

DERECHO DE DEFENSA TECNICA

El derecho a la defensa técnica como una modalidad específica del debido proceso penal constitucional se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito, ya que, además, aquella es una regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior en la que se establecen las principales reglas de carácter constitucional que en todo caso deben regir la materia del proceso penal.

ABOGADO DEFENSOR-Oficial Activo

La calidad de militar en servicio activo resulta incompatible con los elementos de la noción de defensa técnica a que se refiere el artículo 29 de la Carta, puesto que como tal el funcionario de las Fuerzas Militares se debe a una permanente relación jerárquica, propia de las estructuras orgánicas de aquella naturaleza, y debe cumplir como militar con la orden del superior; ésta lo exime de responsabilidad y, por tanto, con la investidura que confiere el servicio activo puede reducir la autonomía, la independencia y la capacidad de deliberación que reclama el carácter técnico de la defensa que garantiza la Constitución. La defensa y la asistencia penales no pueden adelantarse por quien no sea abogado y el militar en servicio activo no puede ser abogado defensor, pues está sometido a una relación jerárquica inadmisibile con aquel encargo.

REF.: Expediente No. D-338

Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 374 (parcial) del Decreto-ley 2550 de 1988 (Código Penal Militar).

Actor:

JOHANNE BEATRIZ YAÑEZ CARDENAS

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre nueve (9) de mil novecientos noventa y tres (1993)

I. ANTECEDENTES

Se admitió la demanda y se ordenó su fijación en lista y el traslado correspondiente al Despacho del señor Procurador General de la Nación para efectos de recibir el concepto fiscal de su competencia; además, se ordenó practicar las comunicaciones respectivas tanto al señor Presidente de la República como a los señores Ministros de Justicia y de Defensa, de conformidad con lo previsto por el artículo 11 del Decreto-ley 2067 de 1991.

Una vez cumplidos todos los trámites indicados para esta clase de actuaciones procesales de control de constitucionalidad, procede la Corte a pronunciar su decisión.

II. EL TEXTO DE LA DISPOSICION ACUSADA

“DECRETO NUMERO 2550 DE 1988

“(diciembre 12)

“Por el cual se expide el nuevo Código Penal Militar

“...

“Artículo 374. Quién puede ser defensor. En los procesos penales militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo.

“Los oficiales sólo podrán actuar en los recursos de casación y revisión cuando sean abogados en ejercicio”. (La parte subrayada es la demandada).

III. LA DEMANDA

A. Normas que se Estiman Violadas

Para el actor, la disposición acusada resulta contraria a lo establecido por los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.

B. Concepto de Violación

- En opinión del actor, el artículo 374 al estatuir la posibilidad de que el cargo de defensor en

los procesos penales militares pueda ser desempeñado por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, es abiertamente contrario a los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, pues, el primero establece la igualdad de todas las personas ante la ley y ante las autoridades y, el segundo, el derecho al debido proceso y a la defensa. Las razones que aduce como concepto de la violación son en resumen, las siguientes:

- El artículo 29 de la C.N. dispone que la defensa de los sindicatos, sólo puede estar a cargo de los abogados y no hace ninguna distinción, ni consagra excepciones respecto de la justicia militar; por lo tanto, la norma acusada es inconstitucional, al permitir ejercer el cargo de defensor a oficiales de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, toda vez que permite eludir el cumplimiento del requisito del ejercicio de la defensa por un abogado.

- En la justicia penal ordinaria el cargo de defensor debe ser ejercido por un abogado inscrito (arts. 138, 140, 141 C.P.P.) y la excepción establecida en la ley consiste en autorizar a algunas personas, tales como ciudadanos honorables o estudiantes de derecho, para que asistan al sindicato en la diligencia de indagatoria; inclusive se permite recibir dicha indagatoria sin la asistencia de defensor (arts. 148, 355 C.P.P.). Sostiene que el Código Penal Militar al ordenar la remisión a las disposiciones contenidas en los Códigos de Procedimiento Penal y Civil, conduce a evidentes contradicciones, pues, mientras que la regla general en el proceso penal ordinario, es que la defensa se confíe a abogados inscritos, la norma acusada por el contrario, señala que la defensa como regla general, la pueda ejercer cualquier oficial en servicio activo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y la excepción es que se confíe a un abogado inscrito.

IV. INTERVENCION DEL MINISTRO DE DEFENSA

El Ministro de Defensa, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2 del artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, expone las razones que justifican la constitucionalidad de la norma acusada:

- “Las razones que inspiraron la norma acusada, se encaminan a proteger y tutelar al militar y al policía implicado en un proceso penal; por lo tanto, les asiste la doble opción de escoger que su defensa sea ejercida por un abogado en ejercicio o por un militar de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en servicio activo”. Advierte, que la segunda posibilidad se

otorga porque la actividad misma de la fuerza pública, en ocasiones, impide contar con un abogado que esté en capacidad inmediata de asumir la defensa, como sería en circunstancias especiales de orden público, o a bordo de nave o aeronaves de guerra, sea en aguas internacionales o en el espacio aéreo.

- Haciendo un análisis del principio constitucional de la igualdad ante la ley, concluye que si no existiera una norma como la consagrada en el artículo 374, no se cumpliría con la igualdad real y efectiva, toda vez que la posibilidad que tienen los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo de ejercer la defensa de los miembros de la fuerza pública, obedece a razones objetivas y fundadas en fines legítimos, pues debe actuar en condiciones especiales. Negar esa posibilidad de defensa, conllevaría a la desatención y a la carencia de oportunidades especialmente para quienes detentan bajos grados de jerarquía castrense o por quienes se encuentran aislados de los centros urbanos.

- Advierte que el ejercicio de la profesión de abogado y sus condiciones están delegadas al legislador, por haber desaparecido el enunciado consagrado en la Constitución de 1886, que establecía que “Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito”.

- Considera, que si bien es cierto que el artículo 29 de la C.N. preceptúa de manera genérica el derecho al debido proceso y defensa, también lo es que el art. 221 de la Carta, dispone la competencia exclusiva de las cortes marciales o tribunales militares, para conocer de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y con arreglo a las disposiciones contenidas en el Código Penal Militar, de lo que deduce que a la materia se le ha dado un tratamiento especial.

V. EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación, en ejercicio de la competencia atribuida por los artículos 242 num. 2o. y 278 num. 5 de la Carta, rindió el concepto fiscal correspondiente y en él solicita que se declare que la disposición acusada es inexecutable. Fundamenta su solicitud en las siguientes consideraciones:

- “El derecho de defensa se consagra como garantía de tipo individual para todo sindicado. Comporta de una parte, el reconocimiento legal de la posibilidad que tiene todo sindicado para defenderse durante todos los momentos procesales; y de otra, el derecho a una defensa

técnica, es decir, a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”. Así mismo sostiene que “de acuerdo con la Constitución y el desarrollo legal correspondiente, quienes tienen la formación y el conocimiento jurídico y están habilitados para defender los derechos de los sindicatos, son los abogados, quienes son adiestrados en el conocimiento de lo jurídico material y en el manejo de los instrumentos y mecanismos procesales adecuados para exigir de la justicia el respeto a las garantías judiciales fundamentales”.

- Buscando el alcance de la norma acusada, precisa que este precepto establece la posibilidad de que en los procesos penales militares, el sindicato pueda escoger como defensor, un abogado en ejercicio o un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, sea o no éste último abogado en ejercicio. En el primer evento la norma no quebranta disposición jurídica alguna. En el segundo caso, -ser ejercida la defensa por un oficial de las fuerzas militares o de la policía nacional en servicio activo y que además ostente la profesión de abogado-, considera que en principio se cumpliría con la exigencia contenida en el artículo 29 de la Constitución Nacional, pero analizando este evento concluye, que “no constituyen garantía del libre desarrollo de la asistencia técnico-jurídica a que tiene derecho todo sindicato, toda vez que los principios en que se basa la función militar obedecen a la relación de sujeción entre los miembros de la fuerza pública, encuéntrense o no inscritos como abogados. ”

- Por último, advierte que: “la situación de un sindicato puede ser más gravosa si además de contar con un defensor militar en servicio activo, no tiene la formación como abogado, teniendo en cuenta que la norma constitucional cualifica el derecho que tiene todo sindicato a circunscribir su escogencia en un abogado, o en su defecto de oficio, igualmente se le designa un profesional del derecho.

“Como se ha expuesto, el derecho de defensa y el derecho a ser asistido por un abogado, son derechos fundamentales de todo sindicato, no se trata de derechos renunciables, tanto así que en caso de que el sindicato no escoja abogado que lo asista durante el proceso el Estado tiene la obligación constitucional de nombrarle uno de oficio.”

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Primera: LA COMPETENCIA.

El Decreto 2550 de 1988, “Por el cual se expide el nuevo Código Penal Militar”, del que hacen parte las disposiciones demandadas, fue expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas mediante la Ley 53 de 1987.

Así pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, esta Corte es el tribunal competente para fallar en definitiva respecto de la constitucionalidad de la parte acusada del artículo 374 del Decreto 2550 de 1988.

Segunda: EL EXAMEN DE LA DISPOSICIÓN ACUSADA

A. De modo apenas preliminar, y para determinar el objeto jurídico de la demanda formulada en este caso, se observa que la parte acusada del artículo 374 del Código Penal Militar, para las etapas del proceso penal militar en las que interviene el defensor, establece la legitimidad del ejercicio de la defensa y de la asistencia judicial por personas con el rango de oficial en servicio activo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, inclusive sin que esta categoría de servidores públicos deba ostentar o acreditar en estos asuntos su condición de abogado.

Obsérvese que la disposición acusada pertenece a una regulación legal anterior a la nueva Constitución y que, en estos casos, debe examinarse si se encuentra derogada directa o tácitamente por ser contraria a la regulación superior sobreviniente, o si es apenas contraria a ésta por oponerse a sus principios, valores, objetivos y fines y previa una lectura sistemática e integral de la misma codificación superior, lo cual puede conducir a una modalidad de inconstitucionalidad sobreviniente. Además, debe examinarse si la disposición legal anterior se adecúa a la Carta total o parcialmente, o si cabe una interpretación restrictiva frente a los términos de la nueva normatividad superior; en este asunto la Corte se ocupa del examen integral de la misma, siguiendo estas pautas para efectos de determinar la correspondencia de la disposición acusada con la Carta de 1991.

B. Además, se debe observar, con el propósito de definir el marco normativo dentro del cual se adelanta este examen de constitucionalidad, que el asunto de que se trata en esta oportunidad pertenece a un ámbito específico de la organización constitucional de las

jurisdicciones que existen en nuestro regimen jurídico, dentro de las cuales se encuentra la penal militar, la ordinaria, la contencioso administrativa, la constitucional, la de los pueblos indigenas y la de los Jueces de Paz, y que las regulaciones sobre esta jurisdicción no pueden confundirse con las prescripciones propias de la regulación de los distintos regímenes disciplinarios, dentro de los cuales también se encuentra el militar y de policía que son de creación legal.

Tampoco puede examinarse el asunto sin entender que la jurisdicción penal militar existe por mandato constitucional y que ella obedece, además de a lo establecido en la Constitución Nacional en materia de debido proceso y de derecho de defensa, a lo que en su desarrollo establezcan las prescripciones del Código Penal Militar, ya que el artículo 221 de la Carta establece que “De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.”

C. En primer término se encuentra que, de conformidad con las prescripciones generales a las que corresponde la disposición acusada, contenidas en el Código Penal Militar expedido antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, y que atienden a las tradicionales finalidades de la Justicia Penal Militar y a los bienes jurídicos protegidos por aquella, se ha admitido el establecimiento de una especie de dispensa frente al principio jurídico según el cual la defensa de los sindicados en materia penal requiere de la presencia de un profesional especialmente habilitado para la satisfacción de la causa de aquellos y para la de los fines generales de la justicia penal, y que aquella bien podía adelantarse, en el ámbito penal militar, por un oficial de la fuerza armada o de la Policía en servicio activo.

Este modo de concebir la noción del derecho de defensa en el ámbito penal especialmente elaborada para el proceso penal militar, ha sido tradicionalmente aceptada en nuestro medio, y aún, por vía general, dentro de los sistemas jurídicos, tanto de derecho común y judicial, como de derecho legislado y codificado, por diversas razones relacionadas con la naturaleza de las cosas que se juzgan en la mencionada jurisdicción; así, atendiendo a los bienes jurídicos que se persigue proteger, lo mismo que a los altos fines del Estado y a sus altos intereses como los de la seguridad exterior, la defensa nacional, el orden público militar y la unidad de las estructuras jerárquicas de sus cuerpos se admitió que las delicadas labores de la defensa del sindicado bien pueden ser adelantadas sin dificultad constitucional alguna por

los oficiales en servicio activo de la mismas fuerzas armadas y, en algunos casos, de la Policía, así ocurría hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta de 1991 y lo señala de manera reiterada la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y de su Sala de Casación Penal.

Empero no obstante los pronunciamientos que al respecto se hicieron en la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación y de revisión de aquellas causas, y la legalidad y la legitimidad constitucional bajo cuyo amparo se aplicó, lo cierto es que en el momento de pronunciar este fallo la situación se plantea ante una nueva normatividad constitucional, en la que se ha dispuesto una regulación específica sobre esta materia, con independencia de si se trata de la regulación penal ordinaria, de la regulación especial que aún existe para delitos de competencia de los jueces regionales, o de la justicia penal militar, como se verá enseguida

D. En este sentido encuentra la Corte que el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Nacional en forma precisa establece que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...”; al respecto, se considera que es voluntad expresa del Constituyente de 1991, la de asegurar a todas las personas, en el específico ámbito de los elementos que configuran el concepto de debido proceso penal y de derecho de defensa también en el ámbito penal, el respeto pleno al derecho constitucional fundamental a la defensa técnica y dicha voluntad compromete, con carácter imperativo y general, al legislador, a la ley y a los jueces.

Esto significa, que dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria que lo permita. Además, dicha defensa técnica comprende la absoluta confianza del defendido o la presunción legal de la misma confianza en el caso del reo ausente; en este sentido es claro que el legislador debe asegurar que las labores del defensor sean técnicamente independientes y absolutamente basadas en la idoneidad profesional y personal del defensor.

En verdad lo que quiere el Constituyente no es que se asegure que cualquier persona asista al sindicado en las mencionadas etapas procesales señaladas en el citado artículo 29; en este sentido sería absurdo que en la Carta se hiciese mención a la figura del profesional específicamente habilitado como abogado para adelantar las delicadas funciones de la defensa, para permitir que el legislador por su cuenta habilite a cualquiera otra persona, o a otro tipo de profesional, para adelantar las labores de la defensa, si éstos no acreditan la mencionada formación.

Este elemento aparece expresamente consagrado en la Carta junto a otros, igualmente específicos y predicables del concepto de debido proceso penal y de derecho de defensa penal, que hacen parte de la disciplina del derecho constitucional procesal, de tanta importancia para el constitucionalismo contemporáneo y cuya influencia en las labores del Constituyente de 1991 es notoria.

No sobra advertir que las tendencias de este movimiento constitucionalista se manifiestan, entre otras cosas, en el especial reforzamiento de las instituciones y de los principios jurídicos de rango constitucional previstos para la protección de las garantías procesales de la libertad de las personas naturales, y que el derecho a una defensa técnica puesta al servicio de la causa de la libertad es, pues, uno de los más importantes aportes de la Carta de 1991 a esta idea. No se trata del descubrimiento de unas nuevas fórmulas que desconozcan las conquistas del derecho público clásico y demoliberal, tan afecto a las causas de la libertad y de la abolición de los instrumentos que la niegan; tampoco se trata del reconocimiento del supuesto fracaso del tradicional orden jurídico representativo basado en el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, como parece entenderlo el Ministerio Público; simplemente se estima que en estas materias se hace necesario reforzar y extender las garantías procesales de orden penal, entre otras formas de amparo indirecto y genérico de la libertad, en atención a los riesgos que ésta corre por fuerza del desarrollo de los recursos de represión del hombre en la sociedad tecnológica y masificada, y por la debilidad de las sociedades libres ante la capacidad destructora de los nuevos e instrumentos de la guerra y de la dictadura.

E. No asiste duda respecto de la proscripción constitucional de las modalidades de investigación o de juzgamiento penal, en las que existiendo sindicado no participe el defensor tal y como lo ha advertido de modo reiterado esta Corporación; igualmente,

tampoco existe duda en lo que se refiere al valor y alcance general de la mencionada garantía constitucional extendida ahora de modo expreso a todos los procesos penales, inclusive a los militares, dados los términos empleados por las restantes partes de la disposición que se cita en los que se advierte que las reglas en ella establecidas están previstas para que sean aplicadas a todas las personas y a todo aquel que sea sindicado.

Así, el derecho a la defensa técnica como una modalidad específica del debido proceso penal constitucional se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito, ya que, además, aquella es una regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior en la que se establecen las principales reglas de carácter constitucional que en todo caso deben regir la materia del proceso penal; de manera que todas las disposiciones que sean objeto de regulación contraria deben ceder al vigor superior de la Constitución. En este sentido no puede sostenerse bajo los presupuestos de la Carta de 1991, que la urgencia, la trascendencia, la importancia o la prevalencia que en algunos asuntos plantea la justicia penal militar permita dispensar la presencia del abogado escogido por el sindicado, o de oficio, durante la investigación o el juicio. En este orden de ideas, no obstante la competencia del legislador para establecer las mencionadas disposiciones aplicables a los procesos penales militares, esta facultad otorgada de modo especial y expreso por el constituyente no alcanza para disponer del derecho a la defensa y a la asistencia técnica por un abogado en favor del sindicado, tal y como lo exige la Constitución; además, se observa la prevalencia de los derechos constitucionales fundamentales, asegurados de modo expreso por el Constituyente, uno de los cuales es el de la defensa técnica del sindicado.

F. Bajo estas consideraciones, tampoco es admisible que el abogado defensor sea al mismo tiempo oficial en servicio activo, puesto que la Corte encuentra que no obstante la existencia de la noción constitucional de la jurisdicción penal militar que se desprende del citado artículo 221 de la Constitución, como categoría normativa de creación de esta especial jurisdicción y que remite al Código Penal Militar el establecimiento de las prescripciones con arreglo a las cuales las cortes marciales o tribunales militares conocen de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, la Carta no permite la incorporación de un elemento como el que plantea en una de sus interpretaciones la disposición acusada, según el cual en los procesos penales militares el cargo de defensor podría ser desempeñado por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, desde luego, aunque el defensor sea un abogado

habilitado científica y técnicamente para adelantar la defensa y la asistencia del sindicado.

Ocorre que la mencionada calidad de militar en servicio activo resulta incompatible con los elementos de la noción de defensa técnica a que se refiere el artículo 29 de la Carta, puesto que como tal el funcionario de las Fuerzas Militares se debe a una permanente relación jerárquica, propia de las estructuras orgánicas de aquella naturaleza, y debe cumplir como militar con la orden del superior; ésta lo exime de responsabilidad y, por tanto, con la investidura que confiere el servicio activo puede reducir la autonomía, la independencia y la capacidad de deliberación que reclama el carácter técnico de la defensa que garantiza la Constitución. Así las cosas, es preciso asegurar la absoluta independencia científica y técnica de la actividad del defensor, impidiendo la confusión de cargos y funciones en esta materia.

La Corte encuentra que en la Carta existe este límite en relación con la posibilidad que establece la disposición acusada, y considera, de una parte que la defensa y la asistencia penales no pueden adelantarse por quien no sea abogado y, de otra, que el militar en servicio activo no puede ser abogado defensor, pues está sometido a una relación jerárquica inadmisibile con aquel encargo.

Comparte la Corte las apreciaciones del Ministerio Público en cuanto hace a la falta de independencia de los oficiales a los que se refiere la disposición acusada, y su relación con la hipotética violación a las garantías constitucionales del sindicado en razón de la obediencia debida a los superiores, puesto que la formación profesional previa y concurrente no es factor suficiente de reforzamiento de uno de los elementos de la defensa, como lo es la independencia y el compromiso con los derechos del defendido. Obviamente, situaciones como las descritas por el Señor Procurador, se pueden presentar en el desarrollo de los acontecimientos de la vida ordinaria, pero es función de todos los órganos judiciales y de control asegurar el cabal respeto de los derechos de todos los ciudadanos, y ello es razón suficiente para conducir a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

DECLARAR INEXEQUIBLE la parte demandada del artículo 374 del Decreto-ley 2550 de 1988

(Código Penal Militar), que dice “Artículo 374. Quien puede ser defensor. En los procesos penales militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo.”

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-592/93

DERECHO DE DEFENSA TECNICA/ABOGADO DEFENSOR (Salvamento de voto)

La norma declarada inexecutable comienza afirmando que “en los procesos penales militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio...”. Se pregunta: ¿por qué es contraria al artículo 29 esta disposición? ¿El “abogado en ejercicio”, no es acaso el “abogado” a quien se refiere el artículo 29?. Por este primer aspecto, en consecuencia, la norma en nada contradice la Constitución. No entendemos cuál pueda ser la razón constitucional para discriminar en contra de los militares en servicio -como lo hace la sentencia de la cual discrepamos-, quitándoles toda posibilidad de seleccionar a abogados que también forman parte de la institución castrense por el sólo hecho de ser militares. Ello, a nuestro juicio, desconoce la garantía procesal enunciada, perjudica al sindicado y quebranta el principio de igualdad ante la ley.

Ref.: Expediente D-338

Con el debido respeto, expresamos las razones que nos han llevado a disentir de la decisión adoptada por la mayoría en el asunto de la referencia.

Lo primero que salta a la vista es que se ha declarado inexecutable una norma que en nada contradice la Constitución, en especial el artículo 29 de ésta. En efecto, veamos:

Según el artículo 29 “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...”. Pues bien: la norma declarada inexecutable comienza afirmando que “en los procesos penales militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio...”. Se pregunta: ¿por qué es contraria al artículo 29 esta disposición? ¿El “abogado en ejercicio”, no es acaso el “abogado” a quien se refiere el artículo 29?. Por este primer aspecto, en consecuencia, la norma en nada contradice la Constitución.

No entendemos cuál pueda ser la razón constitucional para discriminar en contra de los militares en servicio -como lo hace la sentencia de la cual discrepamos-, quitándoles toda posibilidad de seleccionar a abogados que también forman parte de la institución castrense por el sólo hecho de ser militares. Ello, a nuestro juicio, desconoce la garantía procesal enunciada, perjudica al sindicado y quebranta el principio de igualdad ante la ley.

Es evidente que si el oficial en servicio activo es abogado y puede, como tal, actuar en el proceso, la norma que así lo reconoce no contradice la Constitución. Esto es mucho más claro

en aquellos casos en los cuales debe adelantarse el proceso en lugares apartados del territorio nacional, en zonas de orden público o en buques que se encuentran en alta mar.

El primero de tales supuestos consiste en dar por cierto que los superiores jerárquicos del militar en servicio activo siempre le ordenarán a éste faltar a sus deberes profesionales de abogado o traicionar los intereses de su cliente. Nada autoriza esta suspicacia, contraria a la lealtad, el honor y el sentido del deber que inspiran la vida militar y totalmente ajena al principio de la buena fe que ha consagrado la Constitución Política.

El segundo, basado en el primero, consiste en aceptar que, puesto en imaginario dilema de defender a su cliente, cumpliendo el juramento prestado al graduarse como abogado, o aceptar las órdenes de sus superiores que le impedirían tal defensa, el abogado militar optará siempre por esta última conducta. Fácil es entender cómo esta suposición también es gratuita, no basada en la realidad, y pugna con los principios que rigen la vida de las instituciones armadas de la República.

Hay que anotar, además, que la determinación de impedir a los oficiales en servicio activo asumir la defensa de compañeros suyos en Consejos de Guerra, es otro paso en el progresivo deterioro a que se han visto sometidas las Fuerzas Armadas en los últimos años. Deterioro que hace aún más difícil la lucha contra las diversas formas de delincuencia, en particular las organizaciones criminales que pretenden escudarse en pretextos políticos, sociales o económicos.

No es clara la conveniencia de convertir en ciudadanos de inferior categoría a quienes sacrifican sus vidas en defensa de las instituciones. La abnegación de estos servidores no puede recibir siempre como respuesta el hacer aún más duras sus condiciones de vida. ¿Por qué, por ejemplo, permitirles el estudio de profesiones liberales, como la del derecho, y privarlos, al mismo tiempo, de la posibilidad de ejercerlas en defensa de sus propios compañeros de armas?.

La existencia de profesionales de diferentes disciplinas en el seno de las Fuerzas Armadas es consecuencia de un concepto democrático acerca de su conformación, lo cual, lejos de oponerse a la preceptiva constitucional, la realiza. Nada hay en contra de que esos profesionales -desde luego autorizados por la ley- ejerzan en sus respectivos campos dentro de la misma institución y sin perder la condición de militares.

¿Qué tal que se aplicara a los militares médicos la jurisprudencia trazada en esta ocasión por la Corte Constitucional y, en consecuencia, no pudieran ellos atender a los enfermos ni a los heridos en combate?.

Obsérvese que la disposición hallada inexecutable lo único que hacía era señalar quiénes podían actuar como defensores en los citados procesos, autorizando que lo fueran oficiales en servicio. Nada de forzoso había en ella, excepto la condición, también exigida por la Carta, de ser abogado.

El mandato legal en cuestión podría haberse tildado de inconstitucional si hubiese obligado a que en todo proceso ante la jurisdicción Penal Militar necesariamente tuviera que acudir a un militar en servicio. Tal no era su texto.

Después de la sentencia de cuyo contenido nos apartamos, Colombia será tal vez el único país del mundo en donde, gracias a un equivocado entendimiento de la Constitución, se impide a los militares en servicio actuar como defensores dentro de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Penal Militar, especialmente reservada en nuestro sistema -por la propia Carta- para los juzgamientos correspondientes a delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública “en relación con el mismo servicio” (subrayamos) y según normas especiales que conforman precisamente el Código Penal Militar.

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Fecha, ut supra.