

El Derecho Operacional como solución para el entendimiento del conflicto armado

“La operación militar termina cuando el último de los
hombres esté a salvo de problemas jurídicos”

■ **MCL- PhD Jean Carlo Mejía Azuero**

Abogado investigador, consultor y asesor internacional.



Foto: <http://americamilitar.com/armada/454-noticias-de-la-arc-p18.html#gsc.tab=0>



Precisiones angulares.

El Derecho Operacional (en adelante DOPER) ha tenido un desarrollo muy importante en Colombia en las últimas dos décadas, pues ha coadyuvado a entender la complejidad del ambiente operacional y lo que sucede en el área, en donde se cumple por parte de las Fuerzas Armadas la misión constitucional y legal. Cualquier actuación militar se encuentra cobijada por la presunción de legalidad; en ese sentido, desde la misma doctrina, los planes de guerra, de campaña y las operaciones en sí mismas, cumplen con criterios jurídicos. Cuando se jura defender la Constitución y la ley, se jura también cumplir jurídicamente con las normas; así de sencillo.

Pero el DOPER, amén de las más recientes investigaciones académicas (Barbosa, G. & Bernal, C., 2015), ha dejado de ser la simple aplicación de los DD.HH. y el DIH al proceso de planeación, preparación, ejecución y evaluación de las operaciones militares y policiales, y retomando a Demarest, termina siendo la aplicación del mundo jurídico al quehacer militar con efecto directo e indirecto en lo operacional.

Operational law is "[t]hat body of domestic, foreign, and international law that impacts specifically upon the activities of U.S. forces in war and operations other than war . . . It is a collection of diverse legal and military skills, focused on military operations. It includes military justice, administrative and civil law, legal assistance, claims, procurement law, national security law, fiscal law, and international law" (Mejía, 2015 a)¹

En consideración a lo anterior, el DOPER en Colombia como se verá en los siguientes apartados, resulta esencial para comprender la acción militar dentro de una situación de violencia específica, denominado guerra (Aznar, 2011), sus causas o motivaciones desde la perspectiva

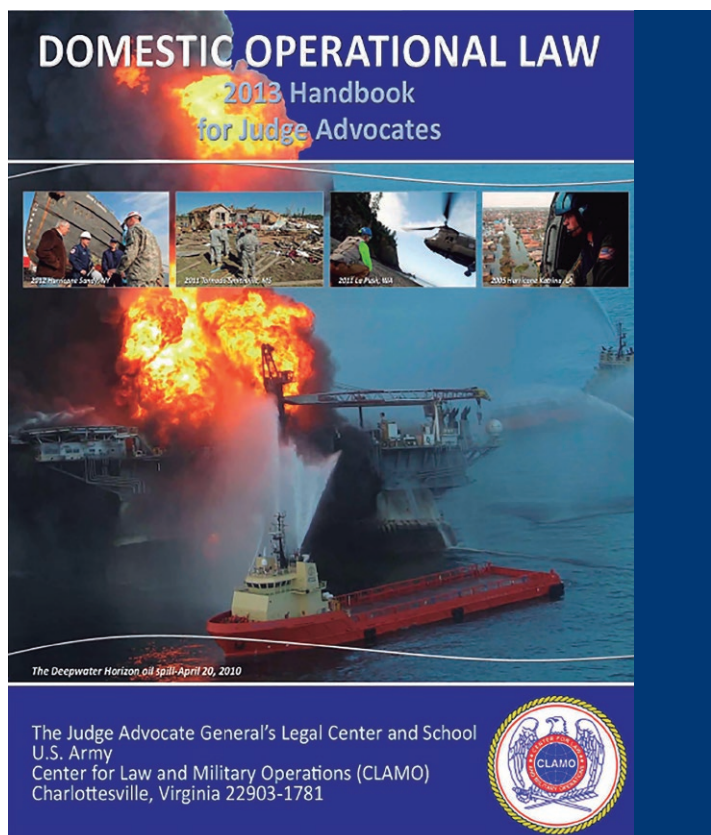
¹ El Derecho Operacional hace alusión al cuerpo jurídico nacional, extranjero e internacional que impacta especialmente las operaciones de los Estados Unidos en guerra y más allá de ella. Este diverso cuerpo normativo, síntesis de lo jurídico y lo militar tiene un enfoque directo en lo operacional. El Derecho Operacional incluye la justicia militar, el derecho administrativo y civil, la asistencia judicial, las reclamaciones, normas presupuestales, leyes de Seguridad Nacional, derecho fiscal y Derecho Internacional (Traducción libre del autor).

"... es necesario no solo determinar adecuadamente el contexto de conflicto armado sino establecer, más allá de toda duda razonable, que la conducta eventualmente criminal ha sido cometida con ocasión y en desarrollo de dicho conflicto armado".

del deber constitucional de operar militarmente para preservar vida, honra y bienes de todos los residentes en el territorio nacional.

En sí, el DOPER contextualiza adecuadamente el quehacer bélico, ayuda a entender la interpretación sobre el uso de la fuerza, y se erige en una herramienta polemológica esencial (Bouthol, 1975). Una breve explicación desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional (DPI), y con relación al crimen de guerra denominado "homicidio en persona protegida"

Foto: <https://publicintelligence.net/domestic-operational-law-2013/>



nos puede ayudar a entender la importancia del tema para un caso de aplicación de justicia transicional como el colombiano, y a abrir un debate en torno a si los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario son suficientes para lograr dilucidar judicial y extrajudicialmente lo sucedido en 52 años de operaciones bélicas (Mejía, J. & Sandoval J., 2013).

Habrà que indicarse, para comenzar, que tal y como se demuestra en la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY, verbigracia Case Furundzija párr. 51, Tadic en jurisdiction decision, Case IT-95-17/1-T), el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR Akayesu, parr. 601 y ss.), así como en decisiones de la Corte Penal Internacional, (Case Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo ICC 01-04-01/06 10 July 2012, párr. 52 y ss.) es esencial probar jurídicamente la existencia del conflicto armado caso por caso en la investigación de crímenes de guerra, así como el tipo de contienda bélica, las normas que se aplican, además del nexo causal

directo entre los hechos que están investigándose con dicho tipo de violencia, para llegar a la conclusión por ejemplo de que se puede estar al frente de un eventual homicidio en persona protegida. La pregunta aquí es: ¿Se podrá hacer lo anterior solo sustentándose en los Derechos Humanos y en el DIH?

Componentes de análisis.

Indicaremos que en primer lugar es necesario no solo determinar adecuadamente el contexto de conflicto armado sino establecer, más allá de toda duda razonable, que la conducta eventualmente criminal ha sido cometida con ocasión y en desarrollo de dicho conflicto armado. Lo que por ejemplo, no fue probado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) en el caso Ngudjolo Chui el pasado 27 de febrero del 2015, siendo la primera sentencia absolutoria en firme de la CPI (Mejía, 2015 b). En ese sentido, incluso las normas operacionales de facto², hubieran permitido entender el tipo de conflicto armado en el Congo y el quehacer bélico respecto a un eventual objetivo militar en una aldea civil (masacre de Bogoro, hechos del 2003). Incluso los grupos ilegales deben respetar el derecho humanitario y deben tener un quehacer operacional ligado al *ius in bello* (derecho aplicable en la guerra).

En segundo lugar, a la Fiscalía (Procuraduría en otros países) y a cualquier nivel le corresponde demostrar en un crimen de guerra, el contexto y los elementos normativo-jurídicos del tipo penal (Artículo 8° del Estatuto de Roma, y los elementos de los crímenes; para el caso de complementariedad en Colombia (Ley 1268 de 2008) y la existencia de un plan para cometerlos. Aquí el DOPER ilumina cualquier investigación criminal para lograr dilucidar la real existencia del mencionado andamiaje dirigido a cometer un crimen de guerra por parte de un actor armado.

En un tercer orden, cuando estamos en presencia de un eventual homicidio en persona protegida (muerte de una persona protegida por el DIH de acuerdo con el Artículo tercero, común de los

Foto: <https://www.flickr.com/photos/ejercito-nacional/9443065123/>



2 Habida cuenta que el señor Ngudjolo Chui era un jefe de un grupo armado ilegal.



Foto: Foto archivo Comunicaciones Estratégicas CGFM



cuatro convenios de Ginebra y otras normas especiales) la Fiscalía deberá demostrar, como lo indica la experiencia de tribunales Ad hoc, mixtos e internacionalizados, que la persona tenía el status de protección de acuerdo con la normatividad (no bastará con indicarlo).

El estatus de persona protegida puede ser natural (caso de civiles pacíficos que no participan en hostilidades) o derivado (caso de combatientes y personas que participan en las hostilidades y que han perdido dicha condición de acuerdo con el Artículo 3° de los cuatro convenios de Ginebra y lo dispuesto en otras normas especiales). Aquí, si bien es cierto, las normas del DIH resultan fundamentales, el DOPER enseña desde la perspectiva del planeamiento operacional y la determinación del blanco legítimo, qué pudo en realidad haber sucedido con la eventual muerte de no combatientes y las previsiones que se pudieron tomar o no desde la fase de planeamiento de la operación militar.

Así que los estándares de prueba son suficientemente altos en estos casos, siendo en nuestro sentir insuficiente la aplicación e interpretación de los Derechos Humanos y el DIH,

se requiere mucho más, se requiere entender el Derecho Constitucional con efectos operacionales, el Derecho Administrativo Operacional, incluso como en el caso Ngudjolo Chiu, la visión operacional de los grupos ilegales, entre otros.

En cuarta instancia, incluso en guerra, como lo han demostrado los juicios internacionales y las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU sobre misiones de paz y Estado de Derecho, justicia y justicia de transición, no toda labor militar es bélica (casos de misiones de paz, estabilización, lideradas jurídicamente por los preceptos del Consejo de Seguridad de la ONU) y se encuentra inscrita en términos concretos al derecho humanitario, que no

“... el DOPER ilumina cualquier investigación criminal para lograr dilucidar la real existencia del mencionado andamiaje dirigido a cometer un crimen de guerra por parte de un actor armado”.

“...si bien es cierto, las normas del DIH resultan fundamentales, el DOPER enseña desde la perspectiva del planeamiento operacional y la determinación del blanco legítimo, qué pudo en realidad haber sucedido con la eventual muerte de no combatientes y las previsiones que se pudieron tomar o no desde la fase de planeamiento de la operación militar”.

obstante ser *lex specialis* (normas prevalentes³ para la interpretación de lo sucedido en una operación militar durante una guerra), no necesariamente cubre todo el espectro fáctico de actuación territorial de las fuerzas del orden,

3

Y complementarias con los DD.HH.

Foto: <https://www.flickr.com/photos/ejercito-nacional/5535639300/>



dependiendo del tipo de conflicto; los casos de la Corte Internacional de Justicia sobre el uso de armas nucleares, el muro en Palestina, y el caso de los Contras en Nicaragua, dan luces sobre el tema.

Escenarios y contextos.

En ese sentido resulta delicado sostener por ejemplo que de toda actuación militar indefectiblemente se podría colegir en contexto de guerra la presencia o existencia de crímenes que violen las normas humanitarias. En concreto no se podría argumentar que toda muerte en desarrollo de operaciones militares, de diversa naturaleza además, conlleva la existencia siempre de un homicidio en persona protegida; nuevamente los Derechos Humanos y el DIH aquí podrían resultar limitados para establecer ciertas valoraciones a nivel bélico.

De allí la importancia de que todos los sujetos procesales en un escenario internacional (Cortes, Tribunales *ad hoc*, mixtos, CPI), nacional o en escenarios internos a nivel penal, verbigracia activados por el principio de jurisdicción universal que obliga a los Estados a juzgar o extraditar (*aut dedere, aut judicare*) a los presuntos perpetradores de crímenes de guerra o de lesa humanidad, generen una consciencia suficiente respecto a que es imposible imputar, investigar, probar, juzgar y peor, defender, lo que sucede bélicamente en un conflicto armado, si no se hace a través del entendimiento correcto del quehacer militar de iure (en las Fuerzas Armadas constitucionales) o de facto (*en grupos armados organizados al margen de la ley*) cuando despliegan sus operaciones.

Por eso surge internacionalmente ese DOPER (Barbosa, Bernal, 2015, pág. 467) que venimos estudiando desde el año 1998 como parte del derecho militar, que garantiza a todas las intervinientes, con respeto irrestricto a los Derechos Humanos - entendidos en un proceso criminal como la suma de garantías y derechos propios del debido proceso- acercarse a una verdad más próxima a la real y no solo a la

judicial⁴; además preservar otro tipo de derechos, como los de las víctimas, tal y como lo enseñan los estándares internacionales sobre el deber de los Estados de luchar contra la impunidad, en cualquier tiempo y no solo en transición.

Ya hemos aprendido con los años que el DOPER en consecuencia no se circunscribe simplemente a una compilación de normas de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario utilizadas en el ámbito militar, sino a un entendimiento del quehacer operacional militar desde la misión constitucional, legal y reglamentaria de un Estado, con repercusiones eventuales a nivel de una actuación penal, administrativa e incluso eventualmente en una comisión de la verdad.

Además, el DOPER no se limita a establecer la inclusión de los Derechos Humanos dentro de una operación bélica y al derecho de la guerra en desarrollo de la misma (*ius in Bello*), sino que se extiende hacia áreas del derecho como el internacional, constitucional, administrativo y ahora para casos como el de Perú, Colombia y otros países que tuvieron o tienen conflicto armado para aplicar correctamente elementos de justicia de transición o justicia posconflicto armado (*ius post Bellum*). (Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Génesis contra Colombia, párr. 227 a 240; Audiencia pública Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cruz Sánchez contra Perú. <https://vimeo.com/85782261>. Igualmente en Barbosa, Bernal. 2015: pp. 451 y ss).

Lo anterior resulta esencial desde una mirada como la colombiana, valorando el contexto y tipo de violencia que tenemos desde hace cincuenta y dos años y la justicia para la transición que hemos aplicado que resulta totalmente diferente a la transición post autoritarismo o postconflicto armado internacional o posguerra civil, como una subclasificación de los Conflictos Armados No Internacionales (Pizarro, 2004).

Entender qué valores, principios, normas se aplican al proceso militar de toma de decisiones,

al planeamiento de una operación, a su preparación, cursos de acción, desde los juegos de guerra, métodos, tácticas, técnicas; pasando además por selección de medios, métodos, estructuración de un plan de operaciones, las órdenes de operaciones, la ejecución y sus niveles de control y seguimiento, no es un tema de poca monta; resultando ser demasiado técnico a nivel jurídico - militar, además necesitando un abordaje y hermenéutica especial, que no tienen incluso todos los militares. Mucho menos la gran mayoría de operadores judiciales.

Solo utilizando estas herramientas y metodologías de aproximación conceptual y fáctica se puede apreciar de forma holística un contexto realmente (Derecho al objetivo. CICR. (Modelo de Manual acerca del Derecho de los Conflictos Armados para las FFAA. sin fecha de publicación) y darle el alcance al Derecho Penal Ordinario, Penal Internacional, Internacional Penal y a las obligaciones internacionales en materia de DD.HH.

Conclusiones.

I. El DOPER de acuerdo con la evolución conceptual colombiana, que además es referente regional o mundial no se circunscribe a los

.....
 "... el DOPER en consecuencia no se circunscribe simplemente a una compilación de normas de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario utilizadas en el ámbito militar, sino a un entendimiento del quehacer operacional militar desde la misión constitucional, legal y reglamentaria de un Estado, con repercusiones eventuales a nivel de una actuación penal, administrativa e incluso eventualmente en una comisión de la verdad".

4 La verdad judicial hace alusión a las pruebas con las que se desata un proceso judicial; puede variar esa verdad de la real, amén de la ausencia de incorporación de evidencias dentro de la instancia procesal correspondiente.

Derechos Humanos ni al Derecho Internacional Humanitario en operaciones militares.

2. La experiencia internacional en DPI respecto a como se ha mostrado, requiere para dilucidar la existencia de determinados crímenes, de una valoración que va mucho más allá de infracciones al Derecho Internacional Humanitario y violaciones a los Derechos Humanos, requiere entender el contexto general y el operacional y el marco jurídico constitucional y administrativo que las enmarcaba.

3. Toda actuación militar o policial con incidencia operacional está protegida por una presunción legal, por el orden constitucional y legal; por ello existe un DOPER constitucional y un DOPER administrativo.

4. El DOPER en muchos casos en procesos penales en justicia ordinaria o transicional ayuda a establecer o desvirtuar la existencia de determinadas reglas de imputación, verbigracia en la autoría mediata, en la responsabilidad del superior o el mando, etc.

5. El DOPER es esencial en un escenario de justicia transicional como el que se ha diseñado en Colombia, específicamente en el Sistema Integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Así quedo claro en el acuerdo frente al punto V sobre víctimas (Comunicado de prensa conjunto 64 del 15 de diciembre del 2015), específicamente con relación a los principios básicos del componente de justicia, específicamente respecto a los agentes del Estado:

“44. En concordancia con lo anterior, respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados

Foto: <https://www.flickr.com/photos/incorporacionarmada/13109826294/>



deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes (<http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/acuerdos>).

6. Lo anterior además se repite exactamente en el punto séptimo del compromiso del gobierno frente a los agentes del Estado en relación a la justicia transicional del 19 de diciembre del 2015 en la Escuela de Cadetes General José María Córdova (<http://es.presidencia.gov.co/noticia/>).

7. El DOPER es esencial incluso con relación a la verdad extrajudicial para establecer la memoria sobre las acciones bélicas dentro del contexto de conflicto armado sin carácter internacional.

8. Finalmente, en nuestro sentir el DOPER cualifica dependiendo del contexto específico, el tipo de justicia para la transición y el abordaje polemológico de las garantías de no repetición.

➤ Mejía, J. & Sandoval J. (2013). Derecho Penal Internacional y derecho internacional penal. Medellín: Universidad de Medellín, Biblioteca jurídica Diké.

➤ Mejía, J. (2015 a). Algunos problemas sobre el trasplante conceptual en relación a la justicia para la transición. Bogotá: S.P.

➤ Mejía, J. (2015 b). Matheu Ngudjolo Chui Declarado inocente en Apelación.

➤ Pizarro, E. (2004). Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

» Fuentes electrónicas

➤ <http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/acuerdos/Documents/acuerdo-punto-victimas.pdf>

➤ <http://es.presidencia.gov.co/noticia/Noticia/Compromiso-del-Gobierno-Nacional-en-el-Marco-del-Fin-del-Conflicto-Armado-para-la-Aplicaci%C3%B3n-de-la-Jurisdicci%C3%B3n-Especial-para-la-Paz> 📄

Referencias.

» Fuentes académicas

➤ Aznar, F. (2011). Entender la guerra en el Siglo XXI. Madrid: Editorial Complutense.

➤ Barbosa, G. & Bernal, C. (2015). El analisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno. Bogotá: Universidad Externado.

➤ Bouthol, G. (1975). La Guerra. Barcelona: Oikos- Tau.