

El fuero penal aprobado por amplias mayorías ayer en el Senado (falta [votar](#) todavía 40 de 100 artículos en la Cámara) le da a los militares las garantías que llevan años pidiendo para emprender tranquilos la ofensiva «final» contra las Farc. Lo paradójico es que si el proceso de paz va tan bien como ha dicho el Gobierno, cuando esta reforma entre en vigor en principio ya no habrá guerrilla para perseguir.

Durante el debate de la ley estatutaria que desarrolla la reforma constitucional al fuero penal militar aprobado el año pasado, la discusión pública se centró principalmente en si los falsos positivos quedarían en la impunidad.

El proyecto inicialmente presentado por el Ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón contenía [serias grietas](#) para que fuera así, pero después de todo el debate, de las oportunas críticas de los defensores de derechos humanos y con los ajustes que le hicieron los congresistas a las versiones que finalmente fueron aprobadas - senadores de diferentes partidos dijeron a La Silla- que es muy improbable que estos delitos puedan salir de la justicia ordinaria y pasar a la militar (ver [artículo](#) de la Silla).

La [ONU](#) y José Miguel Vivanco, director de Human Rights Watch, aunque consideran que el proyecto inicial fue mejorado todavía creen que los falsos positivos que están siendo actualmente juzgados podrían eventualmente terminar en la justicia penal militar porque consideran que como la definición del delito de ejecución extrajudicial es nueva los defensores de los acusados por falsos positivos podrían alegar que el delito que se les imputa es otro (homicidio agravado o en persona protegida) y que por lo tanto no es uno de los “excluidos” . «El principio de legalidad no permite juzgar retroactivamente casos pre-existentes», [dijo](#) Vivanco.

Aunque tocará ver si en la práctica algunos jueces comparten esa tesis, para evitar que esto sucediera en la reforma constitucional, los senadores metieron un párrafo que dice explícitamente que los falsos positivos que están en la justicia ordinaria no podrán ser trasladados a la militar; en la ley estatutaria se agregó que si la conducta que cuadra con la definición de una ejecución extrajudicial también corresponde a otro delito debe primar la de la ejecución y por lo tanto, quedar en la ordinaria. Y para curarse en salud, el Fiscal Montealegre ya ha expedido dos circulares internas aclarando a todos sus funcionarios que esos delitos se quedan

bajo su jurisdicción.

Hasta ahora, ninguna organización de derechos humanos ha denunciado casos específicos de falsos positivos que por la aprobación de la reforma constitucional del año pasado hayan sido trasladados a la penal militar. En un par de años se sabrá si este temor de los defensores de derechos humanos era válido.

Lo interesante es que mientras el país daba esa discusión sobre los falsos positivos -sin duda la más apremiante- pasó relativamente bajo el radar el cambio más trascendental que trae esta ley y es que una vez entre en vigor en aproximadamente un año, el diseño y juzgamiento de las operaciones militares se hará en el contexto del derecho internacional humanitario y no solo de acuerdo al derecho penal y de los derechos humanos. Es decir, si la Corte Constitucional aprueba el texto que concilien la próxima semana el Senado y la Cámara, a los militares se les comenzará a juzgar de acuerdo a las reglas internacionales de la guerra y no al Código Penal como sucede actualmente.

Parece un tecnicismo pero las implicaciones prácticas de esto son grandes. El deseo de los militares de que esto fuera así era tal que, a cambio, estuvieron por primera vez en décadas dispuestos a ceder en cosas a las que se habían opuesto durante años. Por ejemplo, que los jueces penales militares no estuvieran bajo la cadena de mando y ascensos y que por lo tanto fueran más independientes de lo que son hoy, que son subalternos de quienes juzgan lo que ha llevado a que en términos generales los niveles de impunidad de la actual justicia penal militar sean altísimos.

El cambio de reglas

 Juan Manuel Santos le ha concedido a los militares durante su mandato más deseos que los que Álvaro Uribe, que era personalmente más cercano a ellos, nunca se atrevió a plantear.

 Con este proyecto, Santos le hace un nuevo gesto a las Fuerzas Militares para conseguir su respaldo al proceso de paz e intentar alejarlas del ex presidente Uribe.

 El Ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón se la jugó a fondo por este proyecto. Desestimó públicamente las últimas sugerencias de la ONU. "Aquí no se trata de dejar contento a todo el mundo. Lo que ha ocurrido en este tema es que se han venido haciendo una serie de ajustes y modificaciones que nos van colocando en el

justo medio de la realidad”, precisó.

Durante el debate del Senado, el apoyo de los congresistas a los militares fue total. La intervención del Fiscal Eduardo Montealegre, confirmando que los falsos positivos no irán a la justicia penal militar, terminó de convencer a varios de los que todavía se oponían.

Para entender el cambio hay que aterrizarlo en una operación militar. Aunque es difícil saber con certeza cómo son estos operativos, de la [Operación](#) contra el máximo comandante de las Farc Alfonso Cano se sabe que fue dado de baja por el Ejército en tierra y no por la Fuerza Aérea, que bombardeó cerca a donde él estaba pero no lo dio de baja. También se filtró que Cano posiblemente lo sorprendió el ataque cuando estaba dormido y sin su camuflado. El piloto optó por poner a correr al guerrillero en cambio de matarlo desde el aire. ¿Por qué?

Una posible respuesta es que no quería quedar “empapelado”. En un caso de estos es difícil argumentar legítima defensa. “La mayoría de pilotos que han participado en operaciones contra blancos de alto valor están siendo investigados”, dijo a La Silla una fuente con acceso a información militar.

La razón del empapelamiento es que actualmente toda baja en combate es considerada en principio un homicidio. Cuando se demuestra que fue en legítima defensa entonces no se configura del delito y el militar queda a salvo. Pero este proceso toma tiempo y abogados y muchas veces las acciones ofensivas no son hechas en legítima defensa.

Los militares siempre se han quejado de que como los fiscales no saben de la guerra entonces el proceso es aún más engorroso. «Muchos pilotos no pueden ser entrenados por fuera si cursa una investigación contra ellos», dijo una fuente a La Silla.

Por eso, para la cúpula militar era un asunto vital que quedara en la ley que sus operativos se regirían por las reglas de la guerra.

En el ejemplo de la operación contra Cano, de acuerdo con el DIH (y ahora con la ley que se acaba de aprobar en el Senado), es indiscutible que el jefe guerrillero era “un blanco legítimo”. Y si es un blanco legítimo, no habría lugar a una investigación. (Aunque antes de esta ley no había una definición de rango legal de qué era blanco legítimo, la ONU y Vivanco creen que tal como quedó, cuando involucra a civiles,

sigue siendo demasiado ambigua.)

Bajo el nuevo régimen, además, en cambio de llegar la Fiscalía a la escena del combate de primeras, lo hará la justicia penal militar, entrenada específicamente en este tipo de operativos. En caso de dudas sobre si la operación se enmarca claramente dentro del concepto de hostilidades del DIH o está por fuera (como un falso positivo), una Comisión Técnica de Coordinación, integrada por partes iguales entre civiles y militares, podrá verificar los hechos en terreno y recomendar abrir o no abrir una investigación si se ajusta a las reglas del DIH el operativo.

«Este proyecto se enmarca en el contexto de la Operación Espada de Honor», dijo una fuente cercana a las Fuerzas Militares. «Para eso se requiere una capacidad ofensiva amparada por una ley».

Espada de Honor

La [Operación Espada de Honor](#) es la estrategia militar definida por el gobierno de Santos para reducir la capacidad bélica de las Farc a la mitad. Después de dar de baja a los principales jefes guerrilleros que estaban en el país (la mayoría de los otros están en la Habana o fuera de Colombia), el objetivo es ir tras las estructuras que cumplen funciones claves como el manejo de las finanzas, de las comunicaciones, de la logística o de enlace con las milicias urbanas. Son estructuras con jefes regionales, menos conocidos y por ende, las operaciones en su contra serán escrutinadas con más detenimiento que las más espectaculares contra Jojy o Reyes, que muy pocas personas se atrevieron a cuestionar.

Tener definiciones claras sobre quiénes se consideran blancos legítimos y en el contexto del DIH ayudaría -creen los militares- a actuar con mayor seguridad jurídica.

Con este 'blindaje' para las operaciones, los comandantes militares en principio se quedarían sin excusas para no llegar al "fin del fin" de la guerra, tan anunciado por varias generaciones de militares.

Aún si no lo logran y al final todo sigue más o menos igual (tanto la justicia ordinaria como la militar han demostrado poca eficacia para juzgar a los militares), con esto Santos consigue un mayor apoyo castrense al proceso de paz con las Farc.

Lo paradójico es que si el proceso en la Habana funciona, haría inocua gran parte

de esta discusión.

Como es una ley estatutaria, ahora la Corte Constitucional debe estudiarla y determinar su constitucionalidad antes de que entre a regir. Es un proceso que como mínimo durará seis meses pero con el embotellamiento que hay en la Corte es probable que dure hasta un año antes de ser estudiada.

El Presidente Santos ha definido noviembre como el plazo para haber logrado un acuerdo de paz con las Farc. Es decir que cuando se comiencen a aplicar las nuevas reglas del fuero, supuestamente diseñado para “ahora sí” acabar con la guerrilla, esta ya habrá acordado dejar las armas. Como parte de los acuerdos, muy pocos dudan que los delitos de los militares terminarán siendo perdonados a la par con los de los guerrilleros a cambio de verdad y de una justicia alternativa.

O quizás no. Y es para ese escenario pesimista –de una guerra más intensa- que está pensada esta ley.

<http://www.lasillavacia.com/historia/la-paradoja-del-nuevo-fuero-penal-militar-45001>