luis Alberto Villamarín Pulido, respecto del sonado escándalo que los medios de comunicación denominaron “Tolemaida Resort”.

Todo lo anterior, conlleva a confundir y crear un ambiente y sensación de inseguridad jurídica a los destinatarios del fuero penitenciario militar y como se mencionó, una afectación a la moral combativa a quienes les corresponden la misión constitucional de salvaguardar la soberanía, independencia, el territorio nacional y el orden constitucional.

Ahora bien, para iniciar es correcto afirmar que uno de los ámbitos más polémicos en los que se desenvuelven los miembros de las Fuerzas Militares es el Penal, siendo ya muy conocida la discusión existente en torno al mismo, sin embargo, para el tema que nos interesa, trataremos primero lo relacionado con el fuero penal militar, respecto de sus límites y alcances, con el fin de determinar si éste se agota en la imposición de la sanción penal, o si por el contrario, ésta se extiende a la materialización de la misma, es decir, a la ejecución de la pena y su cumplimiento; teniendo en cuenta aspectos tales que se pueden presentar previamente a una

³ La Corte Suprema de Justicia, en una decisión de Tutela, donde se ordenó a la Dirección de Centros de reclusión militar del Ejército, el otorgamiento inmediato de un cupo para un señor oficial que se encontraba privado de la libertad en una cárcel ordinaria, después de haber sido negado por la Institución, estableció *“nótese, si el argumento del hacinamiento o falta de cupo nunca ha sido excusa suficiente para que el INPEC se abstenga de recibir a los internos, entonces tampoco puede ser una justificación aceptable que se le deba permitir a los accionados”* (Rad. 70709 febrero 11 de 2014)

sanción, como la imposición de una medida de aseguramiento para los miembros de las Fuerzas Militares.

Sea preciso recordar que actualmente, el Fuero Penal Militar, recientemente modificado, es una institución establecida en nuestro país por la Constitución Política de 1991, en la cual se determina que los miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo que cometan conductas que constituyan delitos en relación con el servicio, deben ser investigados y juzgados por la Justicia Penal Militar. Sin embargo, entre las distintas concepciones, se cuentan también aquellas que consideran el fuero penal militar como un privilegio, debido a las prerrogativas y beneficios que lleva consigo su establecimiento y aplicación, tal como se ha expresado en otros países donde éste tema tiene un mayor desarrollo teórico, como España y México:

En la actualidad, entendido de modo literal, el fuero militar podría tener una significación equivalente a la del disfrute de una jurisdicción propia, especial o particular, por parte de quienes desarrollaron su actividad profesional en la carrera de las armas. Sin embargo, en la centuria ilustrada, como en los siglos anteriores, el sentido del "fuero militar" adquirió una dimensión mayor para definir no sólo a una justicia militar separada de la ordinaria, sino también el goce de una serie de privilegios y exenciones tanto de carácter fiscal como personal. (ANDÚJAR CASTILLO, FRANCISCO. 1995. P 1)

Pese a ese tipo de conceptos que concuerdan con filosofías críticas al respecto como las que abundan en nuestro país, si nos remitimos a lo establecido literalmente en el Artículo 221 de la Constitución Política, podemos evidenciar que ésta se limita a establecer como fuero penal militar, el conocimiento por parte de los Tribunales militares de los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Militares, de ninguna manera establece expresamente lo relacionado con la aplicación de sanciones penales o del tratamiento diferenciado para el cumplimiento de éstas cuando se trata de privación de la libertad intramuros.

Pues bien, resulta inadecuada una interpretación literal o gramatical del texto constitucional, pues debe existir una coherencia a la luz de otras disposiciones fundamentales del mismo, como su propio preámbulo, y sus dos primeros artículos,

siendo así, la precisión argüida no es necesaria si se tiene en cuenta que en materia penal la labor del aparato judicial no termina con la imposición de una sanción, pues es su deber establecer cómo se va a cumplir ésta y asegurarse que las condiciones en que suceda sean efectivas y garanticen que no se burle el poder punitivo del Estado en pro del cumplimiento de los fines del Estado entre otros.

De acuerdo a lo anterior, es necesaria la aplicación de los métodos de interpretación teleológico y sistemático respecto a lo establecido en la misma norma constitucional y que además son los métodos utilizados para interpretar las disposiciones constitucionales y legales a las que se hace alusión en el presente artículo y que forman parte de un mismo cuerpo normativo (dentro de una misma norma jurídica) o del mismo ordenamiento jurídico (diferentes normas jurídicas), teniendo en cuenta la utilización de la descripción de las teorías y normas jurídicas, que conducen a lograr el planteamiento de una propuesta frente al problema jurídico.

Sin embargo, para establecer si la afirmación efectuada respecto del artículo 221 de la Carta, es válida o no, es necesario encontrar la génesis de lo que se ha denominado “fuero penitenciario y carcelario militar”, pues ni la Constitución ni las leyes han establecido taxativamente tal concepto.

De ese modo, es necesario determinar el carácter de las normas jurídicas que fundamentan tal fuero, y para ello adoptaremos la teoría de la norma jurídica de Kelsen, que establece la estructura escalonada de las normas, en la cual, la validez de las normas de inferior escalón se fundamentan en una norma superior, una norma suprema o fundante presupuesta, lo que lleva afirmar, que en un Sistema como el nuestro, donde dicha norma fundante es la Constitución, la norma jurídica en cualquiera de los escalones, como lo decía Kelsen (KELSEN, HANS. 1934. P. 110) “*La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente*

formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental.”

De acuerdo a lo anterior, las normas jurídicas que fundamentan el fuero penitenciario y carcelario militar, y que hacen parte de un mismo ordenamiento jurídico, el colombiano, son sin duda el Art. 27 y 29 de la Ley 65 de 1993 y su modificatoria mediante Art. 19 de Ley 1709 de 2014, normas que con relación a lo que nos atañe, son necesarias en el desarrollo y aplicación de lo establecido en el Art. 221 de la Constitución Política, como quiera que hacen que el poder punitivo del Estado no sea nugatorio, desarrollando lo establecido en el preámbulo y en los artículos 1 y 2 de esa misma Carta y atendiendo a que una de las finalidades de las penas y medidas de seguridad impuestas bajo una jurisdicción es que éstas se cumplan de forma cabal.

Ahora bien, es necesario, establecer que como uno de los soportes de la concepción de ese principio de igualdad, sobre el cual ahondaremos más adelante, es el Art. 221 constitucional, contenido del fuero penal militar, es necesario tener de presente, algunas características propias de éste con relación al fuero penitenciario y carcelario militar, que nos puedan conducir a determinar si es o no una extensión el uno del otro o si son totalmente independientes:

Criterio	Fuero Penal Militar	Fuero Penitenciario y Carcelario Militar
Fundamento Constitucional	Encuentra fundamento en el principio de Igualdad, en los términos ya establecidos.	Además del principio de igualdad como se indicó, tiene también fundamento en la garantía de otra premisa fundamental, como es el derecho a la vida.

Garantía del Derecho al Debido proceso	Ambos son expresión de la garantía del derecho al debido proceso, si se tiene en cuenta que éste tiene aplicabilidad en todas las etapas de una actuación (judicial) penal como son, la investigación, juzgamiento y ejecución de las sanciones penales, hasta cuando finaliza la materialización (en términos penales), del ejercicio del poder punitivo del Estado.	
Conductas que ponen en movimiento el fuero	Lo que ponen en movimiento el fuero, es la comisión de conductas punibles por parte de miembros de las Fuerzas Militares, en éste caso en forma directa.	Lo pone en movimiento las mismas conductas pero en forma indirecta, pues para entrar en funcionamiento éste, también debe operar entre la conducta y la ejecución de aquel, una decisión judicial, sea preventiva (medida de aseguramiento) o definitiva como una condena.
Fundamentos desde el Artículo 221 de la Constitución	La Constitución establece que el fuero penal militar operará con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.	El Código Penal Militar preceptúa en forma concreta que las medidas de aseguramiento y penas de prisión del personal militar se ejecutará en establecimientos de reclusión o carcelarios militares, al igual que las leyes contentivas del fuero penitenciario y carcelario militar (Ley 65/93 y 1709/14).

Condición de carácter administrativo del militar para su aplicación	La condición para su aplicación, es que el militar debe estar en servicio activo en el momento de la comisión del delito.	Establece que debe ser miembro de la Fuerza Pública, no hace alusión a si activo o retirado, pues la garantía a su vida es necesaria e indispensable en uno y otro caso.
Carácter del delito	El fuero penal militar, establece otra condición y es que solo se aplicará a conductas punibles que tengan relación con el servicio.	Por no ser, como en el fuero penal militar, su finalidad el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, sino la ejecución y materialización de la misma bajo unas condiciones que suponen la salvaguarda de las personas destinatarias de esas sanciones, en éste caso, de los miembros de las fuerzas militares, la salvaguarda de su vida e integridad, dicha condición no sería susceptible aplicarse para éste efecto, o mínimamente, no de forma absoluta.
Competencia en la aplicación en materia judicial	Para la aplicación del fuero penal militar, es decir, el conocimiento de las conductas punibles, éste estará en cabeza de	Cualquier autoridad judicial, ya sea castrense o civil, puede dar aplicación y emitir las órdenes pertinentes al respecto, teniendo en cuenta

	Tribunales conformados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.	el conocimiento del caso de que se desprenda la sanción penal.
Opciones para su cumplimiento	Para efectos del juzgamiento de conductas punibles cometidas por militares solo existen dos opciones de acuerdo a lo establecido en el fuero penal militar, una, que conozca la justicia penal militar o la justicia ordinaria (en caso de no existir relación con el servicio).	Para el caso del fuero penitenciario y carcelario, cuya finalidad es hacer cumplir la sanción penal impuesta por el operador penal, y salvaguardar la integridad de quienes siendo militares infringieron la ley y deben cumplir una pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario, existe solo una opción, que es cumplirla en un centro de reclusión militar establecido para el efecto, de acuerdo a lo estipulado en la Ley.
Intervinientes en el cumplimiento	Solo intervienen autoridades judiciales (Administradores de justicia), pues son ellos los que definen las competencias correspondientes y toman las decisiones de condena o absolución ante la comisión de conductas punibles.	Además de los operadores judiciales encargados de ordenar los sitios donde se cumplirán las detenciones preventivas y penas, intervienen en el cumplimiento, autoridades civiles como el INPEC, y autoridades militares como los Directores de los Centros

		de Reclusión Militar y comandantes de unidades militares.
--	--	-----------------------------------------------------------

Tabla No. 1 Comparación entre fuero penitenciario y carcelario militar y el fuero penal militar

De acuerdo a lo anterior, podemos afirmar, que el Fuero penal militar entendido como una especialidad o la expresión de un enfoque diferencial del derecho penal, no se subsume ni llega hasta la imposición de una sanción penal, por el contrario, éste perdura hasta la culminación del cumplimiento o ejecución de la pena, así como está bajo su naturaleza constitucional las circunstancias y medidas necesarias con el fin de garantizar ésta, tal como la imposición de una medida de aseguramiento. De igual forma, y adelantándonos a argumentos que profundizaremos más adelante, existe una concomitancia entre la finalidad de la sanción penal y la del establecimiento o lugar donde se va a materializar.

Desde ésta perspectiva, podemos determinar que si bien el fuero penal militar y el fuero penitenciario y carcelario militar se desprenden de principios y garantías constitucionales, sin la existencia del primero no se aseguraría la del segundo, por cuanto, como la misma disposición constitucional lo determina, si bien, no en forma taxativa, si tácita, desde el punto de vista de su finalidad y de la relación con otras disposiciones contenidas en la misma Carta, tanto la ejecución de una pena como una medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, hace parte del conocimiento de los delitos cometidos por los militares, independientemente de cuál etapa se hable, es decir, de su investigación, juzgamiento o ejecución de la sanción, para lo cual también trae a colación las prescripciones del Código Penal Militar como vimos y lleva inmerso el cumplimiento de la garantía del debido proceso que encierra todas esas etapas.

En ese orden de ideas, constituye un desconocimiento del ordenamiento jurídico, desde los fundamentos constitucionales, hasta las normas legales en materia penitenciaria y carcelaria, la forma como se le ha venido dando aplicación al fuero penitenciario y carcelario militar en Colombia, teniendo en cuenta que para la construcción de la formulación del problema que nos ocupa se tuvieron en cuenta distintas decisiones judiciales de las Altas Cortes, de las cuales se extrajeron los casos y la forma de decidirse los mismos (fundamentos fácticos y jurídicos) frente a ese tipo de disposiciones, lo cual, aunado con los argumentos esgrimidos hasta el momento, podemos afirmar que no corresponde a los postulados ni premisas universales aplicables a dichos casos.

De otro lado, y teniendo en cuenta la comparación establecida en la Tabla No. 1 los fundamentos constitucionales del fuero penitenciario y carcelario militar, también se encuentran de forma clara en el derecho a la igualdad, que también es un principio constitucional, así como el derecho a la vida, establecido en el artículo 11 de la Carta Magna, puesto que, atendiendo a una interpretación teleológica, donde se busque conocer el espíritu o la intención con la que se profirió determinada norma, se puede afirmar que el establecimiento de dicho fuero es preventivo para los miembros de las fuerzas militares, evaluando y sopesando los riesgos que implica tener dicha profesión.

Principio y derecho a la igualdad

De otro lado, las normas que establecen la existencia del fuero penitenciario y carcelario militar, esto es, la Ley 65 de 1993 y Ley 1709 de 2014, se fundamentan en un principio establecido por ellas mismas, como es el enfoque diferencial (Art. 2 Ley 1709/15), que hace alusión directa al principio de igualdad estipulado en la Constitución Política (preámbulo, Art. 2 y 13) como norma de normas, según el Art. 4 de la misma Carta; a la vez que si hacemos una interpretación teleológica y sistemática, cuando se establece en esas leyes, que los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva y las condenas privativas de la libertad en

cárceles y centros de reclusión y penitenciarios establecidos para ellos, esa separación de las personas civiles en esa misma condición, implica una garantía del derecho a la vida y otros derechos de carácter fundamental-constitucional.

Es decir, al contener la Constitución Política una norma que establece que en Colombia todas las leyes y acciones deben producirse con base en principios como el de la igualdad, y a la vez, establecer un trato diferencial para determinadas personas en algunos ámbitos como el punitivo (Art. 221, Art. 235 núm. 2, 3 y 4 y Art. 246), se puede concluir que concibe el principio de igualdad en términos de Aristóteles:

Hay acuerdo, además, en lo relativo a la naturaleza de la justicia, a los seres a que se aplica, y se conviene también en que la igualdad debe reinar necesariamente entre iguales; queda por averiguar a qué se aplica la igualdad y a qué la desigualdad, cuestiones difíciles que constituyen la filosofía política. Se sostendrá, quizá, que el poder político debe repartirse desigualmente y en razón de la preeminencia nacida de algún mérito; permaneciendo, por otra parte, en todos los demás puntos perfectamente iguales, y siendo los ciudadanos por otro lado completamente semejantes; y que los derechos y la consideración deben ser diferentes cuando los individuos difieren. (ARISTÓTELES. 2005)

Por tanto, teniendo en cuenta que los principios Constitucionales son máximas universales, que inspiran todo nuestro sistema jurídico, o como lo establecen algunos estudiosos (M. GARCIA CANALES. 1989. P. 149) *“los principios constitucionales participan de la fuerza normativa de la Constitución en relación con las restantes normas del ordenamiento”*, el trato diferencial que implica el fuero penitenciario y carcelario militar en Colombia, se constituye en un imperativo categórico una vez establecida la desigualdad entre el civil y el militar, como garantía del derecho a la vida.

Es necesario resaltar que en términos de fuero penitenciario y carcelario militar, desde el punto de vista de la igualdad, se presentan varios aspectos relevantes.

En consonancia con lo anterior, uno de esos aspectos, es la finalidad de la sanción penal, que en términos generales es la misma, tanto para infractores de la ley penal civiles, como para los militares, pero surge una inquietud, ¿la reinserción de la persona que infringió la ley penal común, a la vida civil, es la misma reinserción que

requiere el militar por haber cometido una conducta contraria al derecho penal sea cual fuere el contexto, a su ambiente o vida militar?, pues bien, hay que partir de que la vida civil y la vida militar, difieren sustancialmente, como lo han reconocido posiciones teóricas como la que sigue. (SERRANO PATIÑO, JUAN VICTORIO. 2012. P43) *“Por otro lado, la finalidad de la prisión militar es primordialmente la reincorporación del interno a las FFAA; de lo contrario, la reinserción social, tal y como se señala en el art. 1 del RPM.”*

Es decir, en ese sentido podemos afirmar, que la reinserción de un civil y un militar en virtud de una sanción penal privativa de la libertad no es igual, sustancialmente no se refiere a lo mismo, pues al primero busca reinsertársele a su vida civil, por fuera de un régimen de especiales connotaciones como el militar; en tanto que con relación al segundo, busca reinsertársele a éste, por ende, a los principios, valores y demás implicaciones de carácter social, familiar y personal que conlleva, finalidad que coincide con la de los establecimientos penitenciarios militares, y que no constituye una novedad teórica, sino que viene siendo reconocida desde hace mucho tiempo en países como España, tal como podemos observar:

Los Establecimientos Penitenciarios Militares, a tenor del Real Decreto de 22 de diciembre de 1978, tienen por finalidad no solo, la retención y custodia de detenidos, presos, penados y arrestados en orden a la ejecución de las penas y correcciones, sino también y primordialmente la de realizar sobre ellos una labor reeducadora complementando su instrucción en un régimen de trabajo que permita su reincorporación a las fuerzas armadas en su caso y facilite su readaptación a la vida social. (BERISTAIN, ANTONIO. 1979. P587)

Pues bien, hemos de decir, en primera instancia, respecto de los reclusos, que existe una diferencia desde el punto de vista sociológico y psicológico entre los civiles, y los militares, por cuanto, en ellos influyen su forma de vida y el ambiente en que, desde muy jóvenes (si se tiene en cuenta que el ingreso a las Fuerzas Militares oscila entre los 18 y 24 años actualmente) se desenvuelven, por tanto la cosmovisión de unos y otros difiere sustancialmente.

Para ilustrar dichas diferencias, es necesario remitirnos a la sociología militar, entendida no solo como el estudio de la Institución castrense y sus miembros, sino

también como las relaciones de éstos con la sociedad civil, siendo importante establecer que el ser militar se ha categorizado como una profesión, la profesión militar, y que ésta contiene elementos que son diferentes de las demás profesiones, que hacen al miembro de la Fuerza Militar, no distinto, pero sí con unas connotaciones diferentes en algunos aspectos, a los demás miembros de la sociedad, tal como lo han establecido estudiosos del tema en Estados Unidos, donde es ampliamente estudiada la profesión militar y donde se establecen seis elementos claves en la formación del carácter en ésta:

La profesión tiene un área definida de la competencia basada en el conocimiento experto; existe un sistema de educación continua destinada a mantener la competencia profesional; la profesión tiene la obligación de la sociedad y debe estar al servicio sin la preocupación de una remuneración; tiene un sistema de valores que perpetúan el carácter profesional y establecer y mantener relaciones legítimas con la sociedad; existe un marco institucional en el que las funciones de la profesión, y la profesión tiene el control sobre el sistema de premios y castigos y está en condiciones de determinar la calidad de los que entran en la profesión. (SARKESIAN, SAM C. y ROBERT E. CONNOR, JR. 1999)

Como vemos, es significativa la diferencia entre civiles y militares, desde el punto de vista sociológico, en tanto psicológico también, si se concibe la psicología militar como una rama de la psicología jurídica, donde se ha determinado la existencia de factores diferenciales, únicos y de interés para ésta disciplina, en ámbitos tales como el contexto clínico y de salud mental, la intervención de la vida familiar, el contexto de entrenamiento y educación, el contexto organizacional, la ergonomía o psicología aplicada a la ingeniería militar y el contexto de intervención social, aspectos que según Dieter Hansen, Doctor en Psicología, Asesor del Estado Mayor del Ejército Alemán, son trascendentales en la vida de los miembros de las Fuerzas Armadas y marcan su comportamiento, ambiente, creencias y roles en la vida social.

De acuerdo a lo anterior, podemos entonces afirmar, que el trato que ha de darse a los reclusos civiles, debe diferir del que se le da en la misma situación a los reclusos militares, en tanto que son diferentes, entendiendo ésta diferencia como lo concebían los teóricos clásicos cuando hacían referencia a la igualdad, y especialmente a lo que establecía Aristóteles en su teoría de la justicia, pues para

él, la justicia consistía en la igualdad y a su vez ésta no consistía en tratar a todos de igual forma, sino en tratar igualmente a iguales y a desiguales de una forma distinta a aquellos, como ya lo hemos establecido (Dicha teoría ha sido acogida incluso por la misma Fiscalía General de la Nación para la definición de criterios de la persecución penal en la Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012).

Es así que para este trabajo es importante establecer que la igualdad está concebida en la misma Carta Magna, tanto como un derecho como un principio, lo cual le da un carácter superior y de una obligatoriedad inminente a las normas que tengan fundamento en ellas y que sean desarrollo de su contenido, pues bien, la doctrina constitucional concibe la igualdad, clasificándola de dos formas, una igualdad formal y otra material.

Con relación a la igualdad formal, concepto propio de la época de la Revolución francesa, es necesario indicar que se orientaba a dar una igualdad de trato a todas las personas independientemente de su estatus o clase, en especial en lo concerniente al trato ante la Ley, aboliendo cualquier tipo de privilegios jurisdiccionales, teniendo de presente que para la época lo que se buscaba era suprimir los privilegios otorgados a quienes tenían un estatus elevado en razón a su posición económica.

Sin embargo, con posterioridad y siendo una figura que según indican algunos escritores, quiso plantear una reinterpretación del concepto de igualdad formal, surge en el Estado Social de Derecho, el principio de igualdad material, consistente en reconocer que la igualdad también implica la existencia de una desigualdad real, que se presenta en todas las personas y aspectos de la vida cotidiana y que de no tenerse en cuenta ello, se haría nugatoria la obligación del Estado y de las Instituciones para con las personas, pues no basta con que esté establecida en una norma dicha obligación, sino que se deben brindar las garantías correspondientes para que se cumpla:

Tradicionalmente se viene distinguiendo entre un principio de igualdad «formal », o igualdad ante la ley, y un principio de igualdad «material» o real. El primero de ellos

—el principio de igualdad formal— constituye un postulado fundamental del Estado liberal de Derecho y fue enunciado por Leibholz como el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho (1). A su vez, el principio de igualdad material viene siendo entendido como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. (CARMONA CUENTA, ENCARNACIÓN. 1994. P265.)

Es ahí donde se evidencia que el fuero penitenciario y carcelario militar tiene entre otros, como fundamento, el principio de igualdad, pero en sentido material, es decir, que para su aplicación se deben tener en cuenta las características propias de las personas destinatarias, tanto en su aspecto profesional, jurídico, laboral, social, etc., así mismo, se evidencia que es una muestra de la garantía de ese principio, pues este se erige como tal ante las personas a las que le son aplicables.

Con relación a la igualdad como derecho, tenemos que siendo un derecho de raigambre constitucional, tiene un valor superior al que todos los operadores tanto judiciales como cualquier institución o entidad del Estado debe dar cumplimiento sin vacilación alguna, sin desconocer la responsabilidad que también le cabe a los particulares al respecto, siendo así, encontramos que el derecho a la igualdad se aplica indudablemente al derecho a la igualdad, desde la perspectiva establecida a continuación:

La supremacía constitucional significa que los derechos operan "como si" encarnasen decisiones superiores a cualesquiera órganos estatales, incluido el legislador, y, por tanto, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas las autoridades e instituciones deben someterse⁵; de ahí que los derechos no sean negociables o que en una democracia representen "triumfos frente a la mayoría" (PRIETO SANCHÍS, L. 1995. P10.)

El principio y el derecho a la igualdad, se constituyen entonces en una garantía y a la vez en un fundamento significativo para el establecimiento del fuero penitenciario y carcelario militar, pues la aplicación de este es el desarrollo y la materialización de una de las finalidades del Estado Social de Derecho, como lo es Colombia.

Derecho a la vida

El derecho a la vida, establecido en el Artículo 11 de la Constitución Política de Colombia, es uno de los que según opinan muchos constitucionalistas, no debería estar escrito como presupuesto o garantía de cumplimiento, además teniendo en cuenta las constituciones y ordenamientos jurídicos de otros países, puesto que por ser un derecho tan propio y tan inherente a la misma existencia del ser humano, no debería estar escrito para garantizarse y reconocerse ante la ley, cualquier entidad o persona.

Sin embargo es un derecho que se encuentra establecido en la Carta Magna, constituyéndose no solo en un derecho fundamental, sino en una de las máximas que ha defendido el Estado Colombiano, pues es indudable que no existe pena de muerte y que la vida está por encima de los otros derechos, en el sentido que es presupuesto para que estos se cumplan, siendo por demás, el primero de todos, por ello son innumerables las discusiones que se han suscitado al respecto.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional ha establecido que el establecimiento de un trato diferencial para efectos del tratamiento penitenciario o carcelario destinado al personal militar, es garantía de ese derecho a la vida, en tanto que de forma preventiva no es admisible exponer a un militar, que otrora defendiera y exigiera el cumplimiento de la ley, y persiguiese a quienes la infringían, a compartir celda con ellos, pues ello constituye per sé una alta vulnerabilidad que el Estado está en la obligación de prevenir, en razón a que, entre otras cosas, como ya se mencionó, existe la obligación de defender los derechos que permanecen incólumes pese a la limitación del derecho a la libertad.

Uno de los aspectos importantes que se relacionan con el tema, es las características propias que tienen los establecimientos penitenciarios y carcelarios como tal, tanto en el ámbito ordinario como en el militar y que revisten algunas diferencias, que repercuten en una de las finalidades de la pena, que es la resocialización del individuo que se interna por haber sido acreedor de penas o

medidas de seguridad; el Estado debe entonces, brindar las garantías y condiciones necesarias para asegurar que dichos riesgos no se concreten.

De acuerdo a lo anterior, y con la intención tendiente a minimizar al máximo y prevenir poner al militar en una situación adversa de alta probabilidad de ocurrencia, en dichas circunstancias, también se genera una menor posibilidad de incidentes dentro de éste tipo de centros de reclusión especial.

Lo anterior, como quiera que en éste caso el personal interno sería menos proclive a revelarse y a mostrar el inconformismo por el régimen con que son tratados, mientras que en los centros penitenciarios civiles se presentan altos índices de éstas situaciones, donde los internos no están de acuerdo con los parámetros establecidos y tienden a utilizar las vías de hecho para ir en contra del sistema y del personal penitenciario, que muchas veces no es el mejor entrenado para conjurar este tipo de situaciones de la mejor manera, así lo han demostrado estudios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia, a los establecimientos del INPEC:

Esta situación genera altos niveles de tensión y violencia intramuros, potencia la pérdida de control adecuado de los centros carcelarios y penitenciarios por parte de las autoridades y socava los principios rehabilitadores. Ello explica la elevada ocurrencia de motines en las cárceles y penitenciarias del país, muchas veces con resultados trágico, y de sucesos violentos que comprenden hasta masacre de reclusos. (MISIÓN INTERNACIONAL DERECHOS HUMANOS Y SITUACIÓN CARCELARIA. 2001. P13)

En cuanto a los establecimientos penitenciarios, es claro que éstos deben estar dotados de unas características y elementos que garanticen tanto el cumplimiento de la pena o medida de aseguramiento, es decir, cuente con todos los parámetros que no permitan que el recluso o interno se fugue del lugar por ejemplo; así como que garanticen a éstos los derechos que permanecen incólumes pese a la privación de la libertad.

Una de las mayores razones esgrimidas por las instituciones castrenses que tienen que ver con la ejecución del fuero penitenciario y carcelario militar, es la falta de

cupos y capacidad en los establecimientos destinados para el efecto, siendo ésta una excusa no válida, si se tiene de presente que los motivos presupuestales o administrativos no son óbice para desconocer un derecho de raigambre constitucional, pues el individuo no debe soportar esa carga, viendo conculcadas sus garantías.

De tal magnitud ha sido incluso la valoración de la Corte Constitucional en algunos casos de los que ha tenido conocimiento al respecto, donde hace la comparación referente a que el INPEC debe recibir al día reclusos civiles, aún en las condiciones de hacinamiento en que se encuentran sus establecimientos, pues no puede negarse hacerlo de ninguna manera, además porque no sería una excusa válida para no dar cumplimiento a una orden judicial y menos constituir un obstáculo para el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, ello lo vemos reflejado en la sentencia que se cita a continuación y específicamente en la valoración del informe emitido por la Defensoría del Pueblo respecto de los establecimientos penitenciarios establecidos para la Fuerza Pública y que fue acogida por la Corte Constitucional, como un argumento de la ratio decidendi en el caso concreto:

Esta situación ha llevado a los internos en comento a vivir en circunstancias únicas, ya que no pueden desplazarse como cualquier interno atendiendo el llamado de sus abogados, no pueden acudir a secciones de talleres, educativas, sanidad, culto, y ni siquiera pueden disfrutar de las dos horas reglamentarias de sol, sin correr el riesgo de que se atente contra su vida e integridad personal, viéndose de esta manera sometidos a un género de vida que, por el carácter marginal, doloroso, perturbador e infrahumano, representa para quienes lo padecen una verdadera **punición adicional**, impuesta de facto, sin proceso, sin juez y sin fallo (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 1998. P68)

Ahora bien, dicho argumento queda aún más desvirtuado si se tiene en cuenta los estudios estadísticos que muestran un nivel bajo de hacinamiento en los establecimientos de reclusión y penitenciarios militares, más aún, con relación a los establecimientos civiles, lo cual da cuenta de una cierta negativa y renuencia por parte de algunas autoridades encargadas de ejecutar las órdenes judiciales en cumplimiento del fuero mencionado, muchas veces influenciado ello, por la misma

indisposición social al respecto o el temor hacia el cuestionamiento público y jurídico.

Lo cierto es que con dichas negativas, no solo se cercenan derechos como los que ya hemos citado, sino que se ven afectados también principios propios de las instituciones militares, tales como la lealtad y la solidaridad para con superiores y subalternos, pues no se le pide a los agentes del Estado que actúen en contravía de la ley, por el contrario, que la misma se cumpla a favor de sus propios miembros.

Ello sin desconocer que en muchos casos es la misma Institución la que se da la pela ante las autoridades judiciales, administrativas e incluso legislativas, con el fin de asegurar para los suyos que el fuero permanezca incólume y se dé cumplimiento al mismo.

En todo caso, la observancia y ejecución de un fuero de tal importancia como la que se ha develado en el presente trabajo, no puede quedar al arbitrio de ninguna autoridad, ni militar, ni judicial, ni administrativa.

Otra de las circunstancias que se esgrimen en muchas ocasiones para la negativa del traslado de un interno a un centro de reclusión militar, es la existencia de pabellones especiales para servidores y ex servidores públicos en los establecimientos civiles, sin embargo, ya se estableció que en el actual estado de cosas, esa no es una alternativa que permitan la leyes al respecto; pero si se quiere presentar como una opción, es necesario recordar, que se constituiría en una excepción, y de ninguna manera en una regla.

De acuerdo a lo anterior, ¿debe asumir entonces el militar privado de la libertad, las condiciones tan deplorables en que se encuentran los establecimientos penitenciarios civiles, no solo viendo vulnerados sus derechos, sino viendo amenazado y en riesgo uno de los más frágiles para los miembros de las Fuerzas Militares por el simple hecho de su pertenencia a éstas, como es su derecho a la

vida, representando su estancia en ellos, un atentado a su integridad y seguridad personal?

Lo anterior, siendo que los índices de homicidios y lesiones dentro de dichos establecimientos, así como el de fugas y de corrupción es muy alta; qué puede esperar un militar al interior de los mismos, cuando sus compañeros de celda o quienes están próximos a ella se enteren que es un agente del Estado que otrora los perseguía en cumplimiento del mandato constitucional, ello constituye sin lugar a dudas un peligro o riesgo inminente, llegando al punto de la victimización:

Y por lo que toca directamente a las prisiones, no olvido la lección de Carnelutti en una breve obra conmovedora: *Las miserias del proceso penal*. Una vez dictada la condena, dice el maestro italiano, el palacio de justicia se traslada a la prisión, donde moran los pobres entre los pobres. Es necesario crear las condiciones para que la prisión provea de veras justicia, y no victime de nueva cuenta a quienes han sido previamente victimados. (GALLEGO GIRALDO, POSADA SEGURA, JUAN DAVID. 2013. P15)

Siendo consecuentes con la realidad, las condiciones de los centros de reclusión militar, si bien, en algunos casos no son las mejores, si brindan como mínimo una seguridad mayor a la que puede brindar un establecimiento penitenciario civil, además las condiciones de aquellos obedecen a las que el militar privado de la libertad está más adaptado, siendo en ellos más probable que se respeten los derechos que se mantienen incólumes y que reclusos en un centro civil, se verían altamente amenazados por el solo hecho de ser militar y diferente a los demás internos de acuerdo a la concepción aristotélica ya citada.

De otro lado, es necesario establecer, que es cierto que han existido falencias y factores negativos en el desarrollo de la aplicación de las sanciones penales y medidas de aseguramiento de privación de la libertad en los centros de reclusión militar, que constituyen el fundamento para que los detractores de éste sistema, lo tachen como un sinsentido establecido caprichosamente, para beneficio de los miembros de las Fuerzas Militares.

Es así, que la mayoría de los cuestionamientos se basan en que las privaciones de la libertad en establecimientos militares no satisfacen las medidas o sanciones penales, es decir, éstas no se cumplen, entre otras, porque existe una alta susceptibilidad a la fuga, hacen falta restricciones y normas que regulen las condiciones de la privación de la libertad de los militares, existe un otorgamiento de permisos derivado del poder discrecional que tienen quienes dirigen dichos centros, no hay una verdadera restricción de derechos (libertad de locomoción) y el régimen de visitas es más benéfico y diferente al establecido en las cárceles comunes.

Las anteriores concepciones constituyen el imaginario social que persiste aún en nuestra época, si se tiene en cuenta que éste no ha sido un tema pacífico incluso desde tiempos del Ejército libertador, donde se puede considerar, las desavenencias al respecto eran más fuertes aún:

En concordancia con estas ideas, los promotores de la reforma militar actuaron hábil y efectivamente no sólo con el propósito de hacer públicas sus desavenencias con los uniformados, sino también con el fin de despojar a los uniformados de lo que ellos consideraban privilegios de grupo, especialmente en lo relativo a los cargos administrativos que éstos venían ocupando y a los beneficios del fuero militar heredado y conservado desde tiempos de la Colonia, el cual empezó a ser restringido de manera efectiva y sistemática con la Constitución promulgada en Cúcuta en 1821. (CHAPARRO, JUAN CARLOS. 2010. P78)

Si bien los centros de reclusión militar son objeto de múltiples críticas, también lo es, que los casos que se encargan de resaltar los medios de comunicación, no obedecen a una política de este tipo de establecimientos, es decir, si bien suceden incidentes y existen brotes de corrupción tal como también sucede en los establecimientos penitenciarios civiles, esto no quiere decir que todo el sistema sea negativo y que no se esté cumpliendo a cabalidad la finalidad de éstos centros, que no es otra que encargarse de la custodia de los militares privados de la libertad, proveyendo seguridad y sobre todo, garantizando la observancia de las sanciones y medidas de que han sido objeto por parte de las autoridades judiciales por haber infringido la normatividad penal.

Igualmente, respecto del fundamento constitucional del derecho a la vida, es oportuno mencionar nuevamente un aparte de la precitada sentencia, en la cual se dilucida muy claramente que dicha Corporación en ocasiones ha compartido la opinión referente a reconocer dicho derecho como un fundamento del fuero penitenciario y carcelario militar, obligando y emitiendo órdenes concernientes a su cumplimiento, cuando operadores judiciales y funcionarios de las fuerzas militares o policiales se han negado acatarlas:

La Corte no comparte la interpretación que hace el Coronel Moreno Ramírez del mencionado artículo 402, pues ese funcionario le atribuye a la norma un alcance restringido que no tiene. Una cosa es la justicia penal militar a la que compete el conocimiento y el juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones, y otra muy distinta es la destinación a centros de reclusión especiales de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía a la que hace alusión el artículo 402. Con esta norma, lo único que persigue el legislador es evitar el inminente peligro que corre la vida de quien, por cumplir una función pública expuesta a riesgos, se ha granjeado enemistades. Así, para la aplicación de la precitada norma es irrelevante si los delitos se cometieron o no en razón del servicio; lo que debe verificarse es si la persona ostenta una de las calidades taxativamente señaladas por el legislador. (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 1998. P68)

En esos términos, en Colombia el fuero penitenciario militar, así como el fuero penal militar es inherente a la profesión militar, en las condiciones establecidas por la Constitución Política, a pesar de la negativa a reconocerlo por parte de muchos operadores judiciales y miembros de la sociedad que en su mayoría movidos por un pensamiento de subjetividad e influenciados por acontecimientos mediáticos, no analizan al militar como un ser humano que merece un trato diferencial en razón del derecho y principio de igualdad del que es titular, ésta perspectiva es compartida por quienes han estudiado el tema, muy escasamente abordado en Colombia:

El fuero penitenciario militar es la base para la protección de derechos humanos de los militares, bienes jurídicos como la vida y la integridad física deben ser más fuertes que el sentimiento del funcionario judicial en desconocer la norma, para nada debe importar en que jurisdicción se tramite el proceso, fuere cual fuere la jurisdicción para el militar su lugar de reclusión no podrá variar, su lugar de reclusión deben ser los centros especiales. (JEAN CARLO MEJÍA AZUERO. 2013. P175)

De acuerdo a la cita del autor colombiano, podemos afirmar entonces, que el fundamento con mayor peso para la existencia del fuero penitenciario militar en Colombia, lo constituye la vida, y su presupuesto previo necesario, la seguridad y la protección a la integridad, como concreción del derecho a la vida que le asiste a los militares, dadas las circunstancias de una eventual privación de la libertad y en razón al carácter de la misión constitucional que desarrolla.

Con todo lo analizado, se puede determinar que el fuero penitenciario y carcelario militar además de hacer parte indispensable del fuero penal militar, es una necesidad jurídica, social, personal, cultural y si se quiere familiar del militar que es privado de la libertad, pero más que una necesidad, es un imperativo y una garantía constitucional, no susceptible de ser condicionada, pues surge y tiene origen y fundamento en el derecho que le asiste por el hecho de ostentar dicha calidad, y si se quiere ser más explícito, por ser diferente a las demás personas que también infringieron la normatividad penal y se han hecho acreedoras a una sanción o medida, incluso algunos lo consideran una excepción al principio de igualdad, en tanto para efectos del presente trabajo, se considera que es una realización de éste principio, como ya se explicó.

Perspectiva internacional del fuero penitenciario y carcelario militar

Ahora bien, el tema que nos atañe no es un tema netamente interno o de importancia limitada, por el contrario, teniendo en cuenta que el estamento militar es una institución por demás universal, pues la mayoría sino todos los países tienen unas fuerzas armadas que cumplen la función de defensa y seguridad para sus naciones, así mismo, existen inclusive unas fuerzas armadas de carácter internacional establecidas para ser llamadas cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas lo requieran en aras de prestar colaboración al mantenimiento de la paz mundial.

Es así, que el tema que se ha abordado en este artículo, es un tema de importancia global, pues ese personal que conforma en cualquier lugar del globo terráqueo las fuerzas armadas de un país, debe tener unos límites y por tanto, unas condiciones en las cuales se castigue o se reproche su actuar, cuando este vaya en contravía de los diferentes ordenamientos jurídicos. Como ya lo hemos indicado, frente al tema es escasa la información que es publicada, pues es un tema de interés en su mayoría limitado a lo que se indica en los medios de comunicación y muy reducido en materia literaria, sin embargo, existen ordenamientos que le dan gran importancia al tema y con los que de una u otra manera vale la pena efectuar una comparación frente al contexto colombiano en el tema concreto, ellos son, para este caso, España, México y el Salvador.

España

De acuerdo a lo anterior, en primera medida tomaremos el sistema jurídico español, donde el tema penitenciario en materia militar ha sido ampliamente estudiado, podemos encontrar incluso muchos puntos de convergencia con el nuestro, entre otras cosas porque establece un sistema separado al igual que lo hacemos nosotros, frente al tratamiento penitenciario del personal civil y del personal militar, lo cual lleva a concluir que existe un sistema penitenciario militar propiamente dicho en España.

De otro lado, al igual que en Colombia y de conformidad con lo establecido en la Tabla No. 1 que fue expuesta en el anterior capítulo, el derecho penitenciario y carcelario militar se relaciona con el derecho penal militar y estos a su vez derivan de algo que han denominado en dicho país como Jurisdicción militar:

El derecho penitenciario militar español deviene del derecho penal militar y éste deriva de la jurisdicción militar, expresamente reconocida en el artículo 117.5 4 de la CE de 1978. El constituyente mantiene la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, así que sólo la aplicación del CPM5 en situaciones ordinarias y excepcionales pudiera conducir a ingresar en prisión militar (SERRANO PATIÑO, J.V., 2012. P13)

Sin embargo, como vemos, el sistema jurídico español, es más preciso que el nuestro frente al tema, pues delimita la aplicación del fuero penitenciario y carcelario militar únicamente a la aplicación del Código Penal Militar, no como en nuestro caso, que de dicha distinción no se menciona nada, y guardar silencio al respecto ha llevado en parte a contribuir con el problema que nos ocupa, pues ello crea confusión y atenta contra la seguridad jurídica tanto del militar o ex militar, como por parte del operador judicial y sujetos que intervengan en la aplicación del fuero, al no tener claridad respecto de cuando aplicarlo y cuando no, poniendo en riesgo los derechos ya mencionados.

Aunado a lo anterior, el ordenamiento jurídico español va más allá contemplando la posibilidad de que un civil sea recluido en un Establecimiento penitenciario militar en casos excepcionales, en casos de Estado de Sitio o de guerra, inclusive en otro tipo de circunstancias:

Se trata de un supuesto contemplado en el art. 85 del CPM en los delitos cometidos contra el centinela ya que su redacción no excluye que el sujeto activo del delito, incluso en tiempos de paz, pudiera ser un civil (SERRANO PATIÑO, J.V., 2012. Nota al pie. P13)

Dicha situación en modo alguno sería, en la actualidad, admisible en nuestro país, atendiendo que ese debate se dio hace muchos años y hoy no se vería viable de ninguna manera, máxime las grandes críticas que a diario enfrenta en fuero penal militar e inclusive el mismo penitenciario y carcelario militar, sin embargo es necesario recordar cómo se dio en esa época esa posibilidad y como fue perdiendo fuerza a medida que el país fue sufriendo cambios en el ámbito político:

Por otra parte la Justicia Penal Militar recibió facultades para juzgar civiles por delitos cometidos por ocasión del 9 de abril de 1948... El juzgamiento de civiles por tribunales castrenses suscitó agudos debates en el seno del Congreso, ya que entre los sindicatos había liberales con representación política comprometidos en los hechos del 9 de abril. A comienzos de diciembre de 1948 se logró un acuerdo que otorgó la amnistía y traslado a la justicia ordinaria de los procesos que provocaban la mayor controversia. (SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, 2004. P242)

Otro punto coincidente entre el sistema jurídico Español y el Colombiano, además como veremos y como se puede observar, en la mayoría de los ordenamientos del mundo, es que los sistemas penitenciarios y carcelarios comunes o civiles, siempre se han inspirado y tenido un corte o una naturaleza militar por así llamarlo, es decir, en cuanto al entrenamiento que recibe el personal que labora en dichos establecimientos o cumple las labores de seguridad y orden dentro de los mismos, de igual forma en cuanto a los mecanismos que se utilizan para el desarrollo de las tareas cotidianas que se imponen los internos, en tanto que requieren disciplina y orden, por lo que es el ámbito militar el mejor de los ejemplos a tomar.

Por características como la indicada el mismo Serrano Patiño en la precitada obra consideró oportuno citar un pronunciamiento del Tribunal Superior Militar en España, y que literalmente estableció (SERRANO PATIÑO J.V. 1989. P. 19) *“La Sala V de lo militar de vacaciones del TS, siendo ponente JIMENEZ VILLAREJO, dictaría un auto de 19-8 1988 en el que se lee que “ambos textos reglamentarios, civil y militar, no son susceptibles de entrar en concurso o colisión al ser proyectados sobre unos mismos supuestos de hecho, sino conjuntos normativos “pensados para regular con criterios razonablemente distintos situaciones que también lo son” y llamados, consecuentemente, a coexistir pacíficamente”*

Aunado a lo anterior, nótese que en España también se han inclinado por aceptar y defender en cierta manera el fuero penitenciario y carcelario militar, en razón a que desde el punto de vista sociológico y psicológico las diferencias se hacen necesarias teniendo en cuenta que si bien se restringe el derecho a la libertad, los demás derechos permanecen incólumes, pues la ejecución de la sanción penal constituye un reto mayor en comparación con el régimen común, atendiendo a la categoría de derechos que se involucran al momento de privar de la libertad a un ser humano, pues de un lado, están los derechos que se restringen, tal como la libertad de locomoción, los derechos políticos, etc., y de otro, están los derechos que permanecen incólumes, aún dentro del establecimiento penitenciario, tales como la libertad de expresión, derecho a la igualdad, y uno de los fundamentales en el caso

que nos ocupa, el derecho a la seguridad e integridad de la persona en conexidad con el derecho a la vida.

Dicho aspecto es importante y es objeto de estudio en el marco del análisis de los elementos que conforman el sistema penitenciario en general y su aplicación al régimen militar, siendo que para tal efecto acogeremos los elementos que trae a colación un catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Henares Madrid, ciudad donde se encuentra la más importantes de las cárceles militares en España, país en que a diferencia del nuestro, se ha estudiado ampliamente éste tema:

En principio, hay que decir, con absoluta claridad, para mejor comprensión del tema, que todos los sistemas penitenciarios, sea cual fuere su naturaleza, filosofía o alcance, se asientan tradicionalmente sobre cuatro elementos no menos obvios que fundamentales, e imprescindible el último, que son: Los reclusos, el personal penitenciario, los establecimientos y las normas jurídicas. (GARCÍA VALDÉS, CARLOS. 1979. P775)

Finalmente, respecto de España, es necesario destacar, que el sistema penitenciario y carcelario militar en ese país, tiene un fundamento constitucional, establecido en el artículo 117.5 y el 8.2 de la Carta Magna de ese país y así se reconoce, además porque es un tema ampliamente estudiado y difundido, en ello encontramos respecto de lo primero una similitud, pues es lo que se plantea en este trabajo, es decir que existe un fundamento constitucional para dicho fuero en Colombia, sin embargo es necesario darle más amplitud, arriesgarse a escribir y profundizar más en el tema, y sobre todo, buscar que esto ayude a darle una mayor amplitud y precisión normativa.

México

Uno de los establecimientos penitenciarios militares más antiguos y representativos de México es el Centro Penitenciario militar o Centro militar No. 1 de Rehabilitación militar localizado en el Campo militar No. 1 de la Avenida Constituyentes en la ciudad de Santiago de Tlatelolco, que otrora y desde 1883 alojara la Cárcel militar

de México, estando integrada en 2 departamentos o cuadras, una para la Oficialidad y otra para la Tropa.

México es uno de los países que presentan problemas graves de hacinamiento y falta de condiciones óptimas que atentan incluso contra los Derechos Humanos al interior de los establecimientos penitenciarios militares, desafortunadamente en ello se parece a lo que se presenta en nuestro país. Teniendo en cuenta la mencionada situación, en el país azteca existe un Comisión Nacional de Derechos Humanos, que entre otras cosas vigila y evalúa periódicamente las condiciones de los establecimientos penitenciarios tanto comunes como militares, en su Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP):

Otro aspecto que integra el DNSP es la estadística sobre las incidencias que se presentan al interior de los centros penitenciarios del país, para lo cual se solicita información a cada una de las autoridades, federales, estatales y de la Ciudad de México, respecto de homicidios, riñas, motines y quejas, información que se presenta de forma global a nivel nacional, por entidad federativa y tipo de Centro (local, federal o militar), a efecto de mostrar índices sobre aspectos de violencia que constituyen un riesgo latente de violaciones a derechos humanos. (COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2015. P1)

De acuerdo a lo anterior, encontramos la primera coincidencia, y es que en dicho país también existe una diferenciación o un trato disímil entre el personal civil y el militar para efectos del cumplimiento de las penas y medidas de aseguramiento, pues se han determinado establecimientos penitenciarios ordinarios y otros exclusivamente para militares.

Ahora bien, respecto del tema que nos atañe específicamente, esto es, los fundamentos constitucionales del fuero penitenciario y carcelario militar, en México, dicho sistema está también fundamentado en una norma de mayor jerarquía y que, como en Colombia, constituye también norma superior, y es la Constitución Política de los Estados Mexicanos, de la cual se basó el legislativo en ese país, para establecer los lineamientos que rigen el tratamiento en dicha materia, frente al personal militar, siendo este diferencial, como lo es en nuestro país, y el fundamento normativo entre otros lo constituye en Artículo 13 que en su tenor literal reza:

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS MEXICANOS, 1917.)

Bajo el anterior fundamento se promulgaron en México disposiciones tales como Código de Justicia Militar, del Código Federal de Procedimientos Penales y de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de sentenciados, los cuales después de la reforma establecida mediante Decreto en el año 2014, entre otras cosas estableció que una de las competencias del Juez de Ejecución de Sentencias Militar, es velar por el cumplimiento de los lineamientos establecidos para el Sistema Penitenciario militar, es decir que ese país existe un operador judicial, dedicado a esos menesteres, cosa que no existía en Colombia y que fue establecida hasta la promulgación de la Ley 1407 de 2010, pese a ello nada se dijo específicamente con relación a los límites y la reglamentación específica en cuanto al ámbito de aplicación de dicho sistema.

Aunado a lo anterior, México cuenta con una ventaja y es que tiene un Reglamento General de las Prisiones Militares, en él se sientan los lineamientos que se deben tener en cuenta para la aplicación del fuero en mención, así mismo, haciendo una comparación, se establecen los órganos encargados de su ejercicio, y como en Colombia también es un órgano diferente al que realiza lo concerniente en los establecimientos penitenciarios civiles:

ARTÍCULO 2o.- Las prisiones militares son instalaciones que tienen por objeto el control y la custodia de militares arrestados, detenidos y procesados; así como la readaptación del personal sentenciado, bajo un régimen de adiestramiento, disciplina, moral, trabajo y educación. ARTICULO 3o.- Las prisiones militares dependerán de la Secretaría de la Defensa Nacional por conducto de la Dirección General de Justicia Militar, la que se encargará de organizar, dirigir y supervisar su funcionamiento, así como la aplicación del presente reglamento. (REGLAMENTO GENERAL DE LAS PRISIONES MILITARES, 1944.)

Dichos fundamentos fueron especificados por el sistema de acceso a la información pública gubernamental, con fundamento en la Ley Federal de Transparencia un espacio que tiene el Gobierno mexicano para que las personas accedan a información que tiene que ver con el mismo, y en el cual se da la oportunidad para que las mismas realicen sus cuestionamientos, y que para el tema que nos concierne es importante resaltar que a la pregunta que formuló un ciudadano, donde indaga respecto del Sistema penitenciario militar en ese país, manifestó:

El sistema penitenciario militar tiene sus antecedentes al igual que sus similares del fuero federal y común, en los mismos en que se sustenta el sistema penitenciario mexicano, emanados del artículo 18 constitucional, y encuentra su fundamento legal en el artículo 13 de la Constitución Federal, el cual declara la subsistencia del fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; principio constitucional de donde deriva la facultad de la justicia castrense, para sancionar dentro de este fuero, al personal militar que trasgrede las leyes o reglamentos castrenses y en donde para la debida ejecución de las condenas privativas de libertad, requiere de centros de reclusión, en donde los sentenciados cumplan las penas impuestas. (SISTEMA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL DE MÉXICO, 2003.)

De igual forma, existe una diferencia en cuanto a la normatividad que rige el tema, puesto que si bien en Colombia dicha normatividad es limitada, en México es amplia, pues además de estar fundamentada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también tiene instrumentos jurídicos tales como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, Reglamento Interior de la Secretaría de la Defensa Nacional y Reglamento General de Prisiones Militares.

Como se evidencia, con relación a México existe una similitud general en Colombia, como quiera que también está instituido un trato diferencial para el personal militar en materia penitenciaria, sin embargo la reglamentación en dicho país es más amplia que la nuestra, además, según muestran las estadísticas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, los problemas que se presentan en los establecimientos penitenciarios militares son casi nulas respecto de las que se presentan en los establecimientos de corte ordinario o civil, situación que también

se asimila a lo sucedido en nuestro país, y lo que de una u otra manera demuestra la conveniencia de una naturaleza militar dentro de este tipo de sistemas, pues ello propende por el mantenimiento de la disciplina y el orden al interior de los mismos.

Salvador

Teniendo en cuenta que uno de los capítulos de este trabajo se relaciona con el momento histórico que vive el país, y en el cual se establece un cambio de carácter político en el mismo, y que toca también el tema atinente al fuero penitenciario y carcelario militar, se consideró necesario traer a colación y efectuar la comparación con la República de El Salvador, pues de una u otra manera dicho país ya pasó por la situación por la que está pasando Colombia.

Sin embargo, en materia penitenciaria, es necesario indicar que lo relacionado con el tema militar no se lleva la mayoría de las miradas, pues el centro de atención en esta materia está reservado a las pandillas, como quiera que como diría Fernando de la Cruz en su blog Sistemas Penitenciarios del Mundo, El Salvador le entregó sus cárceles a sus pandilleros, pues ante la agudización del problema de las pandillas en los centros penitenciarios, el Gobierno Salvadoreño adoptó por otorgarles a éstos un tratamiento especial y aislarlos, dándoles unas cárceles exclusivas para la reclusión de ellos, lo que no ha sido muy bien visto en la opinión pública de ese país.

Precisamente situaciones como esa, causan extrañeza ante la organización de naturaleza militar que existe en los sistemas penitenciarios que hemos observado, pues en El Salvador también existe esa política, sin embargo no parece ser suficiente ni tener la capacidad para mantener el control y el orden en los establecimientos penitenciarios, como se dijo y como se verá, las opiniones al respecto son divididas, por ejemplo el Director General de Centros Penales y Readaptación del Salvador manifestó en un artículo de su autoría:

Tales hechos requirieron la adopción de medidas alternativas, que lejos de llegar a constituirse en soluciones sostenibles, simplemente se convirtieron en "parches", que no han propiciado una organización centrada en la readaptación, sino, por el contrario, un trabajo orientado básicamente a la reclusión. Dicha situación puede visualizarse analizando la estructura actual de los centros penitenciarios, en los cuales prevalece una de tipo militar, con un comandante de centro como autoridad máxima; primero, segundo y tercer jefe, que sustituyen por sucesión el puesto del comandante en ausencia de este; inspector, cabo y cuerpo de vigilantes, cuya función es la seguridad interna y externa de las instalaciones penitenciarias. (PAREDES, J.M., 1997.)

En contraposición, en ese mismo país, se han efectuado estudios que propenden y se muestran a favor de mantener un corte militar para efectos de la organización y el control dentro de los establecimientos penitenciarios, pues lo ven como una de las características favorables para el éxito de ese sistema, sin embargo, es ahí donde se evidencia la diferencia entre quienes lo ven desde el interior de las instituciones a quienes les corresponde la aplicación y quienes lo analizan desde una perspectiva exterior:

A través de la investigación determinamos que la implementación de un régimen de corte militar, que con valores por excelencia rigen a las instituciones castrenses, se vea reflejado al interior del centro penitenciario siendo así un primer elemento la disciplina aplicada en un régimen militar deberá provocar que los sujetos sometidos a un régimen penitenciario con orientación militar sean disciplinados, que cumplan las normas establecida ya sean horarios o comportamientos de conducta buscando la eficiencia en los procesos de readaptación y reinserción, en cuanto a la disciplina que se inculca en un régimen militar provoca que el interno tenga un comportamiento adecuado y de provecho a la institución... (PEREZ AGUIRRE, QUINTANAR HERNANDEZ, VELIZ HERNANDEZ, MARCELA JEANNETTE. 2007. P204)

A manera de similitud encontramos que la estructura del Sistema Penitenciario en El Salvador, también está encabezada por el Ministerio de Justicia, y al igual que en Colombia, tiene una institución encargada de ello que en nuestro caso es el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en el de ese país es la Dirección General de Centros Penales y de Readaptación, sin embargo se puede observar que en dicho país, la Ley penitenciaria nada menciona respecto de dar un trato diferencial al personal militar para efectos de cumplir sus penas o medidas de aseguramiento, tampoco se encuentra nada al respecto en el Reglamento General de la Ley Penitenciaria.

Sin embargo, en el Código de Justicia Militar, en su artículo 11, se establece que los militares cumplirán sus penas y medidas de aseguramiento en centros penitenciarios y carcelarios comunes mientras no se establezca la existencia de centros especiales para ellos, lo cual evidencia una diferencia notable tanto con Colombia, como con los otros países que ya hemos analizado, pues no existe un fuero penitenciario y carcelario militar, sin embargo si un fuero penitenciario militar, pues la competencia del conocimiento de los delitos militares está en cabeza de tribunales militares determinados para ellos.

Con relación al último punto de este trabajo, es necesario resaltar que en El Salvador, después de la firma de la paz se dieron diferentes cambios, entre ellos, que el sistema penitenciario dejó de estar a cargo de las fuerzas militares y pasó a la fuerza policial, algo que en Colombia no sería necesario, pues ello ya está dado, y desde hace muchos años que el estamento militar no interviene en esas funciones:

Después de la firma de los acuerdos de paz, período en el cual se efectuó una transición hacia un estado de derecho, desaparecen todos los cuerpos de seguridad y se crea una Policía Nacional Civil, la cual queda fuera del ámbito militar y sus jefes son civiles. A la vez, se procede a combatir la ola de criminalidad que se vive en el momento, lo que viene a incrementar la cantidad de reclusos. (PAREDES, J.M. 1997. P3)

Finalmente es necesario indicar que en lo que respecta al sistema penitenciario y carcelario militar, existe lo que muchos llamarían, de un lado, una militarización del sistema penitenciario en general, y de otro, varía la decisión de otorgar o no la garantía de un fuero diferencial a los militares, en tanto que ello depende de muchas situaciones ajenas al solo hecho de ser o tener tal carácter, situaciones que dependen de aspectos tales como el sistema político, jurídico, económico y social, pues el establecimiento de dicha garantía implica la afectación, que puede ser positiva o negativa, de cada uno de esos aspectos, ya que lleva consigo decisiones de carácter político, jurídico, implica gastos que en muchos casos no se está dispuesto o no se tiene la capacidad de asumir, así como el señalamiento o la crítica social.

De igual forma, también se puede indicar que desde el punto de vista internacional tampoco se ha establecido ningún lineamiento frente al tema que nos ocupa, pues ningún estamento, instrumento, institución u organismo de ese carácter ha determinado o efectuado pronunciamiento alguno con relación al tratamiento diferencial para las personas que hagan parte de una institución militar y que por ejemplo, deban ser internadas en un establecimiento penitenciario en curso de una misión en apoyo a las Naciones Unidas, por decir algo.

Ello permite deducir que los estamentos de carácter internacional respetan las determinaciones de cada país respecto del tema, pues como se dijo, no es algo que se pueda establecer o estandarizar globalmente, ya que el tema depende de otro tipo de cosas externas y que son tan diversas y dinámicas como la misma geografía de los países en los que pueda o no operar.

Contextualización conceptual del fuero penitenciario y carcelario militar

Antes de definir los conceptos necesarios en la descripción del fuero penitenciario y carcelario militar, es indispensable efectuar una aproximación histórica de la función que cumplen las Fuerzas Militares, como quiera que es en razón a ello que se han ido construyendo y fortaleciendo los fundamentos ampliamente citados en este trabajo, de igual forma, porque es importante conocer los cambios que se han dado a través de la historia al interior de esas fuerza y lo que ha hecho que hoy en día temas como el que nos atañe, no sea un privilegio o prerrogativa desde el sentido literal de la palabra fuero, sino por el contrario, sea una verdadera garantía, merecida en razón a la loable labor que cumplen los hombres y mujeres que integran dichas instituciones.

Es así, que como es sabido, desde tiempos inmemoriales la existencia de los Estados ha estado respaldada por la existencia de Fuerzas Armadas que garanticen su seguridad y defensa, antecedentes como la consolidación de los Estados en el Continente Europeo, en la época de la Monarquía, la República y el Imperio,

constituyen un claro ejemplo de ello, donde la importancia de los Ejércitos era de tal magnitud, que sus máximos gobernantes (Reyes, Emperadores, Cónsules), eran los guerreros más aguerridos y jefes de los Ejércitos, quienes eran elegidos por sus méritos militares representados en triunfos militares, territorios conquistados, etc.

Como vemos, en dicha época la misión del Ejército era preponderantemente ofensiva-defensiva, pues se basaba en conquistar territorios ajenos para expandir su dominio y proteger el propio de cualquier agresión, teniendo como únicas premisas la lucha por su Estado y el honor militar, siendo permitido no dar cuartel, la devastación, la tortura, el saqueo y demás situaciones que se presentaban en las batallas militares, pues se justificaban en la defensa del Estado como razón de ser de la guerra y de su propia identidad como guerreros.

En esa misma época los castigos a los que eran sometidos los miembros de las Fuerzas Armadas eran bárbaros y extremos, pues existían diferentes penas, como el destierro, y en el mejor de los casos la muerte, pues vivir para soportar los inclementes castigos era peor que ésta.

En una época más próxima, con el surgimiento de los Estados – Nación y de nuevas formas de gobierno más incluyentes como la democracia, también se transformó la percepción con relación a las Fuerzas Armadas, pero siempre manteniendo la necesidad de su existencia como pilar fundamental para la permanencia de la institucionalidad bajo los presupuestos de la Seguridad y la Defensa del Estado. Dicha transformación radicó en la forma como se concebía la misión de dichas Fuerzas, pues lo fundamental ya no era conquistar sin límites territorios para la expansión del dominio y la protección de las murallas propias de los pueblos o ciudades, sino que tomaron un papel preponderante en uno de los componentes indispensables para la eficacia del Estado como es, el poder coactivo que éste tiene y la facultad de ejercerlo para con sus asociados.

De éste modo, con las sucesivas guerras mundiales, donde una vez más las Fuerzas Armadas de las potencias internacionales jugaron un papel de tanta

importancia en la historia, que fueron decisivas en la definición de los parámetros necesarios para delimitar su poder desde el punto de vista humanitario.

Época que estuvo marcada por los campos de concentración, violaciones de Derechos Humanos, en los que a centros penitenciarios se refería.

Es así, que surgen en el mundo distintos instrumentos para deslindar la actuación de las Fuerzas Militares en los conflictos que puedan a llegar a surgir; partiendo del ideal de paz, que sin embargo al ser precisamente eso, un ideal y ante la imposibilidad de evitar que se presenten conflictos entre los Estados deben ser regulados con el fin que guerras como las mencionadas no se volvieran a presentar en la historia.

Ahora bien, en Colombia la historia de las Fuerzas militares se remonta a la época de la Independencia, con lo que podemos llamar, nuestro primer Ejército, el Ejército Comunero, quien tenía como misión reclamar un mejor tratamiento económico, como rebaja de los impuestos por parte de la Corona Española levantándose en armas en el Virreinato de la Nueva Granada en 1781.

Con posterioridad dicho Ejército desaparece una vez fuera objeto de engaño por parte de la Corona con lo sucedido en las Capitulaciones de Zipaquirá, sin embargo resurge con el nombre del Ejército Libertador cuya misión desde 1810 fue librar la Guerra de la Independencia con la intención de lograr la emancipación de Colombia del Imperio español, lo cual se consolidó con el triunfo logrado en la Batalla de Boyacá el 7 de agosto de 1819.

De acuerdo a lo anterior, podemos afirmar sin lugar a dudas, que la existencia de las Fuerzas Militares y en especial del Ejército en Colombia surge al mismo tiempo que surge el Estado Colombiano y podría decirse que fue anterior a éste, por cuanto sin ellas no se hubiera logrado la emancipación de la Corona Española, es decir, no habría Estado.

A partir del Ejército Libertador y específicamente de la Independencia lograda por él, se le dio reconocimiento normativo, cuyo primer antecedente lo encontramos en la Constitución de Cúcuta de 1821, la cual creó formalmente, pero sin la suficiente ilustración en la Carta, las Fuerzas Armadas de la Gran Colombia, de la cual hicieron parte inicialmente el ya constituido Ejército y con posterioridad la Armada, a las cuales se les dio el nombre de Ejército de tierra y Ejército de mar.

Su misión, aunque no se estipuló de forma concreta en el texto constitucional, se puede deducir de su lectura, fue el mantenimiento de la independencia lograda y la protección de la soberanía de la Gran Colombia y del territorio nacional; demostrado incluso, en el conflicto de tipo internacional, en la Guerra Grancolombo – peruana en 1828.

La Constitución de 1830, establece por primera vez una regulación específica con relación a varios aspectos de las Fuerzas Militares, entre ellos el que nos interesa para efectos del presente trabajo, y que en su tenor literal expresó:

Artículo 104.- El objeto de la fuerza armada es defender la independencia y libertad de la República, mantener el orden público y sostener el cumplimiento de las leyes.

La misión de las Fuerzas Armadas establecidas en la Constitución de 1830, como la defensa de la independencia y libertad de la República, mantener el orden público y sostener el cumplimiento de las leyes, se repite en la Constitución de la Nueva Granda en 1832 y con posterioridad, la Constitución de 1886 establece un título denominado “De la Fuerza Pública” en el cual establece como misión la Defensa de la Nación.

En la actualidad, La Constitución Política de 1991 en su artículo 217, establece que las Fuerzas Militares, entre ellas el Ejército Nacional, tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

De igual forma el Decreto 1790 de 2000 en el cual se establece el régimen de carrera de las Fuerzas Militares, también establece la función de la misma.

De conformidad a lo anterior, es claro que la misión de las Fuerzas Militares en Colombia comprende cuatro aspectos a saber:

1. Defensa de la soberanía:

Pese a las distintas acepciones jurídicas que existen con relación al concepto de soberanía, para efectos del presente trabajo, partiremos de soberanía como principio, en los términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en su sentencia C-249 de 2004 estableció, que en virtud de la finalidad integradora de Colombia con otras naciones, se hace necesario el respeto de la soberanía, definida por el Derecho Internacional como la libre autodeterminación de los pueblos en aras de la convivencia pacífica entre los Estados, de forma tal que cada Estado tenga la absoluta libertad, autonomía e independencia, su propio ordenamiento constitucional y legal, resolviendo sus propios asuntos y actuando libremente en todo aquello que no atente contra los intereses y derechos de otros Estados.

De lo anterior se puede inferir que la misión de las Fuerzas Militares es no permitir la interferencia de otros Estados en los asuntos propios de Colombia.

2. Defensa de la independencia

En términos generales podemos afirmar para el efecto, que la Independencia es la situación en que un Estado no está sometido a la autoridad de otro, de tal suerte que en caso que de existir una pretensión en este sentido, le corresponde a las Fuerzas Militares impedirlo.

3. Defensa del territorio nacional

Este punto comprende la defensa por parte de las Fuerzas Militares, de la porción de superficie, terrestre, aérea y marítima, que pertenece a Colombia y sobre la cual ejerce su soberanía.

4. Defensa del orden constitucional

Hace referencia a velar por el cumplimiento de los postulados constitucionales y todas las disposiciones que en materia dogmática y orgánica establece. Constituye el aspecto de mayor relevancia con relación a la misión de las Fuerzas Militares en el Contexto de conflicto en que nos encontramos actualmente, pues precisamente el objetivo de los grupos armados ilegales que generan el mismo, es derrocar ese orden constitucional y su desacuerdo es con relación a él.

Ahora bien, teniendo claro que la misión de nuestras Fuerzas militares se circunscribe a la defensa del Estado por medio del uso de la fuerza y las armas en caso de ser necesario, y que en Colombia su existencia es paralela al conflicto mismo, se requiere saber cuál es el panorama actual de esa misión con relación al conflicto como se presenta en la actualidad.

Es necesario recordar que no obstante los diálogos de paz que se están finiquitando, el conflicto actual con relación a los Grupos al Margen de la Ley es lo que ocupa la mayor atención de las Fuerzas Militares en este momento, es decir preponderantemente se está ocupando el pie de fuerza militar en la Defensa del orden constitucional, sin perjuicio del cumplimiento de los demás aspectos de manera simultánea.

Ello obedece a que el conflicto armado interno generado por dichos grupos es el que representa una mayor amenaza para el Estado, por tal razón es deber de las Fuerzas Militares luchar contra quienes producen esa amenaza, siendo necesaria la aplicación de los tratados y convenios internacionales, en especial lo que tiene que ver con el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el protocolo II adicional a los mismos, como quiera que sus disposiciones atienden lo relacionado con los conflictos armados no internacionales como el que se presenta en Colombia.

En términos generales el conflicto armado interno se refiere al enfrentamiento armado al interior de un mismo Estado, donde uno o varios grupos se subvierten porque no están de acuerdo con el orden jurídico vigente en ese momento.

En Colombia las Fuerzas militares han tenido que luchar contra Grupos al margen de la ley, desde la época de la independencia, sin embargo para efectos del conflicto actual, podemos tomar como antecedente más remoto, la “época de la violencia” en los años 50 cuando los actores de ese conflicto eran los diferentes partidos políticos en una pugna por el poder del país. Desde entonces las Fuerzas del Estado han tenido que enfrentarse contra múltiples amenazas y actores del conflicto, grupos de extrema izquierda o guerrillas, de extrema derecha o paramilitares, y los carteles del narcotráfico.

Recordemos que durante la mencionada época emergieron diferentes grupos disidentes como se mencionaba, sin embargo los grupos que más han contribuido con el mantenimiento y progreso del conflicto son el Ejército de Liberación Nacional, creado aproximadamente en el año de 1964, el Ejército Popular de Liberación en 1967, el M 19 en 1970.

Sin embargo, entre la amalgama de actores generadores del conflicto, con los que se ha tenido que enfrentar las Fuerzas Militares, se destacan los grupos armados de extrema izquierda y dentro de éste las llamadas Fuerzas Revolucionarias de Colombia FARC, cuya creación se remota aproximadamente al año 1964 y mantiene su existencia hasta el momento, siendo uno de los objetivos primordiales del Estado acabar con ellas y así con la ola de terror que han sembrado a lo largo de los años en el país y que ahora se encuentran adelantando un proceso de paz, que si bien, ya fue firmado en parte, aún no ha acabado.

Para ello, las Fuerzas Militares se han preparado operacionalmente, con el fin de combatir contra esos Grupos terroristas, con medios y métodos que permitan enfrentar los riesgos que suponen las permanentes y continuas violaciones a los DDHH e infracciones al DIH por parte de los mismos.

Es necesario recordar que para terminar de un conflicto como el que vivimos en Colombia existen básicamente dos caminos, la salida negociada que corresponde a la parte política del Estado y la salida por medio del uso de las armas, que es la que corresponde aplicar a las Fuerzas Militares, y mientras la primera puede darse o no y no obstante lo que está sucediendo respecto de los actuales diálogos con las FARC, la segunda debe ser permanente mínimo respecto de los otros grupos, de ahí que simultáneamente a los procesos de paz que se puedan dar, ellas continúan utilizando la fuerza como monopolio del Estado, para lograr el final del conflicto.

De este modo, podemos afirmar que actualmente las Fuerzas Militares en Colombia, cumplen su misión constitucional empleando la mayoría de sus esfuerzos en acabar con el conflicto armado interno, lo cual hace necesario doblegar, neutralizar y en todo caso acabar con los Grupos Armados al Margen de la Ley, en especial las FARC, utilizando el uso de la fuerza como herramienta fundamental.

Pero para ello, es necesario que los hombres que estén comprometidos en esa tarea, gocen de la seguridad jurídica necesaria para poder adelantar sus funciones y tarea constitucional sin preocupación alguna, pues el hecho de no saber a qué se puedan ver avocados, frente a un presunto o posible proceso penal e imposición de una medida de aseguramiento o pena, es para cualquier persona motivo de preocupación, máxime cuando por las características de la labor que se cumple el tiempo para ocuparse de ello es muy limitado.

Ahora bien, establecida la complejidad que reviste para el militar cumplir una misión que le fue asignada por la Constitución Política, y las vicisitudes a las que se puede enfrentar, así como la necesidad de seguridad jurídica que se le debe proveer para asegurar un mejor cumplimiento de sus funciones, es necesario establecer los conceptos que para el tema que nos ocupa se aplican.

Si nos permitimos desglosar la palabra fuero, y partimos de su acepción gramatical, podemos encontrar que para la Real Academia de la Lengua Española, entre otras definiciones, la establecen como cada uno de los privilegios y exenciones que se

conceden a una provincia, a una ciudad o a una persona, o el privilegio, prerrogativa o derecho moral que se reconoce a ciertas actividades, principios, virtudes, etc., por su propia naturaleza; y la competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo.

Pues bien, es claro que, como se dijo en anteriores capítulos, la palabra “fuero” es muy utilizada, sin embargo no existe normativamente una delimitación, no obstante el término fuero penitenciario y carcelario militar si ha sido utilizado en diferentes ocasiones, en su mayoría por quienes tienen relación con el mismo y también por los medios de comunicación, para dar a entender la garantía de la que goza el personal militar para efectos de cumplir sus medidas de seguridad y penas privativas de la libertad en establecimiento carcelario, es así que no es extraño encontrar desde hace mucho tiempo publicaciones como:

“Mindefensa defenderá fuero carcelario para miembros de las FF.MM.” (El Espectador.com. 2011.)

Nótese que si bien en las definiciones se califica el fuero como privilegio o prerrogativa, los términos van seguidos de unas apreciaciones o explicaciones que denotan que ese no es reconocido caprichosamente, sino en virtud a algunas actividades y por razones específicas como lo es por su propia naturaleza. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, es necesario apartarse un poco de ese tipo de definiciones y establecer un concepto, de conformidad al desarrollo constitucional y jurisprudencial que se ha dado a los mismos en la práctica, así como acudir y consultar al espíritu de la norma o a la razón por la cual fue concebida, que para el caso, surge como una garantía que se debe otorgar a determinados cargos en beneficio y como medida de protección de la función pública.

Sin embargo para éste artículo, los fueros que cobran importancia son el fuero penitenciario y carcelario militar y el fuero penal militar, entendidos ambos como fueros con fundamento constitucional, concebidos como aquellas competencias y mecanismos jurisdiccionales establecidos con carácter diferencial e inspirados por

la misma Constitución Política, para efectos de dar observancia a sus propios principios y garantías.

Ahora bien, cuando hacemos alusión al fuero penitenciario y carcelario, nos estamos refiriendo a una doble connotación del fuero, que entraña dos circunstancias, de un lado, el primero hace alusión aquellos establecimientos donde se cumplirán las penas, es decir, donde se recluirá a personas con una sentencia previa de condena a pena privativa de la libertad en establecimientos de ese tipo; y el segundo hace referencia a los que están destinados a recluir personas privadas de la libertad preventivamente o que se encuentran dando cumplimiento a medidas de aseguramiento consistentes en privación de la libertad en establecimiento carcelario.

En cuanto a establecimiento penitenciario y carcelario, en términos generales, es el lugar donde se ejerce la custodia, vigilancia y cuidado de las personas que son privadas de la libertad, con miras a lograr la resocialización y reinserción a la vida social o prevenir que eludan la actividad jurisdiccional y el poder punitivo del estado (en el caso de las medidas de aseguramiento); de otro lado, los centros de reclusión militar constituyen los establecimientos encargados de la custodia, vigilancia y cuidado de los militares que son privados de la libertad, con el fin de lograr su reinserción a las Fuerzas Militares y a su vida y ambiente militar, en concordancia con el siguiente concepto: (PÉREZ, ESTEBAN, FERNANDO. 1993. P194) *“no hay mejor escuela que una unidad militar para inculcar las virtudes y cualidades que permitirán la normal reincorporación del militar que ha delinquido a la vida castrense, tras el cumplimiento de su pena”*.

Es así, que podemos afirmar sin lugar a dudas, que el término militar siempre viene precedido por algún otro término que nos ilustra y constituye un complemento a la palabra, en sí siempre hablamos de vida militar, ambiente militar, fuero militar, centro de reclusión militar, profesión militar, régimen disciplinario militar, régimen prestacional militar, centro recreacional militar, etc., para diferenciarlo de la función pública que realizan otras entidades del Estado no menos importantes, sin embargo

el concepto de militar puede ser amplio o restringido según se emplee; para éste efecto, se considera que militar en sentido amplio es todo aquello que hace alusión a lo castrense, constituyéndose en un calificativo, adjetivo o complemento de otros términos, conceptos o definiciones que se quieran emplear y se utiliza para ilustrar el contexto en que éstas se utilizan.

Ahora bien, en sentido estricto, militar es aquel individuo, miembro de las Fuerzas Militares o como se entiende en el argot militar, “personal uniformado”, y ésta concepción es consecuente con el significado etimológico de la palabra si se tiene en cuenta que militar, proviene del latín *militarius* que significa “soldado”.

Partiendo de éste último concepto, que podríamos llamar un concepto humanista o tomarlo como el sentido personal de la palabra, es necesario establecer que para efectos del presente artículo y para poder comprender los planteamientos establecidos con miras en la necesidad de un fuero penitenciario y carcelario militar, debemos conocer de qué se trata la sociología y la psicología militar.

La primera, se considera como aquella rama de la sociología que estudia al individuo que pertenece a las Fuerzas Militares, como un ser humano que teniendo similitudes intrínsecas con todos los demás seres humanos que no son militares (vg. Comer, dormir, recrearse, etc.), asume diferenciarse de éstos con una finalidad altruista en razón a su misión, lo que hace que su relación con los mismos sea particular. Siendo un tema tan interesante, muchos consideran que la sociología militar es muy desconocida y poco abordada, sin embargo, existen quienes establecen el concepto de sociología desde su utilidad:

Dentro de este orden militar las ciencias sociales y especialmente la sociología militar, permiten al mando ampliar sus conocimientos acerca del comportamiento de sus integrantes y en consecuencia facilita la toma de decisiones. En países avanzados la sociología militar ha pasado a ser un auxiliar indispensable del mando para hacer frente a nuevas responsabilidades militares contemporáneas. (GUTIERREZ, VALDEBENITO, OMAR. 2002. P97)

La anterior cita se considera acertada, si se tiene en cuenta que otras disciplinas como la psicología militar, también son de utilidad invaluable a la actividad militar. La psicología militar es el estudio de la psiquis del militar desde el contexto en que éste se desenvuelve, si se tiene en cuenta que sería nugatorio establecer un concepto de psicología que no tuviera en cuenta la especialidad y el ambiente del militar, ello se puede deducir de conceptos como el que sigue:

La Psicología Militar es una parte de la Psicología Aplicada y se ocupa de los procesos internos y el comportamiento observable de los hombres en las Fuerzas Armadas. La misión general de la Psicología Militar es el apoyo y la mejora de la eficacia y el atractivo de las organizaciones militares mediante el desarrollo y la aplicación de conocimientos de psicología. (HANSEN, DIETER. 1990. p1)

Establecidos estos conceptos, se hace necesario reiterar que los estudios que han arrojado éstas disciplinas demuestran y fortalecen el argumento de la diferenciación que es propio de los militares respecto de los civiles, es así, que para entender y aceptar en términos tanto teóricos como jurídicos ésta posición, es necesario darle validez, y ésta solo la podemos conseguir si nos basamos en el concepto de principios y derechos, en este caso el que encuentra acogida correspondería al Principio de Igualdad.

Antes de ello, es necesario manifestar que cuando hemos atendido al tema de las normas, en especial la Constitución Política, lo hemos hecho con el fin de extraer de ella, para nuestro tema, algunos imperativos categóricos, los cuales hemos tomado como referencia, concibiéndolos como exigencias incondicionales, siendo algunos de ellos los principios a la igualdad y el derecho a la vida:

A diferencia del imperativo hipotético, el categórico exige incondicionalmente que hagamos ciertas cosas o que las dejemos de hacer, esto es, sin suponer ninguna condición: uno debe, por ejemplo, respetar a los demás sin importar lo que uno piense, quiera o desee. La exigencia es incondicional. (RIVERA CASTRO, FAVIOLA. 2004. P4)

El Principio de Igualdad es el reconocimiento de la dinámica estructural de la sociedad, en tanto que ésta se conforma por seres humanos con condiciones y situaciones distintas. Ese reconocimiento, se materializa cuando se da un trato

diferente a las personas que tienen diferentes situaciones y condiciones, y a las que en éste sentido son iguales, se les ha de dar un trato igual. Éste concepto, es coherente con la teoría clásica que aplicaba Aristóteles y que fue anteriormente citada.

Ahora bien, en razón a conceptos de ésta naturaleza, se presentan confusiones respecto de si la igualdad concebida como se estableció, supone la aplicación de privilegios entre las personas a las que se les da un trato diferencial, a la luz de la sociedad, benignos. Pero, ¿qué es un privilegio?, para saber si el concepto de derecho a la igualdad trae como consecuencia la implantación de privilegios, es necesario saber a qué nos referimos, y bien, un privilegio es una situación diferente en que se pone a una persona y que beneficia a ésta por encima de las demás.

Sin embargo, como lo hemos manifestado, el fuero penitenciario y carcelario militar, como sucede con el fuero penal militar, no son privilegios, pues no están encaminados a beneficiar individuos, por el contrario, lo que buscan es otorgar unas garantías en virtud del ejercicio de una función pública y lo que ello implica, como en este caso para quienes ejercen las funciones establecidas en el Artículo 217 de la Constitución Política, el riesgo a la vida, razón por la cual ello consistiría en una máxima de nuestro ordenamiento jurídico, constituyéndose el fuero penitenciario y carcelario militar en una garantía y no en un privilegio, o como lo ha establecido la Corte Constitucional, en un derecho.

Lo anterior, entendiendo la garantía constitucional, como un medio para la realización de las máximas, representadas en los principios y derechos que tienen los asociados, reconocidos éstos como aquellos atributos que le son inherente a la persona y que como tal deben ser reconocidos. En este contexto, la aproximación de un concepto de Derecho en el sentido que estamos analizando, lo encontramos en el concepto de Derechos Humanos: (NIKKEN, PEDRO. P1) *Históricamente, la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado.*”

De acuerdo a lo anterior, teniendo en cuenta que uno de los fundamentos para la institución de un fuero penitenciario es la vida misma, entendiendo esto como la preservación de la seguridad e integridad personal, es necesario concebir la seguridad como aquel estado en que se encuentra una persona, desprovista de riesgos que puedan afectarle; así mismo la integridad personal, constituye un derecho del ser humano a no ser agredido o lesionado física ni psicológicamente. Son éstos, derechos fundamentales de rango constitucional, siendo que son ellos, atributos con los que nacen las personas y que le son inherentes a su condición de ser humano, es decir, son los mismos derechos humanos, pero positivizados y llevados por escrito a un ordenamiento jurídico, como sucede en Colombia.

Finalmente, no por ser menos importante, sino por necesitar la claridad de los anteriores conceptos para poder abordar el término de “enfoque diferencial”, que es un principio directamente relacionado con el planteamiento que nos ocupa, es necesario establecer, que además de ser un principio legal en éste caso, pero inspirado en los postulados constitucionales, en especial el de la igualdad, en ésta oportunidad lo concebimos como aquel principio mediante el cual se reconoce que los sujetos destinatarios de las normas en materia penitenciaria y carcelaria son distintos por su condición y posición en la sociedad, por ello requieren un trato diferente y por ende, que las disposiciones que se dicten al respecto deben estar con miras a respetar la naturaleza de esa desigualdad y la desigualdad misma.

Con lo anterior se quiere significar, que el Estado ha establecido diferentes formas de salvaguardar los derechos del personal que se encuentra cumpliendo medidas de aseguramiento o penas privativas de la libertad, de conformidad con criterios como los niveles de riesgo en razón a la función pública que cumplían, entre otros, como la edad, el género, etc., siendo que en el caso de los miembros de las Fuerzas militares, determinó la existencia de unos establecimientos externos, administrados por personal militar y en unas condiciones especiales.

El nuevo reto del fuero penitenciario y carcelario militar en el contexto político actual: Jurisdicción Especial para la Paz

Pese a las grandes críticas y se podría decir, la división que se ha evidenciado con relación al tema de los diálogos de paz entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC, no se puede ser ajeno, teniendo tantos temas que atañen y afectan directamente al personal militar. Lo cual lleva a tomar una actitud de preparación frente a los diferentes retos que puedan surgir de ello.

De modo tal, que el problema jurídico que nos ocupa, es de tal importancia que actualmente cobra mayor vigencia, teniendo en cuenta el contexto político y momento histórico en que se encuentra nuestro país, en virtud del reciente acuerdo para la terminación del conflicto armado interno entre un grupo armado al margen de la ley y el Gobierno de turno, lo cual constituye un nuevo reto.

Por consiguiente y teniendo en cuenta que las Fuerzas Militares hacen parte del Poder Ejecutivo, así como la jurisdicción penal militar en desarrollo del Artículo 221 Constitucional, siendo ello y la designación, también constitucional, del Presidente de la República como supremo comandante y jefe de las fuerzas Militares, una evidencia de la subordinación del poder militar al poder civil, todas las decisiones que en ese sentido se tomen, tendrán afectación positiva o negativa para los miembros de las instituciones castrenses, incluso en materia penal militar y penitenciaria.

En virtud de lo anterior, el anuncio efectuado el pasado 23 de septiembre por los dos representantes de las partes negociadoras y cuyo comunicado se puede encontrar en la página oficial de la “mesa de conversaciones para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia”, reviste gran importancia para el tema que nos ocupa, pues si bien es cierto, aún no existe una norma de carácter jurídico, sí existe un documento oficial “acuerdo”, cuyo contenido ha sido firmado por parte del mismo Presidente de la República, en representación

del Estado Colombiano, así como se ha explicado por parte de los negociadores designados para llevar a cabo dichas negociaciones que tienen como fin último la terminación del conflicto en Colombia, mediante la firma de un acuerdo bilateral.

Es así, que en ese contenido se establece algo relacionado con el fuero penitenciario y carcelario militar, si bien no expresamente, si surge del análisis de dicho acuerdo, pues, partiendo de que se ratifica lo manifestado desde el acuerdo general de las negociaciones, en el sentido que todos y cada uno de los acuerdos que se establezcan en materia de justicia, serán aplicados en igualdad de condiciones, pero de forma diferenciada a los miembros de las FARC como de la Fuerza Pública, surgen algunos cuestionamientos, en cuanto al punto No. 7 del acuerdo estipulado en el comunicado No. 60 de las negociaciones, el cual supone que con la creación de la Jurisdicción especial para la paz se establecen como sanciones para quienes se acojan a la misma, la restricción efectiva de la libertad de un lado, y de otro, la sanción de prisión en condiciones ordinarias:

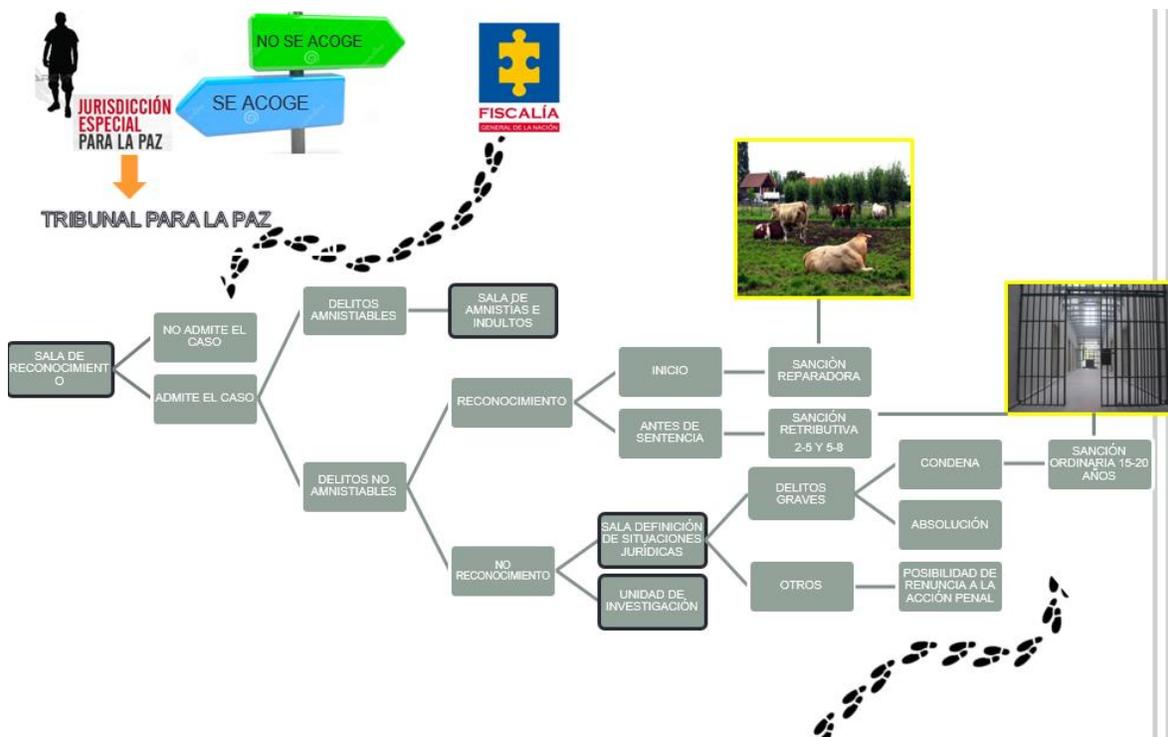
Las sanciones para quienes reconozcan delitos muy graves tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de 5 años y un máximo de 8 de restricción efectiva de la libertad, en condiciones especiales, las personas que hagan dicho reconocimiento de manera tardía ante el Tribunal serán sancionadas con pena de prisión de 5 a 8 años, en condiciones ordinarias. (MESA DE CONVERSACIONES DE LA HABANA. (2015) P.2)

Al respecto, se han suscitado diversas interpretaciones y se ha dejado aún sin aclarar la posibilidad de la creación y adecuación de sitios especiales para que los miembros de las FARC den cumplimiento a las sanciones impuestas y que correspondan a restricciones efectivas de la libertad, en virtud de la jurisdicción especial para la paz. Es así, que cuando hacemos una lectura armónica de todas estas situaciones, surgen cuestionamientos respecto a la forma en que serán aplicadas ese tipo de medidas especiales, con relación a la Fuerza Pública, y en especial, en lo que tiene que ver con los sitios o establecimientos donde se podrán

purgar las sanciones de restricción de la libertad eventualmente impuestas por la mencionada jurisdicción y aún de penas privativas de la libertad.

Es decir, existe una gama de posibilidades en materia carcelaria y penitenciaria para los miembros de las Fuerzas Militares en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, que si bien están por definirse, se puede evidenciar que todo transcurre en forma muy rápida, de hecho ya cursan proyectos de acto legislativo en el Congreso y se continúa con la definición de ese tipo de detalles en la mesa de conversaciones, como se desprende del comunicado oficial No. 61.

Sin embargo, aquí podemos plantear algunas de esas posibilidades y que se analizan de acuerdo con el panorama general que se evidencia en la siguiente gráfica y que es producto del análisis documental de los acuerdos existentes hasta el momento, así como de los diferentes pronunciamientos efectuados por los plenipotenciarios y negociadores de la mesa de conversaciones:



Mapa conceptual No. 1

De lo anterior, podemos determinar que la posible Ley Estatutaria que se dicte en virtud de un eventual acuerdo de terminación del conflicto, deberá precisar el sitio donde se cumplirían tanto la restricción efectiva de la libertad como la pena privativa de la libertad, por parte de los miembros de las Fuerzas Militares que decidieren someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz y que de acuerdo a los argumentos establecidos en el anterior acápite, deberán ser establecimientos penitenciarios y carcelarios especiales para ese tipo de personal (centros de reclusión militar), pues los fundamentos jurídicos, constitucionales y legales se mantienen incólumes en esa eventualidad.

Una posición contraria a lo inmediatamente establecido, constituiría una vulneración de los derechos y principios que ya ampliamente se han citado en éste artículo y una persistencia en la inseguridad jurídica y el problema jurídico que nos ocupa.

Por consiguiente y anticipándonos a las distintas situaciones que supone la terminación del conflicto, con todos los matices ya mencionados y con el anuncio del Comandante del Ejército Nacional, respecto de una eventual modificación de la doctrina militar, podríamos decir que el tema que nos ocupa, es decir, el del cumplimiento de sanciones penales restrictivas o privativas de la libertad para los miembros de la Fuerza Pública cobraría más fuerza, si se tiene de presente que en ese nuevo contexto y en el marco de la justicia transicional tendría que considerarse, lo cual conllevaría, a juicio de quien escribe éstas líneas, a producir un cumplimiento irrestricto del fuero penitenciario y carcelario militar en los términos ya establecidos, pero con un componente adicional y es el cumplimiento de los acuerdos y mecanismos pactados en la materia.

Es importante que cada uno de los temas que afecten como Fuerzas Militares, tengan en cuenta los nuevos retos que se presentan en el desarrollo de las políticas y decisiones de Gobierno, y el problema que se planteó para la elaboración de éste artículo, como podemos vislumbrarlo, no es la excepción, máxime cuando para

muchas personas, ésta perspectiva podría constituir una amenaza al fuero penitenciario y carcelario militar.

Lo importante en este tema, es que se aproveche y se vean todos estos cambios como una oportunidad para revestir de seguridad jurídica y fortalecer los fundamentos normativos respecto del sistema penitenciario y carcelario para los miembros de las fuerzas militares, puesto que, como quedó evidenciado, presenta algunos vacíos que dan pie para que se interprete de una forma errónea y con ello se afectan los derechos y garantías constitucionales de ellos, lo cual está en contravía de los fundamentos constitucionales ya ampliamente aludidos en este trabajo.

La eventual firma de un acuerdo de terminación del conflicto, algo histórico para nuestro país, y el casi inminente posconflicto que se instituirá como una etapa en un futuro no muy lejano, obliga a los miembros de la Fuerza Pública a analizar las situaciones que de ello se deriven y anticiparse, si es necesario a algunos cambios que se producirán con relación a sus miembros y que son del resorte específico de esas instituciones, con el fin que se aporten las propuestas necesarias para que ello no suponga un cambio inesperado e intempestivo, sino una modificación progresiva para la cual exista un grado de preparación y por tanto se disminuyan los efectos negativos que puedan llegar a causarse.

La finalidad de éste corto aparte en el presente artículo, es cerrar el mismo, abriendo la puerta a nuevas investigaciones e ideas que será necesario que surjan con el devenir de los diferentes espacios y situaciones respecto del momento coyuntural pero histórico que vive el país, deseando que sea una oportunidad para fortalecer aspectos normativos, así mismo para tomar ejemplos de otros países, pero que estos se tomen con beneficio de inventario, en razón a que el nuestro tiene unas características muy particulares y la aplicabilidad que se puede dar a diferentes medidas, no pueden ser iguales en nuestro caso que en otros.

Conclusiones

- Los fundamentos constitucionales del fuero penitenciario y carcelario militar se resumen en el contenido de los artículos 2, 11, 18 y 221, es decir, en el principio y el derecho a la igualdad, el derecho a la vida y el fuero penal militar.
- El fuero penitenciario y carcelario militar es un tema global, en el que se encuentran muchas similitudes a la forma en que opera en Colombia frente a otros países, sin embargo también se notan diferencias en las cuales se evidencia la falta de delimitación del tema.
- La conceptualización del fuero penitenciario y carcelario militar, incluye la contextualización de una pluralidad de términos propios, algunos de los cuales es necesario, se amplíe su carácter normativo, mediante disposiciones que sean incluidas en el ordenamiento jurídico del país.
- El nuevo reto que enfrenta el fuero penitenciario y carcelario militar, hasta el momento permanece incólume, lo cual demanda de altos mandos y en especial del Gobierno Nacional, una defensa y reevaluación del mismo, para efectos de no hacer nugatorios los logros que al respecto se tienen hasta el momento y por el contrario, que sea una coyuntura para fortalecerlo.

Recomendaciones

- Desde el Ministerio de Defensa Nacional, con intervención de las diferentes Fuerzas, presentar ante el Congreso de la República una reforma constitucional para efectos de incluir en el establecimiento del fuero penal militar, el fuero penitenciario y carcelario, como garantía de seguridad jurídica para sus destinatarios.

- Establecer una definición normativa o jurisprudencial frente a conceptos importantes como el fuero, para efectos de evitar que la aplicación de garantías tan relevantes como la que nos ocupa, sea interpretada de forma subjetiva, vulnerando en muchas ocasiones derechos y garantías fundamentales.

Referencias bibliográficas.

Textos literarios

1. Beristain, Antonio. (1979). *Cárceles españolas comunes y militares y sustitutivos*. Madrid, España: Universidad de San Sebastián.
2. Gallego Giraldo, E. y Posada, J. D. (2013). *Delito y tratamiento penitenciario en el contexto de los Derechos Humanos*. Medellín, Colombia: Unaula.
3. García Valdés, C. (1982). *Estudio de Derecho Penitenciario*. Madrid, España: Tecnos.
4. Hansen, D. (1990), *La sicología en los Ejércitos Europeos*. Alemania: Bonn
5. Kelsen, Hans (1934), *Teoría Pura del Derecho*. Alemania: Teudeba.
6. Omar Gutiérrez, V. (2002), *sociología militar*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria Santiago de Chile.
7. Pérez Pérez, Esteban (1993), *El Derecho Penitenciario Militar*. Madrid: CSIC.
8. Santos, Buoventura de Sousa y García Villegas Mauricio. (2004). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*. Colombia: Siglo de Hombres editores.
9. Sarkesian, S. C., Connor, J. R., Robert, E. (1999), *La profesión militar en EE.UU en el Siglo XXI Guerra, paz y política*.
10. Serrano Patiño J., V. (2012), *El sistema penitenciario militar español*. Madrid, España: Ministerio del Interior.

Artículos, revistas y publicaciones

1. Andújar Castillo, F. (1995). El fuero militar en el siglo XVIII. Un estatuto de privilegio. *Chronica Nova*, 11-31.
2. Canales García, M. (1989). Principios generales y principios constitucionales. *Revista de estudios políticos*, 131-162.
3. Carmona Cuenca, E. (1994). El principio de igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de estudios políticos*, 265-285.
4. Chaparro, J. C. (2010). Fuero y justicia penal militar en Colombia: debates y controversias. 1821-1829. *Memoria y sociedad*, 71-90.
5. Comisión Nacional de Derechos Humanos. (2015). Diagnóstico Nacional Sistema Penitenciario.
6. Mejía Azuero, J.C. (2013). El fuero penitenciario militar en Colombia.
7. Nikken, P. (1994). El Concepto de Derechos Humanos. *Estudios básicos de Derechos Humanos*. 15-37.
8. Prieto Sanchís, L. (1995). Los derechos sustanciales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de estudios constitucionales*. 9-57.
9. Paredes, J.M. (1997). Salvador, situación del sistema penitenciario. 1-36
10. Rivera Castro, Faviola. (2004). Artículo El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres. *Revista Digital Universitaria*. 1-6.

Documento en línea

1. Comunicado conjunto #60 sobre el Acuerdo de creación de una jurisdicción especial para la paz (2015, 23 septiembre). *Mesa de conversaciones para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia*, [en línea]. La Habana, Cuba, recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co>

2. Misión Internacional Derechos Humanos y situación carcelaria. (2001). Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU. [en línea]. Bogotá, Colombia, recuperado de http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_75.pdf?view=1
3. Mindefensa defenderá fuero carcelario para miembros de las FF.MM. El Espectador.com, [en línea]. Bogotá, Colombia: Judicial. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/mindefensa-defendera-fuero-carcelario-miembros-de-ffmm-articulo-262455>.

Normatividad constitucional y legislativa interna

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [en línea]. Recuperado de <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>
2. Reglamento General de las Prisiones Militares. 1944, DOF 22 de noviembre de 1944. [en línea]. Recuperado de http://www.sedena.gob.mx/pdf/reglamentos/rglmto_pris_mil.pdf

Jurisprudencia interna

1. Sentencia T – 153 de 1998. Corte Constitucional. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. (1998, 28 de abril)