



# El derecho de la guerra:

Las indefiniciones de la actualidad  
(2<sup>a</sup>. Parte)

▣ **Armando Borrero Mansilla**

Docente e investigador de la Escuela Superior de Guerra

En la primera parte de este artículo, publicado en la edición 225 de esta Revista, se trató de analizar el proceso de cambio sufrido por la realidad que el derecho de la guerra ha intentado regular. La guerra interestatal, la de los Estados westfalianos, no domina la escena de los conflictos actuales. Los conflictos se hacen confusos y su desregularización se torna, progresivamente, más profunda. En ese contexto se sitúa la crisis del derecho de la guerra; para el caso colombiano, la confusión conduce a la existencia de “zonas grises” donde es difícil establecer con claridad la prevalencia del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) sobre los enfoques del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DDHH)

Así planteadas las dificultades, el problema por resolver es arduo y lo es particularmente, para la Fuerza Pública. Las operaciones se desarrollan en condiciones de ambigüedad, tanto más acentuada cuanto menos definido sea el objetivo de las mismas. Cuando se trata de operaciones contra objetivos militares evidentes, hay más claridad, pero aún en estas se puede encontrar confusión, dada la coexistencia de grupos armados de diferente signo en las mismas áreas territoriales. Más complejo es el caso de las operaciones de control de área, en las cuales las Unidades militares y policiales pueden verse en contacto con grupos armados, sin tener certeza de su identidad.

El proyecto de Manual de Derecho Operacional, preparado por el Ministerio de la Defensa, intentó superar las dificultades de los comandantes para la definición de los criterios que deben presidir la emisión de órdenes de operaciones. Sin embargo, ha quedado claro en la práctica, que los mecanismos burocráticos no responden de manera eficaz a las características de los conflictos irregulares. Una cosa es lo que se ordena y se pretende cumplir y otra la que puede presentarse en un campo lleno de sorpresas, un campo en el cual los combates son, con frecuencia, de encuentro

y sorpresa. Para aclarar lo escrito, puede examinarse el texto propuesto para la autorización de operaciones militares contra las llamadas bandas criminales –Bacrim- en virtud de ser un punto clave de esta temática.

2. *Autorización de operaciones militares en la lucha contra las Bacrim: el Grupo Asesor*

*“Si la clasificación jurídica de las operaciones es clara, no lo es la realidad operacional. Por la profusión de organizaciones armadas ilegales que han existido y aún existen en Colombia, el Oficial, el Suboficial y el Soldado, enfrentan situaciones de extrema complejidad, donde (sic) la*

...fundamentalmente, hay dos preguntas que responder. ¿se trata de un grupo armado organizado? Y ¿bajo qué marco jurídico se debe actuar?

*aplicación de los criterios jurídicos contenidos en este Manual se convierte en un reto diario. La responsabilidad no puede recaer tan sólo sobre quienes están en el terreno, es necesario asegurar lineamientos jurídicos desde el más alto nivel.*

*Fundamentalmente, hay dos preguntas que responder: ¿se trata de un grupo armado organizado?; y ¿bajo qué marco jurídico se debe actuar?*

*La respuesta a la segunda pregunta tiene que ver con la aplicación de reglas de encuentro, que serán tratadas a continuación.*

*En cuanto a la primera, la respuesta es menos obvia de lo que pueda parecer. Si bien en Colombia existen organizaciones armadas ilegales como las Farc y el*

ELN que sin dificultad cumplen con los criterios de organización y despliegue de hostilidades contenidos en la definición de “grupo armado organizado” del CICR, y por décadas han sido combatidos como tales, hay nuevos grupos asociados al narcotráfico que el Gobierno ha denominado Bandas Criminales (Bacrim) y que eventualmente también podrían satisfacer esos criterios. Dado que la violencia de las Bacrim con frecuencia sobrepasa la capacidad de la Policía Nacional, tanto por su intensidad como por su despliegue territorial, es necesario establecer cuándo y cómo las FF.MM. deben actuar en apoyo a la Policía Nacional en su lucha contra las mismas. Para ello, el Comando General de las Fuerzas Militares ha expedido dos directivas. La Directiva 208 de 2008 y la Directiva 216 de 2009, establecen:

Una cosa es lo que se ordena y se pretende cumplir y otra la que puede presentarse en un campo lleno de sorpresas, un campo en el cual los combates son, con frecuencia, de encuentro y sorpresa.

- el procedimiento para determinar cuándo un grupo armado, y en particular una Bacrim, alcanza un nivel de violencia y organización que implica la existencia de una situación de hostilidades, y por lo tanto supone la necesidad de desplegar a las FF.MM.
- el procedimiento a seguir una vez el Grupo Asesor del que trata la Directiva 208 de 2008 haya determinado las Bacrim contra las cuales las FF.MM. pueden actuar. Sin perjuicio de los lineamientos del Grupo Asesor sobre las Bacrim que eventualmente pueden ser objeto de operaciones militares en apoyo a la Policía Nacional, las FF.MM. tienen la obligación, utilizando la tarjeta azul (ver abajo), de actuar contra cualquier grupo de Bacrim que detecten o sobre el que

reciban indicios de presencia dentro de su jurisdicción, como es su deber hacerlo contra cualquier grupo armado ilegal en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.

a. Requerimiento

El procedimiento de autorización inicia con un requerimiento de reunión del Grupo Asesor, proveniente de:

- (1) El Director General de la Policía Nacional cuando se presenten amenazas que rebasen la capacidad operativa de la Policía Nacional; o,
- (2) Los comandantes de Fuerza o División o sus equivalentes en la Fuerza Aérea y la Armada Nacional, cuando consideren que existe una situación que podría estar rebasando la capacidad operativa de la Policía Nacional y piden ponerla de presente a esta Institución.

b. Conformación del Grupo Asesor

Cuando la Policía Nacional presenta una solicitud, el Jefe de Estado Mayor Conjunto convoca a reunión del Grupo Asesor al Jefe de Inteligencia y Contrainteligencia Conjunta, al Jefe de Operaciones Conjuntas, al Inspector General y al Asesor Jurídico Operacional del Comando General. El Grupo Asesor será presidido por el Comandante General de las Fuerzas Militares.

Adicionalmente, puede extender invitación a:

- los comandantes de Fuerza, el Viceministro para las Políticas y de Inteligencia y Operaciones de las Fuerzas, y los comandantes y miembros de los Estados Mayores de Unidades, según sea el caso
- El Director General, el Director de Inteligencia y el Director de Seguridad Rural de la Policía Nacional
- El Director del CTI y el Director Nacional de Fiscalías en representación del Fiscal General de la Nación o su delegado



Foto: Archivo Rasgo y Color

- otros funcionarios según las necesidades de los temas por tratar.

c. *Funciones del Grupo Asesor*

*El Grupo Asesor tiene las siguientes funciones:*

- *evaluar la información de inteligencia contenida en la matriz de nivel de hostilidad y organización de las agrupaciones ilegales que delinquen en el país (ver literal d infra); y*
- *asesorar al Comando General de las Fuerzas Militares sobre el apoyo militar a la Policía Nacional para combatir una agrupación ilegal en particular*!<sup>1</sup>

Las dificultades nacen del carácter burocrático del mecanismo de decisión. En el papel, la intención de proteger los derechos y diferenciar las situaciones que re-

quieren de un enfoque de DD.HH., de aquellas que permiten el recurso al derecho de urgencia que es el DIH, resulta precisa e impecable. En la práctica de un conflicto irregular plagado de ingredientes que lo hacen confuso, ejemplo de esto las actividades vinculadas al narcotráfico y a otros tipos de negocios clandestinos, como el paramilitarismo aupado por terratenientes y narcotraficantes, e igual las bandas de propósitos múltiples (extorsión, secuestro, contrabando de armas, explosivos, combustibles y otros) y la existencia de unas guerrillas que se acercan a todos esos mundos socialmente “subterráneos”, las cosas son a otro precio.

Los militares que patrullan día y noche por toda la geografía nacional saben muy bien que en cualquier momento y circunstancia se pueden ver envueltos en un encuentro armado. Los combates de una guerra de guerrillas son con frecuencia, combates de encuentro y la más mínima duda que se

<sup>1</sup> Comando General de las Fuerzas Militares. Manual de Derecho Operacional. Bogotá, 2009, pp. 97 a 99

traduzca en tardanza o en desconcierto, la menor indecisión para actuar de acuerdo con un entrenamiento devenido casi en conducta instintiva, puede significar muerte y derrota. El uso prescrito de las tarjetas azul (situaciones que ameritan un enfoque de DD.HH.) y roja (situaciones regidas por el DIH) se sumerge, con frecuencia, en la imposibilidad de distinguir plenamente el enemigo que se enfrenta. Cuando una operación se realiza contra un blanco identificado con claridad, las normas pueden ser aplicadas sin poner en peligro a las propias tropas; pero cuando se deambula en misiones de seguridad de áreas, todo puede suceder en un conflicto como el colombiano.

En este punto aparece uno de los problemas más frecuentes de aplicación de la justicia a los militares y a los policías. Larga es la historia de la decadencia de la justicia militar en Colombia desde la década de los ochenta hasta hoy, y no es este el espacio para tratar los pormenores del proceso histórico. Baste decir que un número cada vez mayor de procesos judiciales es co-

nocido por la justicia ordinaria. Entre una justicia castrense estigmatizada como de solidaridad de cuerpo y una justicia ordinaria estigmatizada, a su vez, como inexperta, parcializada y hasta acusada, en veces, de infiltrada, hace nido la confusión. El problema afecta la calificación de los tipos de operaciones, la emisión de órdenes de operaciones y la definición de las reglas de encuentro. El esfuerzo hecho para llegar a la formulación de un manual completo de derecho operacional, encontró muchos obstáculos en la realidad. La “fricción” en la guerra, de estirpe conceptual clausewitziana, se expresó también en el plano de las normas. Se afectó también la coordinación con las autoridades judiciales, el cumplimiento del papel de primer respondiente y diversos tratamientos para situaciones típicas de un conflicto confuso.

## I. El Derecho Operacional y la “Guerra Oculta”

La Cruz Roja Internacional define “grupo armado organizado” y su definición es el

Foto: Archivo Comando General



punto de partida acogido por el Comando General de las Fuerzas Militares para establecer los dos tipos generales de operaciones de las Fuerzas. Para el tema que se desarrolla en este trabajo, interesa especialmente el siguiente punto de la definición del CICR:

“...Sin embargo, el término grupo armado organizado se refiere exclusivamente al ala armada o militar de una parte no estatal: sus fuerzas armadas en un sentido funcional. Esta distinción tiene consecuencias importantes para determinar la membresía en un grupo armado organizado, en contraste con otras formas de afiliación con, y apoyo a, una parte no estatal del conflicto”.<sup>2</sup>

La dificultad en el conflicto colombiano nace de la indeterminación del carácter de algunos de los niveles de apoyo organizados por las guerrillas. Un buen ejemplo son los milicianos de las Farc, quienes además de realizar con armas, funciones de control de población en muchas comunidades de las áreas con influencia de la organización, también participan en acciones armadas. No usan uniformes militares pero usan armas de tipo militar y generan un alto grado de incertidumbre entre las tropas gubernamentales.

Asimismo, son frecuentes las polémicas acerca de muchas muertes en operaciones: ¿se trata de combatientes sin uniforme, camuflados como campesinos inocentes, o realmente pobladores no involucrados en organizaciones armadas, caídos por error o por acción intencional de agentes del Estado?

La “zona gris” se revela tanto más amplia, si se considera que un conflicto del tipo guerra de guerrillas implica no sólo actividades de carácter militar, sino acciones dirigidas a erosionar el Estado, sobre todo en la periferia más débil, para hacerle perder credibilidad, y por lo tanto legitimidad, ante

la población. La llamada “guerra oculta” es otra fuente de confusiones para la calificación del uso de la fuerza y fuente por lo tanto, de conflictos interinstitucionales en el seno del Estado. En el caso del conflicto colombiano, en un pasado reciente, finales de los años noventa especialmente, cientos de municipios fueron influidos por grupos ilegales armados de signo diverso. Muy cercano está el recuerdo de los alcaldes municipales que despachaban sus asuntos desde las capitales departamentales, porque ni siquiera podían permanecer en sus sedes sin peligro para sus vidas.

Adicional a esto, la manera de operar de los distintos grupos armados y las políticas de control de las comunidades que usan,

.....

**Los combates de una guerra de guerrillas son con frecuencia, combates de encuentro y la más mínima duda que se traduzca en tardanza o en desconcierto, la menor indecisión para actuar de acuerdo con un entrenamiento devenido casi en conducta instintiva, puede significar muerte y derrota.**

.....

establecen diferencias de grado en la conformación de esas “zonas grises” mencionadas. En Colombia es notoria la diferencia en el modus operandi” de las dos principales guerrillas, en lo atinente al tratamiento de las comunidades campesinas. Mientras las Farc se inclinan por un control de la población muy pragmático y militar, el ELN mantiene un modelo miliciano de sus combatientes y de organización de las comunidades. El guerrillero del ELN es militar de “medio tiempo” puesto que pasa parte del mismo en la guerrilla y otra parte en trabajo político y social con las gentes del campo. Las organizaciones de base resultantes, son una forma de “control delegado” de la población, lo cual no deja de producir

<sup>2</sup> Ibid, p. 95 (traducción libre del inglés de la Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH, 2009, pp.33 y 34)



Foto: Archivo Comando General



conflictos dentro de las comunidades y en el pasado esto se reveló como una debilidad ante el paramilitarismo, porque estos últimos, tan presentes en el tejido social como las guerrillas, identificaban fácilmente los apoyos sociales mediante el expediente de explotar los resentimientos generados por los vecinos dominantes.

Las Farc son, entonces, un ejército permanente más nítido que el ELN y su práctica de control por el terror, sin delegación, y su mayor nomadismo, impide en parte las fricciones que delatan los apoyos. En parte, porque en las zonas históricas de esta agrupación, allí donde han permanecido por décadas, mantienen organización miliciana (pero la población es más homogéneamente afecta a la guerrilla) lo que no deja de generar, eventualmente, resentimientos y disputas.

Para las Fuerzas del Estado, la manera de tratar las organizaciones que no son armadas en apariencia, diferentes de los grupos

coloquialmente llamados “enfusilados”, es decir combatientes francos, es bien difícil. Esta dificultad, por supuesto no es nueva, pero no por conocida en los anales del Derecho Internacional, es fácil de resolver. La justicia se encuentra con frecuencia atrapada en las marañas de las ambigüedades que produce la irregularidad en sus distintos grados y matices. No importa que el derecho penal, tanto nacional como internacional, consagre causales eximentes de responsabilidad: la niebla produce visiones borrosas.

Es así como en materia de causales eximentes de responsabilidad penal o de inculpabilidad, no es fácil desenredar los nudos que se producen en situaciones extremas. Precisar los límites de la obediencia debida, o verificar la calidad de la información para aplicar el principio de distinción, o los casos fortuitos y la legítima defensa, el miedo insuperable, la coacción ajena o el error, para no mencionar sino las causas más comunes, se ha convertido en un

factor de conflicto continuo entre militares, policías, fiscales, jueces y académicos. A los sufrimientos materiales producidos por el conflicto se suman los morales y entre estos, los mencionados no son los menores en la historia atormentada del último medio siglo.

## 2. Las dificultades para superar las indefiniciones

Hace medio siglo exactamente, Carl Schmitt terminó su "Teoría del Partisano". Se puede disentir del punto de partida metodológico de Schmitt por nihilista, por ideológico, por su entronque con la derecha más tradicional o por cualquier otro motivo. Pero no se puede negar ni la creatividad, ni la agudeza, ni la actualidad de aquella obra. Sorprende la visión anticipada de fenómenos que hoy apenas se concretan, la perspicacia para entender cómo la irregularización de la guerra es un proceso progresivo y creciente, y para estimar en su justa medida la significación del partisanismo frente al orden impuesto por el derecho de la guerra a los conflictos interestatales. Están presentes los factores desintegradores introducidos por la irregularidad y, entre estos, el fenómeno llamado por los psicólogos, de la "identificación con el enemigo", que puede derrumbar las nociones más preciadas de humanidad, de regulación jurídica y de duelo caballeresco.

Schmitt comienza con la resistencia española a la ocupación francesa, a partir de 1808 y en sus desarrollos encuentra la terrible realidad de los métodos irregulares. Textualmente expresa en los inicios de su escrito: "En el círculo infernal de terror y contraterror, la lucha contra los partisanos suele ser, muchas veces, el fiel reflejo de los métodos de los partisanos mismos. Hay una frase famosa, que se suele citar como orden de Napoleón al general Lefèvre, del 12 de septiembre de 1813, y que no perdió nada de su actualidad y exactitud: con partisanos hay que luchar a la manera de los partisanos, il faut opérer en

partisan partout ou il y a des partisans. 3

Alrededor de la "identificación con el enemigo" se da la degradación de los conflictos: si el otro lo hace, yo también puedo y debo hacerlo. En el lado opuesto de esta concepción está el derecho, y para reforzarlo, la experiencia histórica: luchar dentro de las normas del derecho es rentable. Lejos de ser un obstáculo, la aceptación y práctica de las regulaciones legítimas al Estado. No se conoce una democracia y un Estado de derecho derrotados por una guerra de guerrillas en la era contemporánea. Pero el derecho necesita desarrollos nuevos para afrontar situaciones antes no previstas. En la medida misma en que la enemistad es llevada a lo absoluto (los

.....

**La "zona gris" se revela tanto más amplia, si se considera que un conflicto del tipo guerra de guerrillas implica no sólo actividades de carácter militar, sino acciones dirigidas a erosionar el Estado, sobre todo en la periferia más débil, para hacerle perder credibilidad, y por lo tanto legitimidad, ante la población.**

.....

conflictos que ponen a los combatientes en trance existencial) el derecho creado para la enemistad acotada (los conflictos por intereses materiales transables) se revela insuficiente.

El conflicto colombiano ha padecido toda la gama de confusiones, y de degradación, que nace de la incapacidad para encontrar instrumentos que lo regulen. Ante un enemigo implacable que no vacila en métodos y un Estado que no siempre puede evitar que sus agentes actúen como adversarios homólogos para convertir el conflicto en un juego de espejos, se vuelve un ejemplo trágico de la pérdida de los acotamientos y

3 Schmitt, Carl. Teoría del Partisano. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 23



de la inexistencia de mecanismos internacionales eficaces para hacer efectivo, una vez perdido el *ius ad bellum*, por lo menos el *ius in bello*. Nuevamente, la enemistad en los conflictos que ponen en trance existencial a las sociedades, impone las condiciones. Si la guerra tiende a los extremos, el derecho debería llegar también a esos mismos extremos para someterlos. Pero la realidad es la marcha a las enemistades profundas, como lo muestra el estado del arte en materia de propuestas estratégicas para el reemplazo de la guerra clásica.

Ha hecho carrera una proposición que confirma la tendencia a las enemistades absolutas y a la derogación de las regulaciones y es la que se ha dado en llamar “de los coroneles chinos” (por una obra que se convirtió en lectura obligada para los estrategas). Los coroneles Qiao Liang y Wang Xiangsui, escribieron el libro “La Guerra Irrestringida” cuya esencia está dada por la frase siguiente: “la primera regla de la guerra irrestringida es que no hay reglas”.

Nada está prohibido. La formulación es ominosa, pero las formas que tiende a tomar el terrorismo contemporáneo hacen pensar que la degradación de los conflictos puede ir más lejos todavía.

¿Cómo superar las indefiniciones del derecho en la aplicación práctica? Es necesario producir desarrollos normativos y de interpretación, pero el empeño chocará, seguramente con obstáculos severos. Las nociones de “enemigo combatiente” y de “objetivo militar legítimo” están en crisis. Pero cualquier intento de cambio choca con la realidad que, a veces, parece caótica del derecho penal. El mundo avanza en integración económica y política, construye arquitecturas institucionales supraestatales en muchos campos, los Estados hacen cesiones de soberanía para la defensa colectiva o cooperativa y hasta en materia de justicia y sobre todo en justicia económica (para el comercio, para la explotación de recursos naturales, para proyectos de infraestructura, etc.) Pero en materia de



Foto: Archivo Ejército Nacional

interior y justicia penal, el avance es mínimo y cuando se alcanza algún avance, queda de relieve que es el sector más difícil y más atrasado en los procesos conocidos de integración.

La razón es clara: interior y justicia penal son los últimos reductos de la soberanía de los Estados. Estos encuentran, más fácilmente, intereses compatibles en lo económico, en lo político y en materia de defensa externa. Pero el dominio sobre sus ciudadanos sigue siendo campo de soberanías excluyentes. Los Estados no se ponen de acuerdo en definir, por ejemplo, tipos penales comunes para facilitar la persecución al delito internacional, y mucho menos en acordar códigos penales comunes. Tampoco es fácil construir aparatos policiales comunes como se puede ver en las vicisitudes de Europa para llegar a Europol, a pesar del avance considerable de la integración en planos políticos y económicos.

Colombia, para volver al caso que ocupa como tipo ejemplar estas notas, vive la situación en torno al narcotráfico y en torno a las guerrillas. La colaboración judicial con Estados Unidos se da en el marco de unas relaciones de Estado patrón a Estado cliente. La posibilidad de una colaboración con la región latinoamericana ha sido anulada por una historia tortuosa de evasión vecinal frente al problema colombiano. La arena de encuentro y cooperación que es Naciones Unidas tampoco ha sido fértil para empeños de acuerdo en las materias del derecho penal y del Derecho Internacional relacionadas. La ONU no ha podido siquiera imponer una definición común, universal, de terrorismo, para guiar la conducta internacional frente al fenómeno violento.

Muchas cosas deben cambiar. La noción, mencionada ya, de objetivo militar, es un traje que le queda corto al usuario. Las fronteras entre misión militar y misión policial se borran cuando se trata de las nuevas amenazas al orden político. La guerra misma como concepto, está en los limbos de la indefinición, por lo menos desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando ya afloraron alguno de los problemas que aquí se discuten. Soldado, guerra nacional, enemigo respetado, Derecho Internacional Humanitario, medios y métodos aceptados de hacer la guerra, son todas nociones sitiadas.

.....

**Mientras las Farc se inclinan por un control de la población muy pragmático y armado, el ELN mantiene un modelo miliciano de sus combatientes y de organización de las comunidades.**

.....

En conclusión, el camino hacia una adecuación del Derecho Internacional de los conflictos armados para ponerlo a tono con las transformaciones de los fenómenos violentos en general, y de la guerra en particular, parece que será tan largo como lo pedía Kavafis para el viaje a Ithaca. Pero comienzo tienen las cosas y comenzar a plantear el problema es avanzar. La guerra clásica ya no existe. Los Estados mismos están dispuestos a pasar sobre el derecho, cuando su defensa se ve impotente frente a las asimetrías de poder aplastantes que hay en el mundo de hoy. El “todo vale” se impondrá si no se encuentra la capacidad constructora de institucionalidad mundial que lo detenga. 🍷

**Armando Borrero Mansilla.** Docente e investigador de la Escuela Superior de Guerra. Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia, con estudios de posgrado en Ciencia Política en la Universidad de Los Andes, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Defensa y Seguridad Nacional de la Escuela Superior de Guerra y Diplomado en Manejo de Recursos para la Defensa y Seguridad Nacional del Centro Hemisférico de Estudios para la Defensa y Seguridad de la National Defense University (Washington D.C.)

Se ha desempeñado, entre otros cargos, como Consejero Presidencial para la Defensa y Seguridad Nacional, profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Decano de la Facultad de Artes y Humanidades de la Universidad Pedagógica Nacional, Miembro de la Comisión Especial para la Policía Nacional y Miembro del Consejo Directivo del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional.