

## El nuevo proyecto de fuero militar corrige los puntos más polémicos

Después de la lluvia de críticas que tuvo el proyecto inicial de reforma al fuero penal militar –sobre todo de organismos internacionales de derechos humanos- el gobierno y los ponentes modificaron el proyecto inicial y corrigieron varios de los aspectos más polémicos. Hoy lo debatieron en la comisión primera conjunta (vea Twitterazo en vivo de la Silla) y el consenso es que el proyecto había mejorado sustancialmente. Mañana lo votarán.

La Silla Vacía publicó en marzo un artículo resaltando los diez aspectos más polémicos del mismo. La nueva ponencia los corrigió de esta manera:

## **El proyecto abría la compuerta para que los falsos positivos queden impunes - Corregido**

El proyecto inicial utilizaba una definición tan acotada de ejecución extrajudicial que en la práctica solo terminaba cubriendo el tiro de gracia a quemarropa. Por otro lado, defensores de derechos humanos habían alertado que los abogados de los militares investigados podían alegar que todo lo ocurrido con los falsos positivos antes no era ejecución extrajudicial pues la nueva definición era diferente a aquella bajo la cual fueron juzgados y que por lo tanto, sus casos debían ir a la justicia penal militar. Y la tercera queja es que en un conflicto de competencias, primaría la justicia penal militar porque el proyecto especificaba que la investigación de estos delitos seguiría en la autoridad que había iniciado la investigación.

Con la nueva ponencia, la puerta para que los falsos positivos pasen a la justicia penal militar parece haber quedado cerrada por ahora.

1 El artículo 43 fue modificado y ahora el tiro de gracia es solo una de las situaciones en las que se considera que la persona fue matada fuera de combate. Se incluyeron tres hipótesis más: que maten a la persona cuando está en poder del agente del Estado, que la persona esté inconsciente o herida y por eso no pueda defenderse; y que se haya rendido y dejado las armas. De esta manera, la mayoría de situaciones de los falsos positivos quedarían cubiertos.

Además, el artículo 44, dice que la investigación y juzgamiento de las ejecuciones extrajudiciales serán competencia de la Fiscalía, aún cuando la conducta cuadre con la definición de otro delito. Esto evitaría que los abogados de los militares procesados por falsos positivos digan que como la nueva definición no estaba contemplada en el Código Penal entonces debe ir su caso a la justicia penal militar.

Y para que no haya dudas, el Fiscal Eduardo Montealegre sacó hace unos días una [directiva](#) que crea unos parámetros muy claros que cierran la compuerta a que cualquier caso de falsos positivos pueda ser interpretado de tal forma que termine en la justicia penal militar.

En todo caso, el representante liberal Guillermo Rivera dijo hoy en el debate que sería bueno definir explícitamente cuáles serían los delitos actuales que quedarían cobijados bajo la definición de ejecución extrajudicial.

## **El proyecto dejaba en manos de los militares la definición de los ‘blancos’ legítimos - Corregido**

El proyecto original dejaba en manos de los militares decidir qué grupos cumplían con unas características específicas de “blanco legítimo” contra las que se podía aplicar la fuerza. Los expertos en derechos humanos habían criticado que un comandante de brigada, por ejemplo, pudiera definir si una bacrim era un grupo armado contra el que se pudiera aplicar la fuerza en cambio de que esta responsabilidad recayera en un órgano político como el Congreso o el Presidente de la República, como es en otros países.

La nueva ponencia corrigió este punto. Y adicionó un párrafo que le otorga al Presidente de la República, como comandante de las Fuerzas Militares, la

- 2 competencia para definir los casos “grises” de blancos legítimos. Por ejemplo, todo el mundo cree hoy que las Farc son un blanco legítimo al que las Fuerzas Militares pueden combatir. Pero si mañana se desmovilizan y queda una disidencia, tendría que ser el Presidente el que defina si son un ‘blanco legítimo’ para combatir como fuerza militar. Es lo que sucede hoy con las Bacrim.

Previendo estos casos de posconflicto, se agregó también otro párrafo, que dice que la “finalidad o el móvil” con el que actúe el grupo armado no serán relevantes para aplicar este criterio. Esto permitiría, entonces, aplicar la fuerza de combate a grupos como las Bacrim -que carecen de móviles políticos- si el Presidente así lo determina.

## **El proyecto es una legislación para la guerra, ad portas de un Acuerdo de Paz - Corregido parcialmente**

Uno de los aspectos paradójicos del proyecto inicial es que presuponía que el conflicto armado persistirá, justo cuando a la vez, el Presidente se declara confiado en que llegará a un Acuerdo de Paz con las Farc antes de que termine el año. Varios expertos creen que esto es un error mayúsculo y que lo que se necesita en un contexto de transición es garantizar un verdadero control territorial con unas Fuerzas Militares que actúen más como una policía que persigue a la delincuencia que como un ejército ofensivo que actúa bajo la lógica de la guerra.

En realidad, este punto persiste porque como lo explicó Santos hace unos días, mientras no se firme la paz no habrá cese al fuego y por lo tanto se siguen necesitando leyes para la guerra. Y así se firme la paz, subsistirán otros grupos armados o incluso disidencias de las Farc.

3

Sin embargo, sí se aclaró en el nuevo proyecto que esta ley es muy diferente a los instrumentos de justicia transicional como es el Marco para la Paz y que no deberían confundirse ambas normas ni tampoco entenderse este fuero como un compendio de beneficios penales para los militares. Esto en la práctica cambia muy poco las cosas, pero políticamente sí es relevante que no se confundan ambas iniciativas.

En este punto, el Ministerio de Defensa también recogió críticas que se habían hecho tanto del sector de derecha de los militares retirados como de los que favorecen el proceso de paz que se oponían a que se tipificaran los crímenes de lesa humanidad, en varias de cuyas categorías cabrían las Farc por un lado y militares por otro. Simplemente se remitió al Estatuto de Roma, que regula la justicia penal internacional, para definir la competencia frente a estos crímenes.

## **La definición de daño colateral era excesiva - Corregido parcialmente**

Como el Derecho Internacional Humanitario fue inventado principalmente para regular la guerra entre países, uno de los conceptos clave es el de la ventaja militar vs. el daño colateral. Es un argumento que, por ejemplo, Estados Unidos en Afganistán ha esgrimido con frecuencia para justificar que en un bombardeo de Al Qaeda también hayan muerto civiles. Sin embargo, el mismo concepto se vuelve más polémico cuando se aplica al interior de un país y por una Fuerza Pública que tiene el deber máximo de proteger a los ciudadanos. En este contexto, en el proyecto original había quedado plasmado un concepto de proporcionalidad de los ataques, cuyo criterio es que cuando estos causaban daño a la sociedad civil no podían ser “manifestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.”

4 El nuevo proyecto recoge la crítica de los defensores de derechos humanos y elimina el “manifestamente” haciendo más exigente el estándar de protección a los civiles.

## **El proyecto cambiaba la estructura de responsabilidad de los agentes del Estado - Corregido Parcialmente**

Un viejo principio del derecho que diferencia a los ciudadanos de los funcionarios públicos es que mientras los primeros pueden hacer todo lo que no está prohibido, los segundos solo pueden hacer aquello que la ley explícitamente les permite. El proyecto inicial en la práctica invertía ese principio y creaba presunciones que de entrada eximían de responsabilidad a los militares, siempre y cuando el operativo se hubiera planeado de acuerdo a los parámetros del Derecho Internacional Humanitario. Normalmente, el juez evalúa el caso y determina si se ajustó al DIH pero en este caso se creaban presunciones de entrada.

5 En el nuevo proyecto las presunciones se mantuvieron pero se incluyeron dos aclaraciones que son claves. Por un lado, en el artículo 3 dice explícitamente que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a las hostilidades no excluye que cuando estas reglas de la guerra no se aplican a casos específicamente regulados por este derecho, se aplique la legislación normal de derechos humanos. Esto es muy importante pues con el proyecto inicial se podría entender que los militares quedaban por encima de la legislación de derechos humanos.

Siguiendo esta lógica, el artículo 46 también se modificó y se excluyó una frase que hablaba de “*los deberes funcionales del miembro de la Fuerza Pública*”.

## **La Justicia Penal Militar no era totalmente independiente - Corregido**

Aunque el proyecto inicial decía que «la justicia penal militar o policial sería independiente del mando de la Fuerza Pública», la policía judicial militar, constituida en su mayoría por suboficiales o soldados, quedaba intacta y dentro de la cadena de mando y de ascensos. Los expertos consideraban que dado que la policía judicial es fundamental porque son los primeros en llegar a la escena de los hechos y determinar si se trata de uno de los siete delitos excluidos de la justicia penal militar, en la práctica la justicia penal militar quedaba subordinada a los generales.

6

Esto fue corregido con un párrafo que le metió el senador liberal Juan Manuel Galán que dice que los funcionarios y empleados de la policía judicial de la justicia penal militar también serán independientes de la cadena de mando y ascensos de las Fuerzas Militares, lo cual les podría dar autonomía e independencia para poder evaluar los casos cuando lleguen a la escena de los hechos.

## **El proyecto ponía la carga de la prueba en la Fiscalía - Corregido**

El proyecto de ley inicial dice que en los procesos judiciales contra miembros de la Fuerza Pública, la Fiscalía o la justicia penal militar tendrán que demostrar que se cometió un delito, incluyendo la demostración de que el muerto era un civil o un “blanco legítimo”. Esto en la práctica es muy difícil dado que las Fuerzas Militares utilizan información reservada para determinar sus ataques, información a la que no le será fácil acceder a la Fiscalía, máxime cuando los primeros en llegar a la escena -según el proyecto inicial- era la policía judicial militar.

7

Aunque la presunción de inocencia de los militares -que es un derecho que tienen todos los colombianos- se mantiene y la Fiscalía o la Justicia Penal Militar serán los que tengan que probar que se cometió un delito, se modificó un punto sustancial que hace toda la diferencia: quedó explícito que la policía judicial será independiente de los militares y de la cadena de mando.

## **El error invencible - Se mantuvo**

El único eximiente de responsabilidad para los delitos de lesa humanidad es que el militar haya cometido un “error invencible”. La pregunta es cómo se puede cometer este tipo de error cuando se trata de un “ataque generalizado o

- 8 sistemático”. Este artículo ha disparado las alarmas de algunos puesto que en su último informe, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU en Colombia dice que ve con preocupación que funcionarios en el Mindefensa hablen de errores militares, que en principio no existen bajo el DIH. Esto se mantuvo así porque así está definido en el Estatuto de Roma.

## **El poder preferente del Tribunal de Garantías - Corregido**

En el proyecto inicial quedó establecido un Tribunal de Garantías compuesto por ocho magistrados, cuatro ex miembros de la Fuerza Pública y cuatro civiles, con el “poder preferente” para intervenir en cualquier proceso penal que se adelante contra un miembro de la Fuerza Pública, incluso cuando lo adelanta la justicia ordinaria. Este tribunal en el proyecto original tenía la posibilidad de tumbar una acusación de la Fiscalía cuando consideraba que se violaban las garantías de los acusados. Los críticos del proyecto decían que el poder de este tribunal era tal que en la práctica terminaría favoreciendo a la justicia penal militar y que se convertiría en la última palabra.

- 9 Los ponentes corrigieron esta situación de dos maneras. Por un lado añadieron los casos específicos en los que el Tribunal podría tumbar la acusación y son casos abiertamente ‘groseros’: cuando la acusación no se refiere a hechos concretos y cuando la tipificación del delito es absurda en relación con los hechos. Por ejemplo, que acusa al militar de negligencia en una operación cuando en realidad cometió un homicidio múltiple. O al revés, lo acusa de una masacre cuando en realidad dio una baja en combate.

Además, creó un control adicional sobre el Tribunal de Garantías y es que aunque la decisión del Tribunal no tiene segunda instancia, si permitió que contra esa decisión haya una tutela ante la Corte Suprema, que en últimas será decidida por la Corte Constitucional

## El proyecto busca sacar a Plazas Vega de la cárcel - Corregido

La Silla Vacía [denunció](#) que el artículo 33 del proyecto inicial de fuero podría convertirse en la llave para abrirle la puerta de la cárcel al coronel Plazas Vega e incluso en el salvavidas de los pocos generales que han sido condenados. Porque este artículo restringía el alcance de la teoría del “autor mediato”, según la cual un miembro de una organización armada que de manera genérica pide a sus subalternos cometer un delito puede ser condenado por este crimen aunque no haya una prueba contundente de que convenció a quien lo ejecutó personalmente. Ponía como requisito que el aparato actuara como un todo al margen del derecho, lo cual excluía la aplicación de la misma a las fuerzas armadas de los estados democráticos. Como Plazas Vega había sido condenado bajo esta teoría, si se aprobaba esta reforma, sus abogados podrían encontrar la fórmula para sacarlo de la cárcel.

10

El nuevo proyecto corrige esto y dice dos cosas: que la teoría mediata puede aplicar a las Fuerzas Militares si se prueba que un sector de las mismas actuó como una estructura jerárquica ilegal. Y por otro lado, dice que no se puede interpretar esta ley como un desarrollo de beneficios penales. Esto le cerraría la celda nuevamente al coronel condenado por las desapariciones de los del Palacio de Justicia.

<http://www.lasillavacia.com/historia/el-nuevo-proyecto-de-fuero-militar-corrige-los-puntos-m%C3%A1s-pol%C3%A9micos-44844>