

Con el fin de aclarar algunas impresiones en el informe de prensa publicado por Human Rights Watch el día 18 de junio de 2013 este Ministerio, de manera atenta, observa:

#### Human Rights Watch

En primer orden, se afirma a lo largo del informe que el proyecto de ley aprobado permite el uso letal de la fuerza en contra de civiles, en un peligroso y amplio margen de situaciones e, inclusive, se afirma que esta fuerza puede ser utilizada en situaciones no relacionadas con el conflicto armado interno.

Sobre esto, es necesario aclarar que el proyecto no ha establecido nada diferente a lo ya previsto en el Derecho Internacional Humanitario. Por el contrario, la remisión a dicho ordenamiento jurídico es clara y puede resumirse tal y como se presentó en la ponencia para segundo debate así: ...hay que recordar que el uso de la fuerza contra esos civiles, que no son equiparables a miembros de grupos armados, está sujeta a principios y deberes cardinales propios de ese ordenamiento, como el de distinción, precaución, proporcionalidad y verificación, y limitada a una serie de presupuestos traídos al proyecto y reforzados en la ponencia para primer debate, que se guían por lo previsto en las normas de DIH, la jurisprudencia nacional, internacional y las recomendaciones del CICR. En este sentido, para definir la participación directa en hostilidades por parte de un civil con la consecuente pérdida de protección que dicha condición le trae, el artículo 13 del Protocolo II Adicional establece:

1. «La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.
2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.
3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.»  
*(negrilla y cursiva fuera de texto)*

De ahí que la Corte Constitucional, en Sentencia C-291 de 2007, haya establecido que son civiles aquellas «personas que reúnen las dos condiciones de (1) no ser

miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades». Por su parte, el CICR ha sido claro al afirmar que: »A los efectos del principio de distinción en un conflicto armado no internacional, todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto son personas civiles y, por consiguiente, tienen derecho a protección contra los ataques directos, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.» (21 Encuadrar esos preceptos en el ordenamiento interno no debe, pues, llamar a prevención, más aún si se reconoce el profesionalismo histórico de la Fuerza Pública y su compromiso, cada vez más contundente, con los derechos de todos los colombianos. (...))»

Así pues, este Ministerio estima desacertada su afirmación respecto de que la fuerza letal podrá, en virtud del proyecto, ser usada contra civiles que desarrollen actos no relacionados con el conflicto armado interno. Nada más alejado de la realidad. El contexto de las hostilidades y la participación en las mismas, tal y como lo define la norma, siempre está atado al apoyo a un grupo armado lo que directamente hace que la participación en hostilidades, para encuadrarla en el concepto de blanco legítimo, esté ligada al conflicto. Se reitera que la norma está acorde a los parámetros fijados por el DIH.

Otra lamentable apreciación consiste en afirmar que en virtud de la tipificación de la conducta denominada «ejecución extrajudicial» los casos por los mal llamados «falsos positivos» irán a parar a la justicia penal militar, amparados en el principio de retroactividad de la ley penal favorable.

Nuevamente, resaltamos las razones por las cuales consideramos que su afirmación es demasiado amplia y en nuestra opinión parte de un error. La favorabilidad en la pena supondría obtener, por ejemplo, una condena que permita alegar tal favorabilidad. No obstante lo anterior, la pena establecida para la ejecución extrajudicial es igual a la establecida para el homicidio agravado, y es también igual a la máxima consagrada para el homicidio en persona protegida. Quiere esto decir, que si bien el mínimo de la pena para la ejecución extrajudicial es inferior al establecido para el homicidio en persona protegida, según nuestro Código Penal, la pena máxima tanto para el homicidio agravado, como para el homicidio en persona protegida y para la ejecución extrajudicial coinciden de manera idéntica en 50 años.

Ahora bien, si la favorabilidad en su entender consiste en que un caso de ejecución extrajudicial sea juzgado por un juez penal militar, la norma es clara al afirmar que los casos de «ejecución extrajudicial» son de competencia exclusiva de la justicia ordinaria y que incluso si existiese concurso de delitos, prevalece la ejecución extrajudicial para fijar la competencia en la justicia ordinaria.

Si por el contrario, su preocupación es que en virtud de que el homicidio en persona protegida es una infracción al DIH y que por tanto la jurisdicción castrense conocería de dicha conducta, promoviéndose el intento de cambiar la calificación existente por este último tipo penal, con el fin de que sea de conocimiento de la jurisdicción especializada, el intento parecería cuando menos fallido y muy arriesgado en términos de la favorabilidad penal, dado que como se señaló previamente la pena mínima en este tipo es superior y la máxima es idéntica a la de ejecución extrajudicial.

Se reitera en este punto, que el hecho de que una conducta sea conocida por la jurisdicción penal ordinaria o la penal militar, no puede significar que para el caso concreto reinará la impunidad. Los jueces de ambas jurisdicciones se sujetan al mismo principio de legalidad de sus actuaciones, y tienen en tal sentido las mismas obligaciones y sanciones en caso de desatender el ordenamiento jurídico que los rige.

Igualmente, y partiendo del principio de legalidad, nadie puede ser investigado y acusado por un delito inexistente al momento de cometer la conducta, luego los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente norma, no serán calificados como «ejecución extrajudicial». Las investigaciones y juzgamientos que se han iniciado a partir de la conducta de «homicidio», en cualquiera de sus calificaciones, deberán continuar bajo dicho derrotero.

En este mismo sentido, es hoy por hoy la misma Constitución Política, evidenciando el objetivo del Gobierno y del Congreso, la que se ha encargado de generar todo tipo de mecanismos para evitar que los casos adelantados y por adelantar, que corresponden a los mal llamados «falsos positivos» sean de conocimiento de la justicia ordinaria. Es así que se mantuvieron los criterios subjetivo y objetivo del artículo 221 de la Constitución Política y se añadió además el criterio normativo y la norma de exclusión, en la que figuran las «ejecuciones extrajudiciales».

Por último, también la Constitución Política (en virtud del Acto Legislativo 02 de

2012) estableció un mecanismo de cooperación liderado por la Fiscalía General de la Nación para que se revise caso por caso a fin de determinar la jurisdicción competente. Así mismo, esa entidad ha hecho públicas medidas internas expedidas con tal propósito. A la fecha, no se conoce de ningún proceso adelantado por un mal llamado «falso positivo» que haya pasado a la competencia de la jurisdicción penal militar.

En conclusión, y a fin de disipar su principal preocupación en torno a las consecuencias de la tipificación de la ejecución extrajudicial, se le reiteran las varias barreras establecidas con el propósito de impedirlo: a) la Constitución señala que las ejecuciones extrajudiciales son de competencia de la justicia ordinaria, b) la norma transitoria del Acto Legislativo 2 de 2012 prohíbe que ello ocurra, c) el Fiscal General de la Nación expidió una directiva que prohíbe el envío de un caso de homicidio agravado u homicidio en persona protegida a la justicia penal militar sin su autorización, d) la definición de ejecución extrajudicial establecida en la ley estatutaria (artículo 43 proyecto) es suficientemente amplia como para cobijar cualquier evento de homicidio fuera de combate, e) la ley estatutaria establece (artículo 44 proyecto) que en caso de concurso de conductas punibles, prevalece la ejecución extrajudicial para fijar la competencia en la justicia ordinaria, f) la ley estatutaria no es una ley de beneficios penales (artículo 98 proyecto) puesto que no desarrolla los mecanismos del marco jurídico para la paz. Por eso, en seis meses de vigencia del Acto Legislativo 02 de 2012, ningún falso positivo ha pasado a la justicia penal militar.

Así las cosas, este Ministerio hace un nuevo llamado a la rigurosidad y a sustentar sus reparos en algo más que la especulación o el eco de la desconfianza.

La invitación es, entonces, a acompañar este proceso de renovación de la justicia penal militar. El constante examen de su prestigiosa organización, amén del talante democrático que gobierna este esfuerzo, es, y será siempre, bien recibida.

**Por: Elespectador.com**

<http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-429381-carta-del-ministro-de-defensa-jose-miguel-vivanco>