

# LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS MISIONES DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICÍA

*José Miguel Vivanco*

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es una de las pocas instituciones -quizá la única en América Latina- que puede realizar una tarea de promoción y, fundamentalmente, educación a las Fuerzas Militares y de Policía sobre derechos humanos y, a su vez, servir de puente entre estas y la sociedad civil. A esta sociedad civil es a la que pertenezco y, específicamente, al mundo de los llamados organismos no gubernamentales de derechos humanos, ONG.

El presente artículo lo he elaborado en mi calidad de Director Ejecutivo del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), organización de carácter internacional dedicada a la defensa de los derechos humanos en la región. CEJIL utiliza los mecanismos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos -Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos- para proteger estos derechos en América Latina. En la actualidad CEJIL cuenta con más de 100 casos ante la Comisión y está participando en todos los casos, así como solicitudes de medidas cautelares, pendientes ante la Corte<sup>1</sup>. De tal modo que en mi exposición me dedicaré a identificar y luego a analizar algunas de las dificultades más serias que, desde la sociedad civil -entendiéndose ONG de derechos humanos- encontramos cuando nos enfrentamos al tema derechos humanos y FF.AA.

Quisiera advertir que cuando me refiero a derechos humanos lo hago en un sentido estricto o restringido debido a que el sujeto FF.AA. limita necesariamente la discusión al ámbito de los derechos civiles y políticos. Por otra parte, quisiera definir

a las FF.AA. en un sentido amplio o genérico para comprender a todos aquellos agentes del estado que se encuentran autorizados para hacer uso de la fuerza en determinadas circunstancias.

La verdad es que el concepto mismo de derechos humanos está íntimamente ligado al de FF.AA. (militares y policía). Hablando sin eufemismos la otra cara de los derechos humanos está representada por las FF.AA. en un sentido genérico. En efecto, son las fuerzas militares y de policía las que en todo orden social, genuinamente democrático o no, tienen el monopolio legítimo del uso de la fuerza y dependerá de su conducta y de los mecanismos que existan para fiscalizarlas que exista o no un debido respeto de los derechos de la persona humana.

Todo el concepto como, desde luego, la legitimidad ética incorporada a la expresión “derechos humanos” reside en la necesidad de asegurar al individuo, o a la persona humana, el pleno goce de bienes jurídicos que consideramos esenciales a toda sociedad moderna. Se trata, por una parte, de proteger al individuo quien se encuentra sólo frente al poder del Estado, de eventuales abusos cometidos por agentes del estado y, por la otra, de prevenir la comisión de crímenes por parte de los mismos agentes del estado mediante un procedimiento y castigo ejemplar a los responsables de dichas violaciones.

El delito cometido por un agente del estado que se vale de su condición de tal para consumarlo, no solo representa un atentado contra bienes o valores jurídicos fundamentales a toda sociedad moderna y que, por lo demás, se encuentran protegidos en nuestros códigos penales, sino además, constituye una violación clásica a los derechos humanos universalmente protegidos. Es decir, la calidad del sujeto activo del delito determinará si podemos calificarlo o no, además, como una violación a los derechos humanos, con todo el estigma que ello lleva consigo.

Aquí es justamente donde reside una de las raíces del problema actual que enfrentamos en América Latina con las

FF.AA. Mientras las FF.AA. y, en general los gobiernos latinoamericanos, no abandonen la perversa práctica de calificarlo todo como derechos humanos, desvirtuando el sentido original de este concepto, no lograremos avanzar en este campo y sólo se contribuirá a politizar aún más esta materia. Debemos hacer todos los esfuerzos que sean necesarios para impedir que se siga manipulando el concepto de derechos humanos. Muchos gobiernos, no solo en América Latina, cuando se ven enfrentados a problemas de críticas serias, exhaustivamente recurren a campañas publicitarias de desinformación para confundir a la población, como por ejemplo, la burda y simplista expresión que “los agentes del estado también tienen derechos humanos” para derivar responsabilidades sobre una materia en la cual, según ellos, “todos tenemos responsabilidades”.

Lo anterior refleja, asimismo, no solo mala fe o en algunos casos también ignorancia, sino especialmente una clara, evidente y directa contradicción con los principios jurídicos más elementales incorporados a los tratados internacionales multilaterales de derechos humanos. Vale la pena recordar que estos tratados han sido elaborados por los propios Estados, quienes han reproducido a nivel internacional, un sistema de supervisión de derechos humanos en cierta medida similar al proceso penal interno, donde el Estado concurre ante un órgano jurídico internacional, con similares derechos que los que se le atribuyen al procesado en el plano interno: el peticionario -la víctima o su representante- debe ante la Comisión, y luego, frente a la Corte, la propia Comisión probar los hechos que se le imputan al Estado.

Igualmente, el complejo mecanismo de supervisión internacional diseñado por los Estados, consagra el pleno y sagrado respeto al derecho a la defensa del Estado; el principio del previo agotamiento de los recursos internos; la posibilidad de realizar visitas *in loco*, previo consentimiento del Estado en cuestión; la confidencialidad de la gran mayoría de los procedimientos internacionales; una visión estrictamente convencional o contractual de la tutela de los derechos humanos

- se exige una manifestación de voluntad expresa e inequívoca de obligarse en los términos de un tratado de derechos humanos mediante la ratificación; la posibilidad de restringir *razone temporis* la jurisdicción de los órganos mediante la interposición de reservas al tratado; y, por último, el diseño de un sistema jurídico internacional, como el sistema interamericano, que prevé el examen del fondo del caso dos veces -primero por la Comisión y luego por la Corte-.

Sin embargo, pese a todas estas trabas y filtros procesales sabemos que el objeto y fin de estos instrumentos internacionales es proteger y asegurar el pleno respeto de los derechos humanos de la persona humana, frente a los abusos cometidos por el Estado a través de sus agentes. El único sujeto pasivo susceptible de contraer responsabilidad internacional es el Estado, por los actos de sus agentes y de ninguna manera el individuo. El individuo es el sujeto de protección y el titular por excelencia de la acción jurídica internacional que le puede permitir la anhelada protección de sus derechos pero en ningún caso puede llegar a adquirir responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos.

No obstante lo señalado, y con el ánimo de evitar confusiones, la única circunstancia en que un grupo de individuos puede llegar a contraer responsabilidad internacional por sus actos es bajo el llamado Derecho Internacional Humanitario; aquel conjunto de normas que regulan la conducta de las partes en una guerra, especialmente cuando se trata de conflictos armados de carácter no internacional. Sin embargo, normalmente los Estados que están enfrentados a grupos armados irregulares, prefieren insistir en el desgastado argumento que estos también violan los derechos humanos y que tanto las organizaciones intergubernamentales de derechos humanos como las ONG, deberían condenar con igual énfasis sus actividades -a pesar que como hemos visto no existe la estructura jurídica internacional apropiada para hacerlo, y se contradice con los principios más fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos- en lugar de responsabilizarlos por eventuales violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

Lo anterior, a pesar que tanto el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra, como el Protocolo Facultativo II sobre conflicto armado de carácter no internacional, expresamente señalan que la aplicación de estos instrumentos internacionales no prejuzga ni concede status jurídico alguno a las fuerzas en conflicto.

Hasta la fecha, los grandes pasos que se han dado a nivel internacional, y que están directamente vinculados a las FF.AA. y los derechos humanos son el reconocimiento público y sin complejos que:

- La persona humana merece una protección especial frente a los inevitables abusos que se cometen por parte de agentes del estado.
- Cuando esos abusos son cometidos por agentes del estado y no existe un mecanismo interno eficaz para castigar a los responsables, nos encontramos ante una clásica violación a los derechos humanos. Lo anterior, independientemente de que el agente haya actuado en violación de normas de derecho interno o más allá de la esfera de su competencia. Sólo basta que actúe amparado en su carácter oficial y no a título personal para comprometer, en principio, la responsabilidad internacional del Estado.
- Los recursos internos constituyen el principal mecanismo de protección de los derechos fundamentales pero, cuando estos no funcionan, son ineficaces o inadecuados para investigar la violación alegada, son imposibles de agotar o resulta peligroso intentarlo, es perfectamente legítimo recurrir a las instancias internacionales para proteger tales derechos.
- Tanto las acciones como omisiones de agentes del estado, de grupos privados que actúan en coordinación, instigados o con la tolerancia de dichos agentes, puede generar responsabilidad internacional al Estado. Esta situación se

produce, también, cuando los particulares son meros autores materiales de los crímenes, el Estado renuncia a su responsabilidad de asegurar y garantizar el pleno goce de los derechos humanos, y deja que grupos particulares -normalmente escuadrones de la muerte- aterroricen a la población. En este caso el Estado viola sus compromisos internacionales, al no investigar debidamente los hechos, identificar a los responsables y prevenir que estos hechos vuelvan a repetirse.

En conclusión, no cabe la menor duda que, de acuerdo con los principios más elementales elaborados y desarrollados por los propios Estados, el respeto o violación de los derechos humanos -civiles y políticos- dependerá de la conducta observada por los agentes de las fuerzas militares y de policía y la eficacia de los mecanismos existentes a nivel nacional para fiscalizarlos. Si no se entiende esto que parece tan básico, -es decir, que los derechos humanos, entendidos en un sentido estricto están vinculados casi exclusivamente a los agentes del estado- y se continúa intentando diluir el concepto de derechos humanos para ampliarlo a otras circunstancias que no tienen cabida en la doctrina, ni menos aún, en el derecho internacional de los derechos humanos, no lograremos avanzar seriamente con un programa que permita promover y fortalecer los valores democráticos y, lo más importante, mostrar resultados al interior de las FF.AA.

El segundo e igualmente grave obstáculo que presenta el tema de los derechos humanos frente a las fuerzas militares y de policía está dado por el conjunto de iniciativas que éstas toman -normalmente con el apoyo o la aquiescencia de las autoridades civiles- para proteger y asegurar la impunidad de sus agentes consolidando, además, dos categorías de ciudadanos: los que responden por sus actos y los que cuentan con inmunidad. Por supuesto, no me referiré a las acciones que de hecho toman estos agentes para obstruir la administración de justicia, "neutralizar" a testigos, familiares de las víctimas, integrantes de ONG de derechos humanos, abogados y jueces, con el ánimo de garantizar el fracaso de las investigaciones judiciales.

Hoy en día en América Latina, la impunidad *de jure* o de derecho y en favor de agentes del estado por violaciones a los derechos humanos se logra principalmente de tres maneras:

1. Ampliando al máximo el ejercicio de la llamada jurisdicción militar;
2. Promulgando leyes de amnistía o indulto en favor de violadores a los derechos humanos, o;
3. Estableciendo serias restricciones a la legislación interna en directa contradicción con los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de derechos humanos.

### **1. La jurisdicción militar**

La jurisdicción militar ha sido originalmente concebida con el propósito de conocer y juzgar faltas o delitos militares, cometidas por personal militar en el ejercicio de sus funciones. Se trata de un conjunto de normas jurídicas y una estructura judicial destinada a examinar ciertos actos en los que han participado agentes del estado que pueden constituir la omisión de una falta o delito militar, es decir un hecho que vulnera un bien jurídico militar que cuenta con protección jurídica. La sociedad entiende que el personal militar y de policía cuenten con su propio reglamento -en el caso de faltas administrativas- y Código -tratándose de delitos- si el objetivo es proteger exclusivamente valores militares tales como los de obediencia, jerarquía y disciplina y penar, por otra parte, la insubordinación, la cobardía y la desobediencia.

Tanto el procedimiento para juzgar las faltas como el de los delitos, -que puedan llevar consigo la aplicación de amonestaciones, traslados, suspensiones, detenciones e incluso la expulsión- sólo puede ser aplicado a agentes del estado por actos de servicio. En consecuencia no puede procesarse ante un tribunal militar a una persona que no tiene este estatus, como

así mismo, si el delito puede ser cometido tanto por un militar como por un civil quiere decir que estamos ante un crimen común no militar. Las desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y la tortura no son crímenes militares, ni los bienes jurídicos protegidos son militares, ni puede considerarse que los responsables han cometido un delito de función. Sin embargo en la región, las autoridades militares hacen todos los esfuerzos necesarios para ampliar el marco de la jurisdicción militar sin importar la preservación de los principios antes mencionados. La práctica generalizada es que cada vez que se presenta una violación a los derechos humanos donde el personal militar está involucrado, se reclama de inmediato jurisdicción del tribunal ordinario que pudiere estar conociendo del asunto, para obtener una pronta decisión absolutoria, con efecto de cosa juzgada, que garantice la impunidad de los responsables.

Resulta totalmente incompatible con la noción de justicia, igualdad ante la ley y no discriminación y debido proceso legal, permitir que agentes del estado involucrados en violaciones graves a los derechos humanos, cuenten con una jurisdicción paralela que no responde a la estructura de la jurisdicción ordinaria con reglas propias para juzgar y conocer de estas violaciones. En algunos Estados se ha intentado paliar tímidamente esta situación procurando que la decisión final de ciertas materias sea objeto de revisión por parte de las Cortes Superiores, muchas veces integradas parcialmente por jueces militares. En Perú, por ejemplo, la intervención de la Corte Suprema se limita a contiendas de competencia y extradición de delitos oficiales (art. 4 del Código de Justicia Militar).

Igualmente, las cortes militares en América Latina jamás han garantizado la más mínima justicia, imparcialidad, igualdad ni la publicidad o la plena transparencia del proceso. Las razones de esta falencia se deben principalmente a problemas estructurales del mismo sistema de justicia militar. No se puede esperar imparcialidad de una estructura judicial donde los jueces no cuentan con autonomía e inamovilidad en sus cargos:



muchas veces la supervisión, promoción y ascenso de quienes juzgan depende de los juzgados. Más aún la institución promueve un sistema de lealtades que genera obstáculos insalvables a potenciales testigos. Asimismo, los funcionarios de las fiscalías militares como los jueces de la Corte Marcial son empleados de la misma institución y responden a una estructura jerárquica común. Por último, se restringen seriamente las garantías del debido proceso, normalmente con limitado o nulo acceso al expediente, a la presentación de la prueba, al derecho a la defensa, al derecho a apelar las decisiones del tribunal, etc. Por lo tanto, un militar que viola los derechos humanos de un civil debe estar sujeto a la jurisdicción civil respectiva. Y aún más importante, en ningún caso, deberían las cortes militares tener jurisdicción sobre delitos cometidos por personal que no es militar.

El respeto a las garantías del debido proceso es un componente fundamental del estado de derecho, es decir, el principio según el cual los hechos son juzgados por un tribunal de derecho que guía su conducta de acuerdo con formas y principios jurídicos establecidos de antemano en la ley que se aplican en términos imparciales y objetivos sin importar el origen o estatus de la víctima o hechos. Es por ello que el compromiso con el sistema democrático requiere que la jurisdicción militar sea invocada como una regla de excepción sólo cuando haya agentes del estado y valores típicamente militares en juego, con ocasión de un delito de función.

## **2. Las leyes de amnistía y los indultos**

La amnistía es la abolición y el olvido del crimen y el indulto es el perdón. En los últimos años, en América Latina, promulgar legislación que asegure la falta de procesamiento y castigo a los responsables de violaciones a los derechos humanos, se ha convertido en una práctica corriente. Peor aún son los casos en que los hechos amnistiados son constitutivos de crímenes de lesa humanidad que importan la violación de derechos no derogables como lo son por ejemplo, las

desapariciones forzadas de personas. En algunos casos, gobiernos autoritarios han promulgado “auto-amnistías”, antes de traspasar el poder a las autoridades civiles democráticamente electas. En otros, la promesa de una ley de amnistía ha sido arrancada por las autoridades antidemocráticas a los líderes civiles, como precio para el restablecimiento de la democracia. Por último, gobiernos civiles han promulgado amnistías en nombre de la consolidación del régimen democrático o invocando los valores de la “reconciliación” o “pacificación” nacional.

Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, y en el ámbito regional en el caso de los Estados Partes en la Convención, el Estado no está capacitado jurídicamente para amnistiar violaciones a los derechos humanos, especialmente si éstas representan crímenes de lesa humanidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 1.1 de la Convención, resolvió que una de las obligaciones de los Estados Partes “es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción... Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención...”<sup>2</sup>. Si se ha presentado un patrón sistemático y generalizado de violaciones de los derechos fundamentales, las autoridades democráticas tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar los crímenes cometidos por agentes del estado. Esa obligación, es aún más significativa en el caso de oficiales de alto rango involucrados directamente en los abusos más serios, o en la impartición de órdenes criminales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se valió precisamente de los principios jurídicos sentados por la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez* para decidir que Argentina y Uruguay habían violado derechos protegidos en la Convención al promulgar normas que amnistiaban a violadores

de los derechos humanos e impedirían la investigación de estos hechos. En efecto, la Comisión, citando a la Corte, observó que: “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>3</sup>.

### **3. Legislación interna incompatible con las obligaciones internacionales de un Estado**

La reciente experiencia vivida en Colombia, durante el proceso de promulgación de una ley destinada a tipificar el crimen de desaparición forzada de personas, es ilustrativa de la falta de compromiso real de las autoridades civiles para terminar con las graves violaciones a los derechos humanos que se siguen cometiendo, así como, la ferrea resistencia de las FF.AA. de ajustar su conducta a las obligaciones internacionales asumidas, voluntariamente y de buena fe, por Colombia.

En junio pasado un proyecto de ley que tipifica el delito de *desaparición forzada de personas*, fue aprobado por el Congreso de Colombia. Sin embargo, el Presidente de entonces, Dr. César Gaviria Trujillo, presentó al mismo Congreso tres objeciones a la ley: dos por inconstitucionalidad y una por inconveniencia. Según el Ejecutivo, son contrarios a la Constitución, los párrafos que señalan que la desaparición forzada no puede considerarse un acto vinculado al servicio militar o policial<sup>4</sup>, y que la obediencia debida no puede alegarse como eximente de responsabilidad penal.<sup>5</sup>

La ley regresó al Senado y en este segundo debate se acogieron, por decisión mayoritaria (52 votos a favor, 20 en contra), las objeciones del expresidente Gaviria. En consecuencia, de acuerdo con la futura ley que tipifica el delito de desaparición en Colombia, desaparecer forzosamente a una persona es un acto propio del servicio militar o policial, siendo

la orden del superior legítima y estando el inferior obligado a cumplirla sin que con ello contraiga responsabilidad penal. El superior, por considerarse que cometió un acto propio del servicio militar, será juzgado por la justicia penal militar, cuya imparcialidad, autonomía e independencia, como hemos visto es cuestionable.<sup>6</sup>

A pesar que la Constitución colombiana no sólo expresamente establece que “nadie será sometido a desaparición forzada...” (art. 13) sino que determina que los “derechos y deberes consagrados...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (art. 93), la forma en que quedó la ley está en directa contradicción con disposiciones internacionales contenidas en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1992 y la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas de junio de 1994.<sup>7</sup>

Tal como la ley estaba originalmente concebida, habría permitido castigar a los agentes estatales que participaran en desapariciones, trasladando el conocimiento de estos casos a los jueces ordinarios para evitar su juzgamiento en la justicia militar.

## REFERENCIAS

- 1 Perú, Colombia, Venezuela, Argentina, Nicaragua y Guatemala son Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos que cuentan con procesos pendientes ante la Corte, por violar sus compromisos internacionales consagrados en la Convención.
- 2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166.
- 3 *Idem.* párrafo 174.

- 4 Art. 8, inciso 3 “En ningún caso podrá aducirse que las conductas previstas en la presente ley han sido cometidas en relación con el servicio, cuando se atribuyan a miembros de la fuerza pública en servicio activo”.
- 5 Art. 8, inciso 4 “Tampoco podrá llegarse como eximente de responsabilidad la obediencia debida. En todo caso, quien reciba la orden de incurrir en alguna de las conductas previstas en la presente ley, tiene el derecho y el deber de no obedecerla”.
- 6 “Preocupa a la Comisión que en la nueva Constitución se haya mantenido el fuero militar extensivo para los miembros de la policía de Colombia. Los riesgos que implica la existencia de ese fuero de juzgamiento pueden superarse con una adecuada reglamentación normativa que controle cualquier exceso en su utilización. Por ello recomienda excluir de manera explícita en la reglamentación los actos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada de personas y establecer que su juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Ello puede contribuir a superar en parte la impunidad que hasta ahora ha generado el fuero militar en Colombia”. Segundo Informe de la Comisión Interamericana sobre Colombia, OEA/Ser.I/II.84; Doc. 39, enero de 1994.
- 7 “Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”. Art. IX de la Convención Americana sobre Desapariciones Forzadas de Personas, 1994.