

Junio de 2015  
<http://www.kas.de/iusla>



## Debate sobre investigación y juzgamiento de operaciones militares: ¿DDHH o DIH?

La dinámica del conflicto armado interno en Colombia y la complejidad que genera la coexistencia con otras violencias, plantea debates teóricos y prácticos relacionados con la aplicación de los marcos jurídicos internacionales de Derecho Internacional Humanitario (DIH) y de Derechos Humanos (DDHH) en la investigación y juzgamiento de operaciones militares.

Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Universidad y juez del *Landgericht*. Voces expertas que permitieron abrir un debate al que se sumaron las intervenciones de los demás asistentes entre los que estaban académicos, militares, funcionarios públicos y miembros de organizaciones de la sociedad civil. La moderación estuvo a cargo del Dr. Christian Steiner, Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.



### En el análisis son indispensables la realidad y la práctica: Brigadier General Juan Carlos Gómez Ramírez

Gómez inició su intervención citando a Alexandre Dumas: *"todas las generalizaciones son peligrosas, incluso esta"*, para señalar que no se pretende tener la verdad revelada, ni la última palabra, sobre un asunto tan complejo que ha suscitado un sinnúmero de disyuntivas; y que se mueve en las denominadas zonas grises de aplicación del DIH y los DDHH, en un escenario de conflicto armado interno asimétrico. El Brigadier General resaltó aspectos prácticos y teóricos de la discusión.

Empezó por sostener que, para el caso colombiano, debe aplicarse el realismo, permitiendo el encuentro entre la teoría y la práctica. Existen posiciones teóricas muy válidas, pero responder solo teniendo en cuenta la teoría jurídica deja por fuera variables como lo político o lo mediático, que juegan un papel fundamental en las decisiones que se toman frente a estas situaciones.

Un ejemplo de cómo se abordan es la Directiva 14 del Ministerio de Defensa, que señala que las Fuerzas Militares tienen la obligación de enfrentar a las Bandas Criminales, pero en el marco de los DDHH, desconociendo cualquier realidad objetiva o legal frente a la calidad de estas organizaciones



La actividad giró alrededor de la pregunta sobre el marco jurídico aplicable en Colombia: DDHH o DIH.

**"Debe aplicarse el realismo, permitiendo el encuentro entre la teoría y la práctica."**

Este es un debate que trasciende las fronteras colombianas y que tiene relevancia internacional, pues en el mundo hay más de 20 conflictos armados activos de carácter nacional e internacional, donde también se generan situaciones de duda frente al derecho aplicable a las operaciones de las fuerzas armadas y de policía. Precisamente ese contexto fundamentó el debate que se dio el pasado 25 de marzo, organizado por el Ministerio de Defensa Nacional de Colombia, Dirección de DDHH y DIH, y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

La discusión inició con los aportes del Brigadier General Juan Carlos Gómez Ramírez, Jefe Jefatura Jurídica y Derechos Humanos de la Fuerza Aérea; y del Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, catedrático de la *Georg-August-Universität Göttingen* (Alemania),

**"En una situación de simultaneidad, las normas de DDHH deben interpretarse a luz de DIH."**

armadas. Otra aproximación, en este sentido, es la del Estado peruano, que, a través del Decreto Legislativo 1095 del 2010, estableció reglas para el uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas en apoyo de la policía para control del orden interno, de manera que es viable la utilización del DIH en ese tipo de operativos, bajo determinadas condiciones, y con autorización del ejecutivo.

Ahora bien, señaló que del artículo 214<sup>1</sup> de la Constitución Política colombiana se puede interpretar que los DDHH y el DIH se aplican simultáneamente en Colombia, máxime si se tiene en cuenta la simultaneidad de ambos marcos que se encuadra en una realidad donde el 92% de los municipios no sufren el conflicto armado (se aplican DDHH), y solo en el 8% restante se habla de hostilidades y de aplicación del DIH. Bajo ese marco constitucional, toda violación de DDHH en el marco del DIH es una infracción a este, situación que es clara para los militares y este es un punto que, según Gómez, vale la pena reiterar porque hay quienes creen que los militares usan el DIH como una licencia para matar o cometer violaciones.

Por tanto, es importante que los asesores jurídicos operacionales de las fuerzas armadas (militares abogados), conozcan las normas. Porque no es solo analizar una conducta en el ámbito del DIH, es necesario también planear la operación en el marco del DIH, donde exista una valoración de la necesidad militar, esté bien definido el objetivo militar, el ataque y la ventaja militar que implica. Eso permitirá, en caso de investigación o juzgamiento, sustentar la defensa de

**"El 92% de los municipios no sufren el conflicto armado (se aplican DDHH), y solo en el 8% restante se habla de hostilidades y de aplicación del DIH."**

alguno de sus miembros en caso de llegar a un juicio.

Sin embargo, no solo es cuestión de que quienes ejecutan la operación sean conscientes de que esta se dio en el marco del DIH, sino también que los fiscales, jueces y abogados defensores tengan ese conocimiento; pues la práctica ha demostrado que lo más probable es que el análisis de la situación se haga desde los DDHH. Por consiguiente, la evaluación de cada caso en concreto es indispensable para que no se presenten arbitrariedades, porque las circunstancias de uno y otro siempre varían, lo que impide que se puedan hacer generalizaciones.

**Es necesario también planear la operación en el marco del DIH, donde exista una valoración de la necesidad militar**

**El debate es internacional y el análisis de las situaciones debe ser caso a caso: Kai Ambos**

Por su parte, Kai Ambos, partió de la premisa de que tanto los DDHH como el DIH hacen parte del derecho internacional, por lo que deben existir unos puntos básicos que no se discuten y que pueden ayudar a resolver las tensiones. Dichos aspectos se pueden encontrar en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en tres decisiones fundamentales: la opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre uso o amenaza de uso de armas nucleares; la sentencia de 19 de diciembre de 2005 sobre actividades armadas en Congo; y la opinión consultiva de 9 de julio de 2004 relacionada con la construcción del muro en el territorio palestino ocupado.

No obstante lo anterior, señaló que deben distinguirse tres situaciones: (i) aquellas de aplicación exclusiva del DIH, (ii) las de ámbito exclusivo de los DDHH y (iii) las de aplicación simultánea. De ahí que la pregunta dura (*the hard question*) sea: ¿En qué situación se encuentran las fuerzas armadas en determinado momento?

**"Deben distinguirse tres situaciones: (i) aquellas de aplicación exclusiva del DIH, (ii) las de ámbito exclusivo de los DDHH y (iii) las de aplicación simultánea."**

<sup>1</sup> ARTICULO 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...)

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

**"El Tribunal Europeo interpretó la norma de la Convención de DDHH a la luz del DIH, siendo entonces más flexibles en relación con las condiciones de retención de personas."**

Cuestionamiento que, en la situación de aplicación simultánea de los DDHH y del DIH, lleva al interrogante sobre cuál norma es aplicable, toda vez que no es lo mismo aplicar uno u otro régimen jurídico y allí es donde tiene problemas la fuerza pública. La respuesta puede ser: la norma del DIH desplaza a la de DDHH, o ambas deben interpretarse en conjunto. Para este experto, en una situación de simultaneidad, las normas de DDHH deben interpretarse a luz del DIH.

El debate es internacional y de mucha actualidad; hay un caso de 2014 que muestra las tensiones en esta materia, Hassan contra el Reino Unido (Demanda núm. 29750/09) ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es un caso de detención de un iraquí por parte de las tropas inglesas en Irak 2003 donde se alega la violación del derecho a la libertad. Es una situación propia de un conflicto armado internacional.



El análisis caso a caso debe ser la manera de abordar los dilemas sobre el régimen jurídico aplicable para operaciones militares en Colombia.

**"Primero debe identificarse la norma aplicable en la situación concreta de DDHH; segundo, debe interpretarse la norma de DDHH a luz del DIH."**

En este caso, el Ministerio de Defensa inglés argumentó, por primera vez en su historia, que el DIH desplazaba la aplicación de normas de DDHH. El Tribunal Europeo en su decisión de 16 de septiembre de 2014, interpretó la norma de la Convención de DDHH a la luz del DIH<sup>2</sup>, siendo entonces más

<sup>2</sup> Al respecto, indicó el Tribunal: "95. As regards the interplay between the two regimes, there could be no single applicable rule. Any given situation was likely to require elements of both bodies of law working together, but the balance and interplay would vary. Accordingly, there might be situations,

flexibles en relación con las condiciones de retención de personas y las obligaciones estatales en materia de DDHH.

Así las cosas, indicó Ambos que en la situación colombiana, el caso de las BACRIM, por ejemplo, se aborda desde los DDHH. Pero aclaró que las fuerzas armadas no son policías y eso genera problemas, motivo por el cual debe definirse la regla de aplicación o no del DIH para darle seguridad jurídica a quienes actúan en estas fuerzas del Estado.

***"Las fuerzas armadas no son policías y eso genera problemas."***

Esa definición, en términos de investigación y juzgamiento de actuaciones de la fuerza pública, se traduce en un examen de dos pasos: primero debe identificarse la norma aplicable en la situación concreta de DDHH; y segundo, debe interpretarse la norma de DDHH a luz del DIH. Se trata de un test que debe hacerse caso a caso, pues lo que intenta resolver es una colisión de normas. Además, es muy importante partir de esa base para que la fuerza pública tenga seguridad jurídica sobre la punibilidad, o no, de sus conductas.

such as the detention of prisoners of war, in which the combination of criteria lead to the conclusion that international humanitarian law would carry more weight, and determination of human rights violations regarding issues such as grounds and review of detention would be based on the relevant rules of international humanitarian law. Even in such contexts, however, human rights law would not be under absolute subjection to international humanitarian law. For example, if there were allegations of ill treatment, human rights law would still assist in determining issues such as the specificities of the acts which constituted a violation. From the perspective of the human rights body, it would be advantageous to use human rights law as the first step to identify the issues that needed to be addressed, for example, periodicity of review of lawfulness of detention, access to information about reasons of detention, legal assistance before the review mechanism. The second step would be to undertake a contextual analysis using both international humanitarian law and human rights law, in the light of the circumstances of the case at hand. On condition that the human rights body presented its analysis with sufficient coherence and clarity, the decisions generated would provide guidance to both States and armed forces ahead of future action. It went without saying that the approaches and the result had to be capable of being applied in practice in situations of armed conflict." (Pág. 49).

**"Es importante fortalecer el conocimiento de abogados, fiscales y jueces en materia de DIH y crear una jurisdicción especializada."**

Terminó señalando que, en principio, el DIH es la norma más favorable en términos de responsabilidad. Empero, hay un problema en el derecho colombiano, porque le da mayores penas a los delitos cometidos en el marco del DIH, y en esa medida contraría la favorabilidad reconocida que tiene el DIH. El derecho penal colombiano debería reformarse. En Alemania, por ejemplo, la pena para el homicidio en tiempos de paz es igual para el homicidio en tiempos de guerra. También, señaló que es muy importante fortalecer el conocimiento de abogados, fiscales y jueces en materia de DIH y pensar en crear una jurisdicción especializada en este tema, para que conozca sobre casos que involucren operaciones militares, más que en un fuero penal militar, que tantas dudas genera hoy en día.

#### **Aportes de los demás asistentes al debate**

Los académicos, militares, funcionarios públicos y miembros de organizaciones de la sociedad civil que estaban presentes aportaron nuevos elementos al debate iniciado por los expositores.

La mayoría de intervenciones profundizaron en las complejidades que se presentan a la hora de pensar en estas discusiones en un contexto como el colombiano.

En cuanto a la aplicación de uno u otro régimen jurídico, se resaltó que la falta de claridad en la aplicabilidad de uno u otro derecho para investigar y juzgar una operación militar genera problemas de debido proceso y juez natural, en últimas, es un tema de seguridad jurídica para los soldados. Sin embargo, se aclaró que el DIH no

da una respuesta frente al tema del juez natural o de la jurisdicción. De modo que aparece la necesidad de coordinar y sincronizar los sistemas normativos, y analizar las normas de DDHH a la luz del DIH, para identificar cuál sería la jurisdicción aplicable a determinado caso. Hay en este momento un proyecto normativo en marcha para armonizar el DIH y las normas de DDHH, bajo el entendido de que el DIH es *lex specialis*, por lo que tendría una prevalencia en su aplicación sin desconocer los DDHH y, en cambio, respetándolos.

Otro aspecto que se resaltó frente a la aplicación, fue la necesidad de tener claro qué es una operación militar. Las operaciones militares se realizan en escenarios de la paz, en situaciones de estabilización y en conflicto armado. En Colombia no está claro si estamos en conflicto armado interno o en guerra civil, pues hay quienes lo equiparan, pese a que eso tiene implicaciones diferentes, de manera que es importante llevar esto al derecho operacional y al terreno fáctico, toda vez que si no se tiene una aproximación de lo que es la operación militar no pueden evaluarse categorías del DIH como la necesidad militar.

Además, esa falta de claridad complejiza la situación en los escenarios de transición como el colombiano, porque influye en la manera como se van a enfrentar los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, así como en la forma de entender categorías de justicia transicional p.e. la de máximos responsables en relación con el uso de fuerza.

**"Hay un problema del derecho colombiano porque le da mayores penas a los delitos cometidos en el marco del DIH."**

**"Esa falta de claridad, complejiza la situación en los escenarios de transición como el colombiano"**

**"Se mostró preocupación por el desconocimiento que jueces y fiscales tienen del DIH."**



Varias intervenciones resaltaron la importancia de que las fuerzas militares y de policía tengan seguridad jurídica sobre sus acciones.

***"Es importante que se haya reconocido expresamente la existencia de un conflicto armado interno en Colombia."***

Por otra parte, se mostró preocupación por el desconocimiento que jueces y fiscales tienen del DIH, y se resaltó la importancia de capacitación sobre la materia. Las dificultades generadas por la coexistencia de marcos y la potencialidad de una conducta para trasgredir tanto el DIH como las normas de DDHH, han llevado a algunos operadores jurídicos a decisiones desacertadas. En muchos casos se aplica DIH de manera más severa, a pesar de ser una norma más benévola; en otros casos resultan las mayores condenas de una argumentación que se hace en DIH pero se resuelve en DDHH. Si bien no se trata de justificar en ningún momento conductas que sí deben ser sancionadas, es importante que los funcionarios judiciales tengan absoluta claridad de los marcos aplicables y el contexto o causas que motivaron el despliegue y actuación de la fuerza pública.

En relación con la investigación penal de conductas de militares durante el desarrollo de operaciones, se aclaró que el ente investigador lo que busca es el vínculo con el conflicto armado, independientemente del lugar donde haya sucedido el hecho y de las personas implicadas. No solo puede relacionarse con un combate, debe hacerse con las hostilidades, siendo el derecho de conducción de hostilidades y la presunción de la aplicación de personas o bienes que son objetivo militar más relevantes que la ubicación geográfica. Asimismo, se sostuvo que hay problemas en lo dogmático, y en lo procesal, relacionados con la tipicidad y las causales de justificación, porque si se aplicara realmente el DIH debería haber atipicidad de conductas.

Finalmente, se resaltaron los elementos políticos y prácticos que tienen estas discusiones sobre la aplicación del DIH o de los DDHH en la investigación y juzgamiento de operaciones militares.

En cuanto a lo político, se rescató la importancia de que se haya reconocido expresamente la existencia de un conflicto armado interno en Colombia, a través de la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas, pues esto aclaró el panorama sobre la aplicabilidad del DIH. Eso hace que los jueces tengan la certeza de poder aplicar el DIH en lo que respecta a operaciones contra las FARC o el ELN. En el caso de las

BACRIM no sucede lo mismo y existen serias preguntas sobre el particular.

De cualquier forma, la aplicación del DIH no depende de su reconocimiento político o jurídico, sino de criterios establecidos por el Derecho Internacional Público (DIP). De la misma manera, el hecho de que un gobierno "declare aplicable el DIH" para el uso de la fuerza militar contra el crimen organizado, tampoco quiere decir que realmente sea aplicable ese marco jurídico sino se cumplen los criterios del

***"La aplicación del DIH no depende de su reconocimiento político o jurídico sino de criterios establecidos por el Derecho Internacional Público."***

DIP. La consecuencia en ese último caso, es un cambio en el derecho nacional, que varía las reglas para el uso de la fuerza contra determinados grupos criminales en determinadas situaciones, pero ese régimen especial estará siempre sometido a la verificación de su compatibilidad con la Constitución y los tratados internacionales en materia de DDHH vigentes en cada país.

Ahora bien, en términos prácticos, se plantearon algunos temas que se consideran relevantes en estas discusiones en Colombia. En primer lugar, es importante tener claro que en Colombia hay un conflicto armado irregular y asimétrico; una guerra donde se usan mecanismos inhumanos y donde los grupos armados ilegales actúan de manera sorpresiva. De ahí que pensar en planear todo en DDHH y DIH es muy teórico. Además, se hizo mucho énfasis en la importancia de analizar caso por caso, y revisar situaciones que se presentan comúnmente en el terreno de las operaciones, para poder identificar situaciones en las que resulta necesario usar o no la fuerza letal (p.e. el caso discutido del combatiente dormido); de ello dependerá la aplicación del DIH.

En conclusión, falta mucho por aclarar sobre la manera como deben interactuar el DIH y los DDHH en el contexto colombiano, y el asunto es complejo si se piensa en las dinámicas de la violencia en el país. La aplicación del DIH no es un tema exclusivamente jurídico.

***"Es importante tener claro que en Colombia hay un conflicto armado irregular y asimétrico."***

***"Es importante que los operadores jurídicos conozcan y entiendan el DIH y los criterios de delimitación del régimen jurídico de los DDHH."***

También en Colombia el elemento político juega un papel central. Por ello, es importante que los operadores jurídicos conozcan y entiendan el DIH y los criterios de delimitación del régimen jurídico de los DDHH, tanto como la confluencia de ambos regímenes en las zonas grises que se dan en práctica de las fuerzas armadas.

Existe una preocupación legítima de las fuerzas armadas de tener seguridad jurídica y recibir un trato acorde con la normativa nacional e internacional. En abstracto no puede determinarse qué derecho aplicar ni cómo resolver la armonización del DIH y el DDHH; se requiere un análisis de cada caso concreto.