

El Ministro Juan Carlos Pinzón y los partidos de la Unidad Nacional radicaron el martes en la tarde la ley estatutaria de la justicia penal militar, un proyecto que desatará una intensa polémica entre los defensores de derechos humanos e incluso dentro del mismo Gobierno ya que no fue previamente conciliado por parte del Ministerio de Defensa.

Pinzón explicó en radio que el proyecto busca fortalecer la justicia penal militar dándole una mayor independencia; crear un marco jurídico claro para el uso de la fuerza por parte de los militares y para la protección de sociedad civil; y unas reglas claras para el juzgamiento de la Fuerza Pública.

La filosofía que inspira el proyecto es que los actos cometidos por la Fuerza Pública en el desarrollo del conflicto armado deben ser juzgados bajo el Derecho Internacional Humanitario -que son las reglas de la guerra- y no el Código Penal, como al resto de los colombianos. Es un deseo que han manifestado desde hace años los militares y que finalmente Santos les concede.

Aunque esto es algo que la Corte Constitucional ha dicho en muchas sentencias, en la práctica muchos jueces y fiscales siguen juzgando a los militares bajo conceptos como el de la legítima defensa. Es decir, que ante una muerte en combate, los militares tienen que demostrar que mataron al guerrillero o paramilitar en legítima defensa, lo que de entrada les quita la capacidad de iniciativa militar.

Los militares se quejan de que esto es absurdo pues cuando dan de baja a un guerrillero en combate se tienen que quedar cuidando el cadáver hasta que llega la Fiscalía e inicia una investigación para determinar que no se trató de un homicidio. Consideran que en muchos casos es una forma del 'enemigo de empapelarlos' a través de lo que llaman la guerra jurídica.

Este proyecto de ley atiende esas quejas pues define que es el DIH el derecho que se le debe aplicar a los militares. Estos, a la vez, lo tendrían que incorporar en la planeación de todas sus operaciones, lo que en principio debería proteger a la población civil.

Sin embargo, al leer en detalle las 30 páginas del proyecto de ley, varios expertos en DIH consultados por La Silla encontraron varios puntos muy problemáticos. Estos son algunos de ellos:

1 Deja en manos de los militares la definición de los 'blancos' legítimos

El proyecto estipula que las reglas del derecho internacional humanitario serán las que guían la conducción de hostilidades por parte de la Fuerza Pública en contra de grupos armados. Y define qué se considera un grupo armado: que use violencia, que ésta sea tan intensa que requiera una respuesta militar y que tenga una organización y un mando identificable. Sin embargo, deja en manos de los militares decidir qué grupos cumplen con esta característica y por lo tanto, contra quienes se puede aplicar el uso de la fuerza.

En Estados Unidos, la definición de quien es un “blanco legítimo” de un ataque militar está en manos del Congreso. Aquí, a principios del gobierno de Santos, el Consejo de Seguridad Nacional sacó un decreto atribuyéndose esta función y, por ejemplo, dijo explícitamente que las Bandas Criminales no serían consideradas un grupo armado. Si se aprueba esta ley y la Corte la avala, el comandante de una brigada podrá tomar esa decisión con base en esos tres criterios, con el riesgo que eso implica.

### 2 Es una legislación para la guerra, ad portas de un Acuerdo de Paz

Uno de los aspectos paradójicos de este proyecto es que presupone 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.

Los que defienden el proyecto han dicho que así se firme la paz, las bacrim continuarán y también reductos de la guerrilla que no se desmovilicen. Es decir, que no se acabará el conflicto armado.

Nadie, en realidad, cree que por firmar un tratado en La Habana la violencia se acaba totalmente. Sin embargo, la esperanza sí es que si el país se va a ‘tragar el sapo’ de concederle participación política a guerrilleros que han cometido tantos crímenes es porque habrá terminado el conflicto armado y el país entrará en una transición real hacia la paz.

Este proyecto –suponiendo que cuenta con el aval de Santos- envía la señal que el conflicto armado continuará y que por lo tanto se seguirán necesitando reglas para la guerra.

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.

### 3 El proyecto abre la compuerta para que los falsos positivos queden impunes

Una de las cosas que más repitió el Ministro Pinzón cuando se aprobó la reforma constitucional del fuero militar es que los falsos positivos no quedarían en la impunidad. Las fuentes consultadas por La Silla creen que tal como quedó la ley estatutaria esto sucederá, por varias razones.

La primera es la definición que utiliza el proyecto para la ejecución extrajudicial es “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”.

“Una reacción muy preliminar es que el proyecto pareciera establecer una definición sumamente acotada del tipo de ‘ejecución extrajudicial’ basada en una sola hipótesis de conducta delictiva: tiro de gracia a quemarropa”, dijo a La Silla Vacía José Miguel Vivanco, director de Human Rights Watch. En efecto, el proyecto sostiene que para que se configure el delito de ejecución extrajudicial, la víctima debe estar «dominada en estado de absoluta indefensión» y sólo en esa hipótesis habría ejecución extrajudicial, lo cual es problemático.

Es problemático porque, a excepción de los jóvenes con Síndrome de Down que fueron ejecutados, casi ningún falso positivo cumple ese requisito de indefensión absoluta. En varios casos, militares mataron a un extorsionista o a un drogadicto y lo presentaron como baja en combate sin nunca haberlo puesto en estado de indefensión.

La segunda razón por la que Vivanco y otros defensores de derechos humanos creen que si se aprueba esta reglamentación muchos falsos positivos pasarán a la justicia penal militar es por lo que se conoce como el principio de legalidad. Como el mismo Ministro de Defensa ha reconocido, hoy en día no existe el delito de ejecución extrajudicial como tal. Los militares juzgados por falsos positivos están acusados de homicidio en persona protegida u homicidio agravado. Al crear el delito ahora, los defensores de los militares investigados pueden alegar que todo lo que ocurrió antes no es ejecución extrajudicial pues no se le puede juzgar a uno por un delito que no existía cuando se cometió el hecho y que por lo tanto, debe ir a la justicia penal militar.

Y la tercera razón tiene que ver con la forma como el proyecto invirtió la duda sobre la relación con el servicio. Hoy, si existe una duda sobre si un presunto delito cometido por un militar debe ir a la justicia penal militar o a la ordinaria, gana la justicia ordinaria. Con este proyecto, en caso de duda la competencia seguirá en la autoridad que inició la investigación. Es decir en la justicia penal militar, que de ahora en adelante es la que tendrá las labores de policía judicial.

### 4 La Justicia Penal Militar no será totalmente independiente

Una de las bondades que más ha resaltado el Ministro Pinzón es que esta ley garantiza la independencia de la justicia penal militar y de hecho, explícitamente, el proyecto dice que “la justicia penal militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública” y que por lo tanto, no recibirán instrucciones de sus superiores. Sin embargo, la policía judicial militar, constituida en su mayoría por suboficiales o soldados, queda intacta y dentro de la cadena de mando y de ascensos. La policía judicial militar es fundamental porque serán 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

### 5 La definición de daño colateral

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.

Así quedó el párrafo sobre proporcionalidad de los ataques: “Ningún ataque podrá ser realizado cuando sea de prever que causará muertos o heridos de la población civil, o daños de bienes civiles, o ambos, manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.” Y más adelante, en el capítulo sobre ausencia de responsabilidad de las Fuerzas Militares, dice que “Cuando en desarrollo de una acción, operación militar u orden de servicio policial dirigida contra un blanco legítimo u objetivo militar ocurran daños colaterales o incidentales a bienes o personas civiles, y la planeación de la misma haya cumplido con el deber de verificación y los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, la orden de lanzar ese ataque no dará lugar a responsabilidad penal.”

La pregunta, entonces, es qué van a considerar los militares que no es manifiestamente excesivo. ¿Lo es que mueran dos familias campesinas civiles si es el “costo” de dar de baja a un jefe guerrillero como Timochenko?

### 6 Cambia la estructura de responsabilidad de los agentes del Estado

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.

Este proyecto invierte eso y dice que todo lo que no está prohibido está permitido a los militares. Y crea presunciones que de entrada eximen de responsabilidad a los militares, siempre y cuando el operativo se haya planeado de acuerdo a los parámetros del DIH. Normalmente, el juez evalúa el caso y determina si se ajustó al DIH.

### 7 Pone la carga de la prueba en la Fiscalía

Este proyecto de ley 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 será 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 será la policía judicial militar.

### 8 El error invencible

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 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.

### 9 El poder preferente del Tribunal de Garantías

En la reforma quedó establecido un Tribunal de Garantías compuesto por ocho magistrados, cuatro exmiembros de la Fuerza Pública y cuatro civiles. Esta ley

establece que este Tribunal tiene 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. Y puede tumbar una acusación de la Fiscalía cuando considera que se violan las garantías de los acusados. Dado que cualquier hecho que ocurra en combate va a ser investigado inicialmente por la policía judicial militar, a la Fiscalía le quedará muy difícil acceder a las pruebas necesarias para sostener sus decisiones frente a este tribunal.

### 10 El proyecto no fue consultado con el resto del Gobierno

Este proyecto que, una vez sea aprobado, marcará la conducción de la guerra, fue elaborado por el Ministerio de Defensa con la asesoría de prestigiosos juristas como Manuel José Cepeda. Sin embargo, se presentó a la Unidad Nacional y al Congreso sin haber sido previamente concertado y conciliado con el resto de entidades del Gobierno que tienen que ver con el tema como el Ministerio de Justicia. Ni siquiera la Secretaría Jurídica de Palacio lo había visto. Esto plantea la pregunta sobre si el Presidente Juan Manuel Santos lo conoce y sobre si realmente refleja su percepción sobre el futuro del conflicto en Colombia.

[www.lasillavacia.com/historia/los-diez-puntos-mas-polemicos-de-la-ley-de-fuero-militar-42490](http://www.lasillavacia.com/historia/los-diez-puntos-mas-polemicos-de-la-ley-de-fuero-militar-42490)