

Reflexiones preocupantes y bien argumentadas sobre el proyecto de ley estatutaria que modifica el régimen aplicable al juzgamiento de los militares y los policías. Un franco retroceso.

### El proyecto

El proyecto de ley estatutaria que acaba de ser presentado por los ministros de Justicia y de Defensa a consideración del Congreso merece toda nuestra atención. Está trazando líneas de batalla y enmarañando el Estado de derecho en el país. El proyecto señala un rumbo peligroso para la administración de justicia, extiende privilegios e inmunidades a los militares, y cosecha una versión amañada del derecho internacional humanitario (DIH) que está lejos de sus fines humanitarios. En términos concretos, el proyecto quiere consolidar la excepcionalidad como norma y suspender el imperio de la ley, otorgando un trato distinto y preferencial a los militares.

### Breve recordatorio

Este proyecto surge para desarrollar la reforma constitucional que fue aprobada en diciembre de 2012 para “blindar a los militares” y, en palabras del ministro de Defensa, “responder de manera integral al problema de la ausencia de garantías y reglas claras para los miembros de la Fuerza Pública”. La Constitución fue modificada para que la Fuerza Pública pudiera contar con “un marco jurídico claro que les permita actuar de manera efectiva y sin vacilaciones frente a las amenazas que atentan contra el orden constitucional y contra los ciudadanos”. Hace un año escribí dos análisis en Razón Pública sobre ese acto legislativo: “Reforma constitucional de la justicia penal militar: ¿seguridad o escudo?” y “Justicia penal militar recargada”. Esta vez debo explicar lo que se pondría en juego con la aprobación del mencionado Proyecto de ley estatutaria (en adelante “Proyecto”), que desarrolla el cambio a la Carta Política que todavía está pendiente de control por parte de la Corte Constitucional.

### Lo que está en juego

El Proyecto tiene un poco de todo. Supuestamente, por tratarse de una ley estatutaria, el debería ceñirse estrictamente a la materia que dice regular; no obstante, el proyecto presentado abarca muchos asuntos. A manera de ejemplo, altera la estructura del Estado, puesto que está cambiando el modo de administrar justicia en el país. Introduce modificaciones, sin hacerlo explícito, a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (ley 270 y respectivas reformas) y a los

dos Códigos de Procedimiento Penal (leyes 600 y 906), y modifica las competencias de jueces y fiscales. Igualmente, introduce cambios explícitos al Código Penal (ley 599) y otros de manera subrepticia, pretendiendo controlar la manera como los operadores de justicia deben interpretar la ley. Para rematar, busca poner en marcha una visión remozada del derecho fundamental al debido proceso para proteger a los militares del sistema de administración de justicia. Esto tendrá efectos generales, pero es sólo para militares (y policías).

Un DIH un poco raro

El Proyecto introduce una noción del DIH para torcer el curso de la justicia. En vez de prohijar los objetivos de proteger la vida humana y mitigar el sufrimiento del conflicto armado, el gobierno promueve una versión insólita del DIH, para crear un marco justificativo de las acciones militares y ampliar el alcance de la Justicia Penal Militar (JPM) a las infracciones del DIH. Según el artículo 7 del Proyecto, este lente del DIH no muy humanitario se aplicará “exclusivamente a la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública”. Es decir, la versión oficial del DIH es sólo para militares. El DIH genuino, por el contrario, se debe aplicar a todas las partes en conflicto. Además, la noción amañada desconoce deliberadamente la aplicación concomitante del derecho internacional de los derechos humanos en un conflicto armado no internacional, como el colombiano.

Justicia que no es justicia

Digo que este Proyecto le daría un golpe de estado al imperio de la ley, porque pretende que a los militares se les aplique un régimen especial, aunque cometan delitos ordinarios. Por un lado, pretende robustecer el alcance de la JPM, bajo los argumentos de que hay cosas que los civiles no entienden de la lógica militar y que un militar juzgando a un militar es un esquema justo. Recuerden que la JPM no hace parte de la Rama Judicial, sino del Ejecutivo; no obstante se dice que administra justicia. En el Proyecto se declara la independencia y la imparcialidad de la JPM (artículos 48 a 68), pero su estructura sigue igual: la JPM está adscrita al Ministerio de Defensa y su anunciado Consejo Directivo puede estar integrado por el Comandante General de las Fuerzas Militares y el Director de la Policía Nacional (artículo 52). La independencia y la imparcialidad no se ganan mediante declaraciones; son valores que requieren cambios estructurales y prácticas concretas. Nuevamente, en términos cristalinos: la JPM es justicia y, a la vez, no lo es. Esta contraposición hace parte de la esencia de los estados de excepción, según Giorgio Agamben, quien reflexiona lúcidamente sobre este concepto. “Estar-fuera y,

no obstante, pertenecer” . La JPM puede darse el lujo de tener reglas propias, típicamente militares, y nociones marciales de justicia, y no estar atada a la lógica del Estado de derecho y del sistema de justicia democrático que nos rige a todos, salvo a ellos, militares (y policías). Como dije: es justicia, pero no es justicia.

### Justicia ordinaria a favor de los militares

El Proyecto establece nuevos órganos de algún poder – no es claro de cuál – para controlar la persecución penal que se adelanta en contra de militares (y policías), sin importar el régimen procesal que se esté aplicando. El primer ente es un engendro bastante particular; se denomina la Comisión técnica de coordinación (artículos 69 a 82). Está integrada por cinco personas, tres de ellas pueden ser militares en servicio activo. La comisión debe “constatar” o “verificar” hechos que puedan ser criminales y recomendar que la Fiscalía General de la Nación (FGN) o la JPM investiguen, o que no lo hagan. No es claro cuándo opera, ni bajo qué autoridad, pero puede hacer algo que se parece mucho a lo que debe hacer una autoridad judicial con el apoyo de la policía judicial: iniciar o archivar la investigación de un hecho criminal. El otro órgano es, en principio, judicial; sin embargo, su lugar dentro del sistema de administración de justicia no es claro (artículos 83 a 96). Se trata de un nuevo tribunal que asumiría funciones extraordinarias de control sobre los fiscales que se han atrevido a ejercer la acción penal contra oficiales del Ejército por sus delitos, incluyendo homicidios agravados u homicidios en persona protegida. Lo curioso es que, de ser aprobado, podrá ejercer este control en el marco de procesos regidos por el Código de Procedimiento Penal anterior (ley 600), los cuales no están sujetos a un régimen de control de garantías por autoridad judicial (artículo 91, Parágrafo). Además, el tribunal resolverá todas las colisiones de competencia entre la justicia ordinaria y la JPM. Este Tribunal de Garantías Penales, compuesto por ocho miembros (cuatro de los cuales son militares y policías en retiro), no tiene superior jerárquico, y es sólo para militares. Aparentemente no hay una autoridad judicial superior o externa que lo controle, ya que el toma decisiones y resuelve las apelaciones que surjan; no obstante si puede controlar a todos los fiscales.

### Un derecho penal especialísimo: sólo para militares

El Proyecto pretende suspender, sólo para militares (y policías), la aplicación del derecho penal ordinario y propone un nuevo régimen – con nuevas reglas procesales, nuevos tipos penales, y nuevas interpretaciones de las causales de ausencia de responsabilidad penal y de formas de intervención criminal, (aunque

resulte redundante) – sólo para militares. El Proyecto introduce novísimas construcciones de tipos penales y estructuras de imputación que son más favorables para ellos. Por ejemplo, reinterpreta y desnaturaliza la autoría mediata (artículo 33) para que nunca pueda ser aplicada a los mandos militares, exigiendo, entre otras, que el “autor mediato” sea líder de una organización jerárquica que actúa “completa y estructuralmente” de forma ilegal y que, además, ordene la comisión de delitos. Es claro que probar el carácter estructuralmente ilegal de la actuación de miembros de las fuerzas armadas es tarea imposible; de aquí que la fórmula se vuelva inocua. De igual forma, reinterpreta (sólo para militares) cómo debe aplicarse la comisión por omisión – una regla de carácter general que determina la responsabilidad penal de todos los servidores públicos que tienen “el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare(n) a cabo, estando en posibilidad de hacerlo” (Código Penal, artículo 25). Como esta norma es incómoda para algunos mandos militares, es reinterpretada en el Proyecto tal forma que pierde efecto el deber de cuidado o el deber de garantía. El artículo 31 del Proyecto condiciona su aplicación a que el garante “tenga el control efectivo”, no a que “deba tenerlo”, como debería ser. Además, le da al garante – y un oficial del Ejército debe serlo – un par de salidas para evadir la responsabilidad penal: (1) puede demostrar que no disponía de los recursos o los medios para evitar los crímenes; o (2) las circunstancias fácticas no se lo permitieron. Y, en el mundo militar, en dónde lo fáctico siempre genera la necesidad y, por lo tanto, el estado de excepción, esta fórmula es la mejor manera para conseguir que, aunque pase algo – es decir, que la tropa que debe estar bajo el mando de un superior cometa un homicidio – el comandante no tenga que responder por nada. El régimen propuesto es distinto del que se aplica a todos los ciudadanos, pero pretende ser igual. Es como dicen en la India: “Same, same, but different” (igual, igual, pero diferente). Las reglas de juego para militares cambiarán; serán más protectoras de sus intereses. Este es el mundo al revés: en vez de exigirle a los servidores públicos que están autorizados a utilizar la violencia letal más cuidado en el desempeño de sus funciones y aplicarles más controles, el gobierno pretende que los legisladores aprueben fórmulas sobre el régimen de responsabilidad penal que les resulten más relajadas. Es decir, el derecho penal se hace más laxo con los que tienen licencia (legal) para matar. El Proyecto pone en marcha un derecho penal excepcional sólo para militares. que suspende y desnaturaliza el derecho penal ordinario. Recurriendo a Agamben, el estado de excepción se consolida, no como una dictadura, sino como “un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en que todas las determinaciones jurídicas (...) son desactivadas” .

## Y de remate: ¿qué pasa con los “falsos positivos”?

Para atender el problema de los “falsos positivos”, el Proyecto propone un tipo penal que denomina “Ejecución extrajudicial”, el cual contiene tantos elementos que será imposible de probar. Además, justo después de su consumación, momento clave para definir cuál es la autoridad competente para investigar (la militar o la ordinaria), este delito es idéntico al homicidio agravado o a un homicidio en persona protegida, pero sin tanto enredo. Como veremos, los promotores de la iniciativa legislativa pretenden, sin rodeos, que los homicidios pasen a la JPM; de esta manera, las ejecuciones quedarán tapadas. El artículo 43 propone adicionar este artículo al Código Penal: “Artículo 104B. Ejecución extrajudicial. El servidor público que con ocasión del ejercicio de sus funciones matare a una persona y puesto con este propósito después de haberla dominado en estado de absoluta indefensión, incurrirá en prisión de...”. Para que no haya duda: no hay error en la transcripción; eso es lo que dice. No hay necesidad de crear esta figura; existe en el Código Penal un delito completamente idóneo para perseguir el comportamiento conocido coloquialmente como “falso positivo”: homicidio agravado (Ley 599, artículos 103 y 104). Su formulación es sencilla y todo el mundo la conoce: “el que matare a otro, incurrirá en prisión de...”. Cuando el que mata es un servidor público, el régimen penal vigente lo sanciona con mayor rigor. Además, existen circunstancias de agravación punitiva cuando se mata con sevicia, o “colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”, o “para preparar, facilitar o consumar otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes”. Asimismo, existe el homicidio en persona protegida por el DIH (Ley 599, artículo 135), que otorga protección especial tanto a civiles como a combatientes que han quedado fuera de combate. Todas estas normas existen en el Código Penal vigente. ¿Entonces para qué se necesita el nuevo delito? La respuesta no es clara y puede ser macabra: para asegurar que los militares procesados por homicidio agravado o por homicidio en persona protegida sean juzgados por la JPM. En la exposición de motivos del Proyecto, la ministra de Justicia y el ministro de Defensa dicen:

“Esta definición estricta (del tipo penal propuesto) permite asegurar que todas las ejecuciones extrajudiciales en estricto sentido sean juzgadas por la jurisdicción ordinaria, a la vez que las muertes en combate cuya legalidad se cuestiona por aspectos técnicos y militares, que serían catalogadas como homicidios en persona protegida, sean investigadas y juzgadas por la justicia penal militar.” “Así, por ejemplo, un caso como el de los jóvenes de Soacha sería claramente de

competencia de la jurisdicción ordinaria, pero un caso como el de la muerte de un miembro de la guerrilla donde existen dudas sobre el modo de desarrollo de un combate por motivo de la posición táctica de las Fuerzas Militares o la superioridad numérica de un destacamento militar, o un caso en que una unidad militar comete un error e inadvertidamente dispara a una persona civil, serían de competencia de la justicia penal militar, por requerir una evaluación técnica de aspectos militares".

El problema con esto es que todos los casos de "falsos positivos" son homicidios agravados u homicidios en persona protegida, con toda la cobertura burocrática y administrativa del caso. El caso referido de los jóvenes de Soacha no es distinto. Sin investigación independiente, este caso seguiría impune. De hecho, buena parte del caso sigue impune, pero esa es otra larga historia. Si la Fiscalía no investiga los "falsos positivos" de manera técnica y sistemática, con autonomía, independencia e imparcialidad, los responsables, especialmente los superiores jerárquicos, seguirán amparados por la impunidad. Lo que los ministros denominan como casos donde "existen dudas" son todos. Todo "positivo" presentado por una unidad táctica, cuenta con la documentación para hacerlo parecer una baja en combate de lo que denominan, en el Proyecto, "un blanco legítimo" (artículo 10). Y, para disminuir el riesgo de que se haga justicia, la legitimidad del "blanco" se presume, mediante la maravillosa conjunción de las siguientes normas: artículos 14.c, 39 y 40 del Proyecto en cuestión, garantizando así que la JPM sea la autoridad competente para investigar esos homicidios. Así, los "falsos positivos", que son homicidios cometidos contra guerrilleros fuera de combate, campesinos, jóvenes drogadictos y otras personas que fueron consideradas como "vidas superfluas" por los militares, serán juzgados en casa (por una justicia militar). Y hasta aquí el enredo. Cómo pueden ver, sencillamente: ino hay derecho!

## Notas

1. Juan Carlos Pinzón Bueno, Ministro de Defensa Nacional, Proyecto de Acto legislativo de reforma a la JPM, Exposición de motivos, 2012, p. 3.
2. Ibid.
3. Giorgio Agamben, Estado de excepción. Homo sacer II, 1., Valencia, España, Editorial Pre-Textos (2004), p. 55.
4. Agamben, p. 75.

[www.azonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3657-el-fuero-derecho-penal-por-militares-para-militares.html](http://www.azonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3657-el-fuero-derecho-penal-por-militares-para-militares.html)