

INTRODUCCIÓN AL DERECHO OPERACIONAL EN COLOMBIA*

Camilo Iván Machado Rodríguez**

Resumen: El derecho operacional es una nueva categoría que sirve para la mejor comprensión por parte de la fuerza pública y las autoridades jurisdiccionales de la aplicación de las normas que regulan el Derecho Internacional Humanitario en el momento de investigar y juzgar presuntas vulneraciones a las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, normas que se conjugan como una metodología a la hora de planear y ejecutar operativos y operaciones militares, las cuales sin duda quedarán abarcadas dentro del ámbito del riesgo permitido, esto es, de acuerdo con la normatividad internacional y nacional vigente.

Palabras clave: derecho operacional, Derecho Internacional Humanitario, riesgo permitido.

* El presente artículo es producto del Primer Semillero de Investigación del Departamento de Derecho Penal y Criminología (2016-2017) sobre “Justicia transicional y derecho penal. Estudio de los Acuerdos de La Habana”. Coordinador: doctor Camilo Iván Machado Rodríguez. El artículo fue publicado en la obra colectiva AA. VV. *Derechos humanos, justicia transicional y perspectivas globales*. Universidad Católica de Colombia y Universidad de Sao Paulo. Editorial Tirant lo Blanch, 2022.

** Abogado y especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Licenciado en Derecho, título propio en Criminología y doctorado en Derecho en la Universidad de Salamanca (España). Docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9097-708X> Email: camilo.machado@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 25 de agosto de 2021. Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2022. Para citar el artículo: Camilo Iván Machado Rodríguez, “Aproximación al derecho operacional en Colombia”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 43, n.º 114, enero-junio 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-38. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v43n114.02>

APPROACH TO COLOMBIA'S OPERATIONAL LAW

Abstract: Operational law is a new category that serves to improve understanding by the law enforcement and judicial authorities of the application of the rules governing international Humanitarian Law when investigating and prosecuting alleged violations of persons and property protected by international Humanitarian Law, rules that are combined as a methodology for planning and executing military operations and operations, which will certainly be covered within the scope of the permitted risk, i.e. in accordance with current international and national norms.

Keywords: Operational law, International Humanitarian Law, permitted risk.

NOTAS PRELIMINARES

El presente artículo tiene como objetivo principal hacer un llamado de atención sobre la existencia, contenidos e importancia del concepto de *derecho operacional*, el cual comprende el *planeamiento, ejecución y seguimiento* de las *operaciones, operativos y procedimientos* de la fuerza pública en tiempos de paz o de guerra, como su capacidad de rendimiento y análisis obligatorio por parte de las autoridades judiciales (ordinarias y especiales) en las investigaciones penales que se adelantan, o se puedan llegar a adelantar, contra miembros de la fuerza pública.

Como se indicará y desarrollará adelante, una operación militar es un acto administrativo, que goza de presunción de legalidad, el cual, al desarrollarse bajo las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH)¹ y los Derechos Humanos (DDHH), constituye una actividad bélica permitida.

Parte de la doctrina considera que el término *derecho operacional*, realmente, no tiene virtualidad o identidad propia, pues se trata de una expresión que se limita a la

1 Melo Lugo, July Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”. *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, pp. 82-91, p. 85. “Cuando de Derecho Internacional Humanitario se habla, es común encontrarse con los conceptos de Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya, ello por una razón básica, el DIH es el que los compila, fusiona e interdependiza”. Por DIH aplicable en los conflictos armados entiende las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección (Derecho de La Haya) y protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto (Derecho de Ginebra). Véase *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Selección de artículos, 2005, p. 378.

compilación interna de los principios y normatividad establecidos por el DIH, aplicados al planeamiento, la ejecución y el seguimiento de las operaciones militares.

Como se demostrará en el presente artículo, desde un punto de vista metodológico, es importante organizar y establecer los lineamientos para la regulación del uso de la fuerza, con el fin de delimitar los riesgos que se pueden llegar a presentar en el desarrollo de la actividad bélica; por tal motivo, no solo desde el punto de vista nominativo sino también material, el *derecho operacional* adquiere cada vez una mayor relevancia, pues no debe olvidarse que uno de los sujetos de las normas de DIH lo son precisamente los miembros de la Fuerza Pública.

De esta forma, la presente aproximación a la categoría especial de *derecho operacional* en Colombia es obligatoria para el desarrollo de la investigación y juzgamiento en los procesos judiciales que se adelanten contra los miembros de la fuerza pública por las operaciones militares en donde es posible la producción de atentados en contra de las *personas y bienes* protegidos por el DIH, en los cuales deberá reconocerse, sin lugar a duda, el debido proceso, el derecho a la defensa, y desvirtuarse la presunción de legalidad y legitimidad de dichas operaciones, lo cual garantizará la seguridad jurídica para los agentes del Estado.

1. REGLAS O DERECHO OPERACIONAL

Como se ha venido mencionando, la fuerza pública en sus operaciones militares debe regirse por la normatividad vigente y referente a los DDHH, al DIH², al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y los correspondientes manuales de derecho operacional, disposiciones que son complementarias³. En definitiva, se trata del marco jurídico en el cual deben actuar las fuerzas armadas.

1.1. Concepto de reglas operacionales

El concepto de *reglas operacionales* ha sido abordado por nuestras altas cortes; en particular, la Sentencia de la Corte Constitucional C-080 de 2018 en donde sostiene:

-
- 2 Es importante señalar que la interdependencia entre los dos regímenes no es artificial, sino evidente y necesaria, lo que conduce a que la distinción entre “Derecho de La Haya” y “Derecho de Ginebra” tienda a diluirse y se mantenga solamente para efectos de instrucción o enseñanza de una especialidad mucho más englobante que en el lenguaje militar se conoce mejor como el Derecho Internacional de los Conflictos Armados. *Cfr.* Jaimes-Amado, María Cecilia y Prieto-Sanjuán, Rafael A. “Violaciones al derecho internacional humanitario: prevenir, antes que sancionar”. 124 *Vniversitas*, 2012, p. 138.
 - 3 Zamudio Rodríguez, Diego Julián. “El régimen jurídico militar y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)”. En *Revista científica General José María Córdova*, Bogotá, Colombia, julio-diciembre, 2016. *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, vol. 14, n.º 18, pp. 97-112.

“es un criterio en la valoración de la conducta de los miembros de la Fuerza Pública [...] siempre que no sean contrarias a la normatividad legal”. El concepto de reglas operacionales no tiene ningún antecedente en el texto constitucional⁴. Igualmente, la Corte señala: “Se trata de un concepto jurídico abierto y de difícil determinación en cuanto a su contenido”⁵. Cabría considerar que se encuadra en la noción de *derecho operacional* referido en las leyes 1765 de 2015⁶ y 1698 de 2013⁷ desde el punto de vista de los requisitos académicos para ejercer la defensa de los miembros de la fuerza pública y funcionarios que administren justicia penal militar, y definido en el Decreto 124 de 2014⁸ como una verdadera especialidad del derecho, como adelante lo vamos a analizar.

Desde un punto de vista formal, se afirma con base en la Corte Constitucional que

[...] las reglas operacionales son contenidos del ámbito administrativo de la Fuerza Pública que tienen por objeto regular la realización de los operativos militares conforme a las normas de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Dichas reglas operacionales tienen entonces un marco constitucional, legal y jurisprudencial que se concretiza en instrucciones de índole administrativa sobre la conducción de operaciones y hostilidades [...].

En síntesis, se trata de contenidos normativos de naturaleza administrativa que regían la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en el momento de las operaciones militares. Asimismo, las reglas operacionales tienen valor probatorio para calificar la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, siempre que no vulneren “los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario”.

-
- 4 Sentencia de la Corte Constitucional C-080 de 2018. Por medio de la cual se realiza control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria 8 de 2017 Senado, 16 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.
 - 5 Sobre el derecho operacional como cuerpo normativo y doctrina, ver: Berger, Joseph B., Grimes, Derek y Jensen, Eric T. (2004). *Operational law handbook*, Charlottesville, Virginia, Judge Advocate General’s Legal Center and School.
 - 6 En la Ley 1765 de 2015, que reformó el Código Penal Militar, se encuentra el concepto de derecho operacional como un requisito de estudio de los funcionarios de la Justicia Penal Militar.
 - 7 El derecho operacional está referido en la Ley 1698 de 2013 “por la cual se crea el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, y se dictan otras disposiciones”, como parte del principio de especialidad del Sistema (art. 3.º).
 - 8 El Decreto 124 de 2014, que reglamenta la Ley 1698 de 2013, define el derecho operacional de la siguiente manera: “Art. 4.º.—En concordancia con el principio de especialidad consagrado en el artículo 3.º de la Ley 1698 de 2013, se entiende por *derecho operacional* la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la Fuerza Pública”.

De esta manera, la Corte Constitucional sostiene que las reglas operacionales son directrices expedidas por la propia Fuerza Pública con el objetivo de orientar el actuar de sus miembros conforme a los estándares jurídicos nacionales e internacionales⁹.

1.2. Concepto de derecho operacional

En pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación¹⁰ se ha sostenido que

el derecho operacional es un cuerpo normativo que regula la conducción de hostilidades y otras misiones militares en tiempos de transición, de estabilización o de paz, en cuanto al uso de los medios y métodos, tema que va ligado ineludiblemente por las condiciones de orden público y por los tratados vinculantes que ha suscrito el Estado colombiano y con los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

De esta forma, parte de la doctrina es categórica en señalar que el derecho operacional

es el derecho que fluye en torno a las estrategias, tácticas, planeación, preparación, ejecución y evaluación de las operaciones, misiones o tareas cumplidas, las cuales, por motivos de seguridad nacional, son objeto de reserva, en razón al contexto de guerra asimétrica que se ha desarrollado por varias décadas en Colombia, donde las normas de derecho, sea dentro del contexto de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional de los Derechos Humanitarios, sólo se demanda su aplicación de las fuerza pública, en tanto que la subversión se exime de ellas, usando toda suerte de artimañas en lo que bien se puede calificar como una verdadera guerra sucia¹¹.

De esta forma, el derecho operacional comprende toda la normativa integradora de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario¹².

Asimismo, han existido proyectos de ley en donde se ha pretendido la reglamentación y regulación del derecho operacional. Así, por ejemplo, en el proyecto de ley 166 de 2011, “por medio del cual se establecen políticas públicas que implementen el derecho operacional en el marco de la garantía y el respeto de los derechos hu-

9 Corte Constitucional. C-080 de 2018.

10 Expediente050012331000200505413 01 (42180).

11 Fierro-Méndez, Heliodoro. *El derecho operacional en el conflicto armado como fundamento de los juicios penales y de responsabilidad del Estado*. Basado en precedentes judiciales y en documentos militares, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 125.

12 *Ibidem*, p. 127.

manos y del derecho internacional humanitario por parte de las fuerzas públicas y policía nacional”¹³.

De acuerdo con la normatividad actual, el Decreto Único Reglamentario (DUR) del Sector Administrativo de Defensa, número 1070 de 2015, define el derecho operacional como:

La integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos (DH) y derecho internacional humanitario (DIH) aplicados al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones, operativos y procedimientos de la fuerza pública.

Así las cosas, también debe precisarse que, como cualquier otra actividad de la administración pública, la ejecución de una operación militar ha de presumirse legal, y es la primera de las presunciones derivada de la naturaleza administrativa de la orden militar en cumplimiento de la cual se desarrollan las operaciones¹⁴.

1.3. Características y especificidades

Es evidente la existencia de un conjunto amplio de principios y normas que regulan el *uso de la fuerza*, desde la Constitución Política y sus correspondientes tratados y convenios sobre DDHH y DIH ratificados por Colombia, hasta el *nivel táctico* de las reglas de enfrentamiento (o ROE por sus siglas en inglés)¹⁵. De ahí la necesidad de desarrollar un verdadero derecho operacional, que no es otra cosa que la aplicación ordenada de todas estas normas al planeamiento, la ejecución y la evaluación de las operaciones de la Fuerza Pública¹⁶.

13 *Ibidem*, p. 130.

14 Código Penal Militar, Ley 522 de 1999 (actual Ley 1407 de 2010).

15 Doctrina jurídica oficial de la OTAN –“NATO Legal Deskbook, 2010”. Las Reglas de Enfrentamiento (ROE). Estas directivas o instrucciones establecen directrices sobre el uso legítimo, gradual y proporcionado de la fuerza para cada operación en la que participan unidades militares o, por decirlo de otro modo, se definen los medios que se pueden emplear y las formas que se pueden seguir cuando deban intervenir en cumplimiento de la misión encomendada. Son consideradas como una de las obligaciones para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y evitar homicidios en persona protegida (Directrices del Comando General de las FFMM sobre Derechos Humanos y DIH en Colombia, 2008). *Cfr.* Melo Lugo, Jully Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”. *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, p. 87.

16 Fierro-Méndez, Heliodoro. *El derecho operacional en el conflicto armado como fundamento de los juicios penales y de responsabilidad del Estado*. Basado en precedentes judiciales y en documentos militares, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 130.

Como se puede observar, el objeto de cualquier investigación criminal militar, ordinaria y especial en contra de miembros de las fuerzas militares se concentra en el desarrollo de su actividad bélica, la operación militar, motivo por el cual es importante resaltar las reglas sobre el uso de la fuerza en las mismas. Por tal motivo, se debe comprender qué se entiende por *operación militar*¹⁷, operaciones de *combate irregular*, y sus *subtipos*: ocupación, registro, control militar de área, destrucción y repliegue ofensivo¹⁸.

De acuerdo con la doctrina militar¹⁹, el concepto de operación militar no se circunscribe al acto de confrontación o el combate²⁰. El concepto de operación militar es mucho más extenso, encierra toda una serie de actos que comportan la ejecución, el desarrollo y la consolidación. El punto de partida corresponde a la elaboración de un plan de campaña que emite el Comando de la Fuerza, su desarrollo lo materializan las brigadas al realizar operaciones militares, dispuestas por vía de la orden de operaciones y emitidas a las unidades tácticas que en su nivel desarrollan la maniobra²¹.

El concepto de operación militar se extiende desde que se recibe la misión e inicia su ejecución, esto es, desde el día “D” y la hora “H”, manteniendo plena vigencia el concepto en toda su ejecución y desarrollo, sin importar que la operación dure días o meses, ya que se entiende superada cuando se logra el cumplimiento de la misión y se reintegran las tropas a su unidad de origen²².

Las operaciones militares se componen de dos etapas:

a. *Planeamiento*, es decir el antes, que lo desarrolla el comandante de la unidad quien con la anuencia y apoyo de los miembros de su comando diseña y emite una

17 “La serie de actividades de combate o administrativas que ejecuta la unidad para darle cumplimiento a una misión”.

18 Espinosa Vásquez, Manuel Felipe. “El homicidio en el derecho operacional”. *Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud*, n.º 10, diciembre 2014, Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia), p. 99.

19 La doctrina es el conjunto de principios fundamentales con sus correspondientes tácticas, técnicas, procedimientos y términos y símbolos empleados para la conducción de las operaciones y mediante los cuales el ejército de combate y los elementos del ejército generador de fuerza, que apoyan directamente las operaciones, guían sus acciones en cumplimiento de los objetivos nacionales (MFE 1-01). *Cfr.* Conceptos Generales Básicos Doctrina Damasco. Vocadoc (Vocabulario Doctrinal), Centro de Doctrina del Ejército (Cedoe), p. 4.

20 Fierro-Méndez, Heliodoro. *El derecho operacional en el conflicto armado como fundamento de los juicios penales y de responsabilidad del Estado*. Basado en precedentes judiciales y en documentos militares, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pp. 132-133.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*.

instrucción que quiere que sea desarrollada por las unidades subordinadas, resultado del análisis de los factores previsibles e imprevistos²³.

En un lenguaje claro, toda operación militar debe tener en cuenta *seis aspectos* que buscan dar alcance a la intención del comandante, esto es, la planeación²⁴, lo cual podría compilarse en las siguientes preguntas: ¿Qué se pretende y hasta dónde se puede actuar con el desarrollo de la operación militar? ¿Para qué se realiza la operación, cuál es la ventaja militar? ¿A partir de cuándo se desarrolla (día y hora)? ¿En dónde se desarrollarán las maniobras técnicas de combate y actividades de inteligencia?, teniendo en cuenta la maniobra que se pretenda desarrollar, sea esta ofensiva, defensiva, de registro, de ocupación, entre otros. ¿Cuál es la duración de la operación? ¿Cómo se seleccionará al personal que participará en la ejecución de la maniobra?²⁵

b. *Ejecución*: la desarrollan los destinatarios de la orden; comprende la partida desde el área hasta cuando se haya consolidado el objetivo una vez cesan las hostilidades, si el objetivo de la misma era de índole ofensiva²⁶.

En desarrollo de la segunda etapa, esto es, la *ejecución*, las unidades subordinadas inician el proceso de planeamiento, cumpliendo con los pasos establecidos en un instrumento de organización denominado el *procedimiento de comando*, el cual es un proceso lógico, ordenado, continuo a través del cual el militar con funciones de comando recibe, planea y ejecuta una misión con el nivel de aplicación para unidades que no cuentan con equipo asesor²⁷ (Plana Mayor o Estado Mayor), como lo son las compañías, los pelotones y las escuadras. Dicho comandante de la unidad subordinada es quien recibe la *orden de operaciones*, que en el lenguaje operacional se denomina Ordop. Para su ejecución allí encontramos implícita la *necesidad militar*, principio fundamental del Derecho Internacional Humanitario, que constituye

23 Espinosa Vásquez, Manuel Felipe. “El homicidio en el derecho operacional”, *Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud*, n.º 10, diciembre 2014, Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia), pp. 95-96.

24 *Ibidem*, p. 96.

25 *Ibidem*, pp. 96-97.

26 *Ibidem*, p. 96.

27 Jaimés-Amado, María Cecilia y Prieto-Sanjuán, Rafael A. “Violaciones al derecho internacional humanitario: prevenir, antes que sancionar”, 124 *Vniversitas*, 119-145 (2012), p. 131. “Asimismo, tratándose de un asunto tan delicado y especializado, el mismo protocolo establece en su artículo 82 que se disponga de asesores jurídicos a nivel de la comandancia militar: ‘Las Altas Partes contratantes en todo tiempo, y las Partes en conflicto en tiempo de conflicto armado, cuidarán de que, cuando proceda, se disponga de asesores jurídicos que asesoren a los comandantes militares, al nivel apropiado, acerca de la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo y de la enseñanza que deba darse al respecto a las fuerzas armadas’”.

la justificación de todo recurso a la violencia, dentro de los límites establecidos por el principio general de la *proporcionalidad*²⁸.

Las *operaciones militares de combate irregular* tienen como objetivo principal conservar y proteger de cualquier atentado la soberanía, la independencia, el orden constitucional y la integridad del territorio nacional; se busca la protección de la población civil de cualquier amenaza de grupos insurgentes y la desarticulación de organizaciones al margen de la ley, entre las que pueden abarcarse determinadas delincuenciales²⁹.

Como se puede observar, las definiciones dadas por la doctrina militar sobre la operación militar y su desarrollo, en los niveles de planeación y ejecución, se demarcan dentro del riesgo permitido de la actividad bélica y, no obstante actuar dentro de dichos parámetros, pueden acontecer cursos causales de acción diversos, dada la complejidad y la dinámica propia del conflicto armado irregular colombiano³⁰.

De manera inicial, la operación militar debe entenderse como el conjunto de actividades de combate o administrativas que ejecuta la unidad para dar cumplimiento a una misión. La ejecución de operaciones de combate irregular puede ser de diversos tipos, como ocupación, registro, control militar de área, destrucción y repliegue ofensivo³¹, situaciones que no serán abordadas, por pertenecer al ámbito del vocabulario táctico propio de la doctrina militar, pues rebasarían el objeto del presente trabajo.

1.4. Finalidades

El derecho operacional puede ser considerado una especialidad jurídica, integrada por varias ramas del derecho interno e internacional, cuyo objetivo es establecer los elementos de legalidad para adelantar operaciones militares y de policía sin perder

28 “El DIH establece un delicado equilibrio entre las necesidades de la guerra y los condicionamientos humanitarios, de forma que no se deben causar al adversario males desproporcionados en relación con el objetivo del conflicto armado, que es vencer al enemigo. Supone optar por el mal menor para no causar a la parte adversa mayor violencia que la exigida por el desarrollo de las hostilidades”. Espinosa Vásquez, Manuel Felipe. “El homicidio en el derecho operacional”, *Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud*, n.º 10, diciembre 2014, Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia), p. 97.

29 Véase Consejo Superior de la Judicatura, providencia 110010102000201202160 00 de 15 de noviembre de 2012.

30 Espinosa Vásquez, Manuel Felipe. “El homicidio en el derecho operacional”, *Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud*, n.º 10, diciembre 2014, Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia), p. 97.

31 Fierro-Méndez, Heliodoro. *El derecho operacional en el conflicto armado como fundamento de los juicios penales y de responsabilidad del Estado*. Basado en precedentes judiciales y en documentos militares, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pp. 132-133.

eficacia, aplicado no solo por la jurisdicción penal militar, sino en todas aquellas jurisdicciones en donde se investigue y juzgue a miembros de la fuerza pública³².

Las finalidades del derecho operacional se pueden sintetizar en la regulación de:

- i. El *uso* de la fuerza y sus límites.
- ii. En el *monopolio* del uso de la fuerza.
- iii. En el *deber* de mantener condiciones de seguridad.
- iv. En la *conducción* de hostilidades.
- v. En la *prohibición* de ataques indiscriminados y sujetos de protección.
- vi. En la protección del *personal* sanitario y religioso.
- vii. En la protección de las *personas* que no participan directamente en las hostilidades.
- viii. En la pérdida de protección por participación directa en las hostilidades.
- ix. En las precauciones en el ataque y los efectos de este.
- x. En la restricción en los medios y métodos.
- xi. En los objetivos militares.
- xii. En la ventaja militar.
- xiii. Y aquellas circunstancias en las que es posible limitar el derecho a la vida.

Las finalidades del derecho operacional coinciden con los objetos de protección y regulación de las normas de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, lo cual es algo natural, pues se sustentan en dicha normatividad; así se puede observar en el manual expedido en el 2009^[33] y modificado en el 2015, en donde se

32 En idéntico sentido, Fierro-Méndez, Heliodoro. *El derecho operacional en el conflicto armado como fundamento de los juicios penales y de responsabilidad del Estado*. Basado en precedentes judiciales y en documentos militares, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pp. 195-196.

33 Disposición que recoge y compila para el ordenamiento interno los instrumentos internacionales sobre regulación del uso de la fuerza letal. Este manual es una norma de derecho blando expedida al amparo de una norma previa habilitante (Decreto 1605 de 1988), tiene un efecto jurídico *ad-intra*... por las características especiales de la relación de sujeción... como se presenta en el caso de las fuerzas militares. *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

establecen las directrices de las operaciones militares para que se apliquen dentro de los esquemas de respeto y garantías judiciales. Contiene también los parámetros que se han de llevar a cabo en las operaciones militares, dirigidos a los comandantes militares hasta el nivel de unidad táctica; a los asesores jurídicos operacionales; y a los operadores jurídicos, incluyendo autoridades judiciales militares y ordinarias, así como a los abogados de defensa³⁴.

Según los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, los manuales recuerdan a los miembros de la fuerza pública la existencia de un *modus operandi* en lo relativo al uso de la fuerza en las operaciones militares, las cuales se dividen en dos tipos generales: i) operaciones en escenarios de hostilidades, dirigidas contra un objetivo militar debidamente identificado, relacionado necesariamente con un grupo armado organizado al margen de la ley, cuyo marco jurídico autoriza el uso de la fuerza como primer recurso, y ii) operaciones para el mantenimiento de la seguridad, las cuales no están dirigidas contra un objetivo militar específico, en el que el uso de la fuerza debe ser siempre el último recurso³⁵.

2. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho operacional surge de la normatividad que integra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Es por ello que las finalidades que se le atribuyen al derecho operacional se encuentran en perfecta armonía con los denominados principios del DIH³⁶.

Como ya lo he indicado en el presente trabajo, el operador jurídico que se encargue de la investigación y juzgamiento en las jurisdicciones ordinaria, militar y especial, que se originen como consecuencia de la ejecución de las operaciones militares, debe

Subsección B, Sentencia del 29 de mayo de 2014, C. P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación 05001-23 31-000-2000-4596-01 (29882), actor: Gloria Edilma Correa López y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

- 34 Zamudio Rodríguez, Diego Julián. “El régimen jurídico militar y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)”, *Revista científica General José María Córdova*, Bogotá, Colombia, julio-diciembre, 2016. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, vol. 14, n.º 18, p. 105.
- 35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 29 de mayo de 2014, C. P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación 05001-23 31-000-2000-4596-01 (29882), actor: Gloria Edilma Correa López y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.
- 36 Fierro-Méndez, Heliodoro. *El derecho operacional en el conflicto armado como fundamento de los juicios penales y de responsabilidad del Estado*. Basado en precedentes judiciales y en documentos militares, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 127. “El derecho operacional, o lo que es lo mismo toda la normativa integradora de los Derechos Humanos y del derecho internacional Humanitario”.

tener los conocimientos jurídicos suficientes para saber qué marco normativo es el aplicable³⁷, y esta claridad la ofrece el derecho operacional.

No cabe la menor duda de que las finalidades que se le atribuyen al derecho operacional encuentran una perfecta congruencia con los denominados principios del DIH, pues los mismos se traducen en los fines del derecho operacional. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha identificado cinco principios que, si bien no son los únicos, en este artículo son los más relevantes, pues son los que delimitarán una operación militar o, en otros términos, delimitarán el riesgo permitido en la actividad bélica, el cual constituye el estándar mínimo protegido³⁸; estos son:

2.1. Principio de distinción

Es la columna vertebral del DIH, pues con base en él las partes en conflicto deberán distinguir, en todo tiempo, entre civiles y combatientes, y solo pueden dirigir sus ataques contra estos³⁹.

El principio de distinción en relación con las personas tiene una formulación diferente tratándose de conflictos armados internacionales o conflictos armados no internacionales. Mientras en los primeros se utiliza la expresión de *combatientes*, en los segundos se habla de *personas que participan directamente en las hostilidades*⁴⁰.

El principio de distinción entre civiles y combatientes se enunció por primera vez en la Declaración de San Petersburgo, que establecía que “el único objetivo legítimo

37 *Ibidem*, p. 97.

38 *Cfr.* Jaimes-Amado, María Cecilia y Prieto-Sanjuán, Rafael A. “Violaciones al derecho internacional humanitario: prevenir, antes que sancionar”, 124 *Vniversitas*, 119-145 (2012), p. 139.

39 En el artículo 48 del Protocolo Adicional I; del mismo modo, el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra prohíbe que tanto las personas civiles como la población civil como tal sean objeto de ataques. Así mismo se puede configurar de manera implícita (cuando el artículo 3 común a los cuatro convenios, partiendo de la obligación de distinción, protege a las personas que no participan directamente en las hostilidades) o encontrarse en la costumbre internacional (como la cláusula Martens, presente también en el preámbulo del Convenio de La Haya sobre medios y métodos del combate de 1907, en los artículos 62, 63, 142 y 158 de los cuatro convenios de Ginebra respectivamente y en el artículo 1 del protocolo adicional I). *Cfr.* Melo Lugo, Jully Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”, *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, pp. 82-91, p. 86.

40 Valencia Villa, Alejandro. *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 159.

que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo”⁴¹.

Con base en este principio se elaboraron los conceptos de combatiente, entendido como la persona que participa directamente en las hostilidades; población civil, entendida como el grupo de personas que habitan en un sector que eventualmente se ve inmerso en el conflicto por cuestiones geográficas pero que no participan en las hostilidades y no realizan actividades dentro de estas; persona protegida, hace referencia a la categoría jurídica que engloba a las personas protegidas por el DIH sacándolas de la categoría de objetivo militar y prohibiendo cualquier ataque contra ellas por parte de los grupos armados.

El objetivo de este principio es que los ataques entre las fuerzas armadas en conflicto lleven un componente de diferenciación entre el “enemigo” y las personas neutras o fuera de combate, evitando daño injusto y desproporcional a los individuos que no se quieren ver envueltos en estos eventos.

La Declaración de Taormina de 1990 en su primera conclusión establece que “la obligación de distinguir entre combatientes y las personas civiles es una norma general aplicable en caso de conflicto armado no internacional [...]”. Y a renglón seguido señala como segunda conclusión: “La prohibición de lanzar ataques contra la población civil como tal o contra las personas civiles es una norma general aplicable en caso de conflicto armado no internacional [...]”.

Y en la conclusión octava señala que

las normas generales que obligan a distinguir entre los combatientes y las personas civiles y que prohíben lanzar ataques contra la población civil como tal o contra las personas civiles implican, para su aplicación, que se tomen todas las precauciones factibles a fin de evitar heridas, pérdidas o daños a la población civil⁴².

El artículo 48 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra establece este principio como la norma fundamental de protección general contra los efectos de las hostilidades, principio considerado como de derecho consuetudinario por la experiencia de los recientes conflictos armados⁴³.

41 Henckaerts, Jean-Marie. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe Esmeralda, 2007, pp. 3-29.

42 Declaración de Taormina de 1990.

43 Urbina, Julio Jorge. *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario: desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil*, Tirant lo Blanch Monografías, 2000, p. 159.

Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, son normas consuetudinarias para conflictos armados internacionales y no internacionales, las siguientes:

Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados.

Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares.

2.2. El principio de proporcionalidad en el ataque

El cual hace referencia a que el uso de la fuerza debe ser proporcional a la ventaja militar prevista y concreta⁴⁴.

Su consagración aparece en el Protocolo II y en el Protocolo II enmendado de la convención sobre ciertas armas convencionales y según el Estatuto de la Corte Penal Internacional: “lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil [...] que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”, constituye un crimen de guerra. Así mismo, este principio está establecido en varios manuales militares; por ejemplo, en el manual del DIH de Suecia⁴⁵. De la misma forma, numerosos Estados (Estados que no son Partes, o no lo eran de acuerdo con el Protocolo adicional) tienen legislaciones en donde se tipifican como delitos los ataques que vulneran el principio de proporcionalidad. Antes de que se aprobara el Protocolo I, el Comité Internacional de la Cruz Roja invitó a las partes en conflicto en Oriente Próximo para que respetaran el principio de proporcionalidad en el ataque (Egipto, Irak, Israel y Siria respondieron favorablemente)⁴⁶.

El principio de proporcionalidad en el ataque es inherente al principio de humanidad. Se incluyó el principio en el Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales; algunos manuales militares que han sido aplicados o

44 Cfr. Melo Lugo, Jully Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”, *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, pp. 82-91, p. 86.

45 Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis y Pérez González, Manuel. “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 415 a 450.

46 *Ibidem*, pp. 415 a 447.

que son aplicables a conflictos armados no internacionales contienen este principio de proporcionalidad en el ataque. En muchos Estados se tipifica como delito la violación del principio de proporcionalidad en el ataque. De igual forma, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales condenan la violación del principio⁴⁷.

Algunos Estados consideran que la “ventaja militar” es una ventaja que se pretende obtener por medio de un ataque militar, considerado en su conjunto. La disposición del Estatuto de la Corte Penal Internacional hace referencia a las lesiones causadas a civiles, a la pérdida de vidas o a daños que sean excesivos relacionadas con la ventaja militar⁴⁸. El Comité Internacional de la Cruz Roja establece que la adición de la palabra “general” en la definición de ventaja militar no modificaba el derecho vigente⁴⁹.

2.3. El principio de humanidad

Precisa que el ataque no debe generar males superfluos, daños y sufrimientos innecesarios, que en los métodos y medios para hacer la guerra deben resultar siempre de un mínimo de humanidad⁵⁰.

Este principio busca la protección de la dignidad humana, el respeto por la vida y la integridad de todas las personas sin importar si tienen o no la calidad de combatiente. El Derecho Internacional Humanitario busca humanizar la guerra dictando normas que eviten los malos tratos innecesarios, crueles e inhumanos que no tengan por objetivo vencer a las tropas enemigas, sino causar un daño *per se* sin ninguna utilidad práctica para la guerra; se busca evitar los ultrajes como fin en sí mismos y como medio para obtener ventaja sobre las tropas enemigas⁵¹.

Si bien en tiempos de guerra la protección se encuentra dada por el DIH, los derechos humanos no se suspenden en ningún momento y están completamente proscritos todos los actos atroces, aunque las legislaciones de los sectores en conflicto no los consideren un delito o no tengan una prohibición al respecto; los derechos humanos son universales y tienen aplicación directa e indistinta. Su violación no puede ser

47 *Ibidem*.

48 Comité Internacional de la Cruz Roja.

49 *Ibidem*.

50 *Cfr.* Melo Lugo, Jully Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”, *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, pp. 82-91, p. 86.

51 Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis y Pérez González, Manuel. “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 575-599.

usada como arma de guerra ni como objetivo de campaña; todas las personas envueltas en el conflicto deben ser tratadas con dignidad humana⁵².

Así las cosas, este principio de humanidad tiene su ámbito de aplicación en las garantías fundamentales de trato humano del otro, sin importar las circunstancias de conflicto, condiciones mínimas de detención, asegurándose un trato digno a las personas que son detenidas en el curso del conflicto y, finalmente, la aplicación de todas las garantías judiciales durante y después del conflicto⁵³.

Estos artículos son el verdadero complemento y desarrollo del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y son más amplios y detallados que la disposición de los Convenios en cuanto a las prohibiciones y a las personas protegidas⁵⁴.

2.4. El principio de precaución

Hace alusión a todas las medidas previas que se tienen que tomar antes de realizar un ataque, ello con la finalidad de garantizar, entre otros, los principios de distinción, proporcionalidad y humanidad; este principio se reviste de gran importancia por ser el primero a tener en cuenta en el momento de un combate⁵⁵.

El principio de precauciones en el ataque se estableció por primera vez en el párrafo 3 del artículo 2 de la Convención (IX) de La Haya de 1907, en el que se indica que, si resulta necesario atacar una localidad o puerto sin defender y no hay posibilidad de dar un plazo al enemigo, se deben tomar todas las medidas necesarias para causar el menor daño posible a la ciudad⁵⁶. Actualmente, está codificado en el párrafo 1 del artículo 57 del Protocolo adicional I, al que no se han hecho reservas⁵⁷.

Los manuales militares expresan la obligación de tener cuidado constante para evitar o minimizar las pérdidas civiles incidentales. Lo corroboran diversas declaraciones oficiales y la práctica referida, incluidas las de Estados que no son Partes. En octubre de 1973, antes de que se aprobara el Protocolo adicional I, el CICR hizo un llama-

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 *Cfr.* Melo Lugo, Jully Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”. *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, pp. 82-91, pp. 86-87.

56 Werle, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 737.

57 Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis y Pérez González, Manuel. “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 59-77.

miento a las partes en conflicto en Oriente Próximo para que respetaran la obligación de tomar precauciones en el ataque, al que los Estados concernidos (Egipto, Irak, Israel y Siria) respondieron favorablemente⁵⁸.

El Protocolo adicional II no exige explícitamente esas precauciones. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 13 establece que “la población y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”, y sería difícil cumplir esta condición sin tomar precauciones en el ataque. La exigencia de tomar precauciones en el ataque se expresa en otros instrumentos de derecho convencional más reciente aplicable en conflictos armados no internacionales⁵⁹.

La obligación de tener cuidado constante y evitar o reducir al mínimo el número de pérdidas civiles que pudiera producirse está incurso en todos los manuales militares que son aplicables, o se han aplicado, en conflictos armados no internacionales. Existen, asimismo, varias declaraciones oficiales en las que se hace referencia a esta exigencia⁶⁰.

En 1965, la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja aprobó una resolución en la que se pedía la preservación de la población civil en la medida de lo posible. Esta necesidad fue reafirmada ulteriormente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en una resolución adoptada en 1968. Además, en una resolución adoptada en 1970 solicitó que, en el desarrollo de operaciones militares, se hiciera “todo lo posible por poner a las poblaciones civiles a salvo de los estragos de la guerra” y para evitar que las poblaciones civiles padeciesen heridas, pérdidas o daños⁶¹.

La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la causa Kupreskic y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el proceso relativo a los hechos sucedidos en La Tablada (Argentina) proporciona más pruebas de que esta norma es consuetudinaria para los conflictos armados no internacionales⁶².

El CICR ha solicitado a las partes en los conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, que respeten la exigencia de tomar precauciones en el ataque⁶³.

Muchos Estados han expresado la opinión de que los mandos militares y otras personas responsables han de basar siempre las decisiones en la información procedente de

58 *Ibidem*.

59 Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales y en el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales.

60 *Ibidem*.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*.

63 *Ibidem*.

todas las fuentes de que dispongan en ese momento. Además, en muchos manuales militares se hace hincapié en que los mandos deben contar con los mejores servicios de inteligencia posibles, así como con información acerca de las concentraciones de personas civiles, los bienes de carácter civil importantes, los bienes que gozan de una protección particular, el medio ambiente natural y el entorno civil de los objetivos militares⁶⁴.

2.5. El principio de respeto

Referido como aquel que debe tenerse a quienes estén prestando ayuda humanitaria y religiosa, buscando proteger así la labor de quienes se preocupan por las consecuencias que sobre la humanidad produce un conflicto armado⁶⁵.

Los Estados están sujetos a los tratados y se encuentran obligados a dar cumplimiento a estos; el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949 amplía la formulación de este requisito, incorporando la obligación de hacer respetar el DIH. Esta obligación se encuentra también en el Protocolo adicional I. Es una obligación de amplio alcance que no se limita a hacer que sus propias fuerzas armadas respeten el DIH⁶⁶, sino que también deben hacer que lo respeten otras personas o agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control⁶⁷.

Estas órdenes e instrucciones surgen no solo de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; ya eran reconocidas en la jurisprudencia posterior a la II Guerra Mundial con el propósito de hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, incluso por parte de la población civil, para evitar que los civiles se aprovechen de su condición para participar en hostilidades amparados en la condición de personas protegidas⁶⁸.

Es obligación de los Estados dirigir a sus fuerzas armadas para que respeten las normas de DIH sin incurrir en faltas bajo ninguna circunstancia; es responsabilidad de los dirigentes ordenar a sus tropas que respeten las reglas dispuestas por la normatividad

64 *Ibidem*.

65 *Cfr.* Melo Lugo, July Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”, *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, pp. 82-91, p. 86.

66 Valencia Villa, Alejandro. *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 110.

67 Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis y Pérez González, Manuel. “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 559-575.

68 *Ibidem*.

internacional; la sujeción del Estado a esos tratados implica la implementación de estos por medio de todas las medidas a su alcance⁶⁹.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por ejemplo, ha insistido en esta obligación en el contexto de los conflictos de Afganistán, Angola, Bosnia y Herzegovina, Liberia y la República Democrática del Congo. Análogamente, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado, en muchas ocasiones, el principio de que todas las partes en cualquier conflicto armado tienen la obligación de respetar el DIH. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha hecho declaraciones similares en resoluciones sobre Afganistán y El Salvador⁷⁰.

Los tratados han señalado también que la obligación de cumplir con las normas dispuestas por el DIH no tiene relación alguna con la reciprocidad por parte de los contendientes, es decir, que el bando opuesto no respete las normas de conducción de la guerra no habilita a un grupo armado a incumplir de la misma forma, pues la ejecución de estas reglas no está condicionada a su seguimiento por parte del enemigo; su cumplimiento se debe dar de forma integral y sin excepción⁷¹.

La Corte Internacional de Justicia en el asunto Namibia en 1971 y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en su examen del auto de acusación en el asunto Martić en 1996, así como en su sentencia en el asunto Kupreskić en 2000, declararon que las obligaciones jurídicas de carácter humanitario no podían depender de la reciprocidad. Estas declaraciones y el contexto en que se efectuaron dejan claro que este principio es válido para cualquier obligación de carácter humanitario, ya sea en los conflictos armados internacionales o en los no internacionales⁷².

3. EL RIESGO PERMITIDO EN ACTIVIDADES BÉLICAS

De esta forma, el derecho operacional es una traducción práctica y precisa de las reglas tendientes a limitar o reducir al máximo los efectos de las operaciones militares sobre los bienes y personas que no participan directamente en las hostilidades.

Las normas internacionales que las partes combatientes deben respetar son bastante reducidas. De acuerdo a las Convenciones de Ginebra, se prevé un solo estándar

69 *Ibidem*.

70 Valencia Villa, Alejandro. *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, p. 178.

71 Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis y Pérez González, Manuel. "Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas", *Lecciones y Ensayos*, n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 559-575.

72 Valencia Villa, Alejandro. *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, p. 195.

mínimo que se debe aplicar también en las hipótesis de los conflictos armados no internacionales: se trata del famoso artículo 3, que comparten las cuatro convenciones y que dispone un umbral mínimo de tratamiento humano que se debe ofrecer también a las víctimas de las guerras civiles. Esta es una norma que contiene una lista de violaciones que no se pueden perpetrar contra personas que no toman parte activa en las hostilidades: homicidio, tortura, toma de rehenes, violaciones de la dignidad personal, tratamientos inhumanos y degradantes, etcétera.

Como ya se ha indicado, son las normas internacionales las que promueven una serie de reglas que las partes combatientes deben respetar. De acuerdo a las Convenciones de Ginebra, se prevé un estándar mínimo que se debe aplicar también en las hipótesis de los conflictos armados no internacionales:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatus jurídico de las Partes en conflicto.

Debe recordarse que, mediante la revisión del sistema efectuada con la adopción de los dos Protocolos adicionales de 1977 (el primero referido a los conflictos internacionales, el segundo a los conflictos internos), se ha conformado en la disciplina la distinción entre conflictos armados internacionales e internos, y también ha sido muy limitada la mejora de la regulación referida a los conflictos internos. No se aclaró de modo satisfactorio si las violaciones del artículo 3 o de las reglas del segundo Protocolo adicional conllevaban como consecuencia la responsabilidad penal individual de los autores (y podían considerarse, por lo tanto, crímenes de guerra)⁷³.

Con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional se ha llegado a una confirmación importante y a una precisión añadida del hecho de que los crímenes de guerra pueden cometerse también en los conflictos internos (artículo 8, Estatuto de la Corte Penal Internacional)⁷⁴.

Se regulan las reglas de encuentro, siendo el conjunto de normas las que determinan los niveles de intensidad y tipos de uso de la fuerza, que tienen su génesis en la aplicación del DIH y el DIDH, estableciendo el lenguaje del combate, con lo cual se crean herramientas para evitar que se exceda el uso de la fuerza en el cumplimiento de la misión, respetando las garantías constitucionales e internacionales, que es la teleología del Manual de Derecho Operacional, para que las actuaciones de las Fuerzas Militares sean legítimas siempre⁷⁵.

Desde la perspectiva del DIH, es permitido atacar objetivos militares y blancos lícitos, siempre y cuando se tenga presente el principio de distinción, necesidad militar, ventaja militar y proporcionalidad, esta última no entendida como igualdad

73 Zappalà, Salvatore. *Qué es la justicia penal internacional*, Colección Saber, Editorial Proteus, mayo 2010, p. 45.

74 El primer antecedente se da en 1995, cuando la Cámara de Apelación del Tribunal para la ex Yugoslavia, en el caso Tadic, marcó un hito en el campo de la regulación de los crímenes de guerra, aclarando que también algunas violaciones particularmente graves del derecho humanitario cometidas durante un conflicto armado no internacional se pueden calificar como crímenes de guerra.

75 Corte Constitucional. Sentencia C-388, 2014.

de armas y de medios, sino el análisis del mal menor para el enemigo y las posibles personas ajenas a las hostilidades que podrían resultar afectadas con el “ataque”⁷⁶.

Es una realidad, y más en nuestro entorno socio-cultural, que en la gran mayoría de operaciones militares se encuentra latente la confrontación armada; para ello se preparan, se entrenan, por ello les asignan armas y recursos bélicos, y por tanto la importancia de interpretar su actuación de cara a lo que se les enseña durante las fases de capacitación y reentrenamiento⁷⁷.

De esta forma, los contenidos dogmáticos para el análisis de la conducta punible deben incluir al derecho operacional, pues constituye la doctrina militar que permite, por ejemplo, que un militar desarrolle una maniobra ofensiva como la emboscada, en la que está prevista incluso una zona de sometimiento, un área preparada para la llegada del enemigo donde no es posible aplicar criterios de proporcionalidad nacidos en los Derechos Humanos, siendo innecesario e injustificado lanzar la proclama, ya que se pierde el principio de la guerra denominado sorpresa. Allí, abatir a una persona que participa en las hostilidades es permitido, lícito, siempre y cuando se tenga en cuenta la ventaja militar. Al tenor de lo consagrado en el manual de combate irregular EJC 3-10-1, la maniobra de emboscada

es un ataque planeado que se conduce a través del factor sorpresa y seguridad y se ejecuta en forma contundente desde una posición establecida sobre un blanco u objetivo militar plenamente identificado que se encuentra en movimiento, sin desconocer el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y Derecho Internacional del Combate Armado (DICA). Esta acción se debe conducir teniendo en cuenta la precaución en el ataque⁷⁸.

Estos lineamientos son el punto de partida para la interpretación de algunos resultados operacionales complejos propios de una “guerra asimétrica”⁷⁹ que incluyen métodos y técnicas propias del combate irregular; tareas como activación de campos minados, sembrado de minas antipersonal, ubicación de unidades militares en

76 Verri, P. Diccionario de “Derecho Internacional de los Conflictos Armados”, CICR, 1992. Espinosa Vásquez, Manuel Felipe. “El homicidio en el derecho operacional”, *Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud*, n.º 10, diciembre 2014, Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia), p. 101.

77 Espinosa Vásquez, Manuel Felipe. “El homicidio en el derecho operacional”, *Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud*, n.º 10, diciembre 2014, Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia), p. 101.

78 *Ibidem*.

79 La guerra asimétrica es un conflicto violento donde existe una gran desproporción entre las fuerzas tanto militares como políticas de los bandos implicados, y que por lo tanto obliga a los bandos a utilizar medios fuera de la tradición militar común. Entre estos medios se cuentan la guerra de guerrillas, la resistencia, toda clase de terrorismo, la contrainsurgencia, el terrorismo de Estado, la guerra sucia o la desobediencia civil.

regiones de influencia, muchas de las cuales se realizan de civil, sin armas a la vista, portando solo medios de comunicación, han hecho que se vinculen miembros de la Fuerza Pública en procesos por homicidio en persona protegida cuando se dan de baja estas personas en un operativo militar o policial, pues el operador judicial no aplica la normatividad adecuada, o si lo hace, la interpreta de manera errónea⁸⁰.

Las investigaciones realizadas por las autoridades judiciales abordan las funciones de los militares en el área de combate cuestionando así sus operaciones. Sin embargo, siendo estas el objetivo principal de los procesos judiciales, también debe serlo el análisis y la interpretación de las reglas que las rigen, esto es, el derecho operacional⁸¹.

Esto significa que, para que pueda afirmarse que una determinada conducta le es objetivamente imputable a alguien, no basta con que dicha persona haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que, además, es necesario que ese riesgo se haya realizado o concretado en el resultado⁸².

De esta forma, la teoría de la imputación objetiva, concebida como una teoría global del tipo objetivo del injusto, nos muestra como con carácter previo al análisis de la concurrencia del dolo o de la imprudencia, el propio tipo objetivo, idéntico en el delito doloso e imprudente, lo que nos conducirá a la atipicidad de determinados comportamientos al margen de la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo⁸³.

CONCLUSIONES

Los principios decantados por el CICR se han venido implementando en el interior de las Fuerzas Militares por medio de la doctrina militar. Ya desde el año 2009, el Comando General de las Fuerzas Militares presentó un manual de derecho operacional⁸⁴, que, dicho sea de paso, es el primero en la historia del país, donde entre otros

80 *Ibidem*, p. 107.

81 Melo Lugo, July Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”, *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, pp. 82-91, p. 83.

82 Reyes Alvarado, Yesid. “Antijuridicidad material e imputación objetiva”, *El Penalista*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Santafé de Bogotá y de Cundinamarca, n.º 7, 1995, Ediciones Librería del Profesional, pp. 206 y 207.

83 Villacampa Estiarte, Carolina. *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*. Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 10, 2003, p. 44.

84 Véase Sentencia 2008-00702 de 28 de febrero de 2018, Consejo de Estado, en donde señala: “[...] se expidió por parte del Ministerio de Defensa Nacional el Manual de derecho operacional, el cual recoge y compila para el ordenamiento interno, los instrumentos internacionales sobre regulación del uso de la fuerza letal. Este manual recuerda a todos los miembros de la fuerza pública la existencia de

asuntos se compilan los principios del DIH resaltados aquí, se amplía su contexto y se implementa todo lo concerniente al planeamiento, ejecución y evaluación de las operaciones militares⁸⁵.

Lo anterior demuestra la existencia de un verdadero derecho operacional, que en síntesis es la aplicación ordenada de todas estas normas al planeamiento, la ejecución y la evaluación de las operaciones de la Fuerza Pública⁸⁶.

De esta forma, podrá determinarse por parte de la autoridad jurisdiccional si una operación militar se compadece o no con los principios del DIH y toda su normativa, para finalmente establecer si esta fue legítima, y como consecuencia inmediata: disponer bien sea de la preclusión de la investigación, el archivo de las diligencias, la cesación del procedimiento y/o dictar una sentencia absolutoria.

Es importante resaltar cómo la existencia del derecho operacional en las investigaciones judiciales contra militares es relevante, pues en aquellas hipótesis en donde no se dé cumplimiento a la normatividad propia del derecho operacional estaremos ante comportamientos que violan el Derecho Internacional Humanitario.

Lamentablemente, se observa cómo en la actual praxis judicial las operaciones militares son interpretadas y entendidas de manera desacertada, pues al ser el derecho operacional una compilación a nivel interno de los principios y normatividad establecidos por el DIH para el planeamiento, la ejecución y el seguimiento de las operaciones militares, muchas veces, por su reserva y confidencialidad en los casos concretos, impide y dificulta el análisis sobre si los militares actuaron en ejercicio legítimo de su misión constitucional.

Por lo anterior, la aplicación del derecho operacional en Colombia se convertirá en parámetro obligatorio para la investigación en los procesos judiciales que se adelanten

un *modus operandi* en lo relativo al uso de la fuerza en las operaciones y procedimientos de policía, las cuales se dividen en dos tipos generales:

i) Operaciones y procedimientos en escenarios de confrontación, dirigidas contra un objetivo militar debidamente identificado, relacionado necesariamente con un grupo armado organizado al margen de la ley, cuyo marco jurídico autoriza el uso de la fuerza como primer recurso.

ii) Operaciones y procedimientos para el mantenimiento de la seguridad y la tranquilidad, las cuales no están dirigidas contra un objetivo militar específico, en el que el uso de la fuerza debe ser siempre el último recurso”.

85 Melo Lugo, Jully Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”. *Ciencia y Poder Aéreo*. Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia, pp. 82-91, p. 87.

86 En el mismo sentido, Espinosa Vásquez, Manuel Felipe. “El homicidio en el derecho operacional”, *Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud*, n.º. 10, diciembre 2014, Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia), pp. 94-95.

contra los miembros de la fuerza pública en las operaciones militares en donde se produjeron bajas, en los cuales deberá reconocerse el debido proceso y desvirtuarse la presunción de legalidad y legitimidad de dichas operaciones militares, lo que garantiza la seguridad jurídica para los agentes del Estado.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, como los manuales propios de la doctrina militar, delimitan el riesgo permitido a los miembros de la fuerza pública; en otros términos, señalan los límites o el *modus operandi* en lo relativo al uso de la fuerza en las operaciones militares.

BIBLIOGRAFÍA

Conceptos Generales Básicos Doctrina Damasco. Vocadoc (Vocabulario Doctrinal). Centro de Doctrina del Ejército (Cedoe).

Doctrina jurídica oficial de la OTAN, *NATO Legal Deskbook*, 2010.

Espinosa Vásquez, Manuel Felipe. “El homicidio en el derecho operacional”, *Revista Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud*, n.º 10, diciembre 2014, Tecnológico de Antioquia, Medellín (Colombia).

Fierro-Méndez, Heliodoro. *El derecho operacional en el conflicto armado como fundamento de los juicios penales y de responsabilidad del Estado. Basado en precedentes judiciales y en documentos militares*, Grupo Editorial Ibáñez, 2015.

Henckaerts, Jean-Marie. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe Esmeralda, 2007.

Jaimes-Amado, María Cecilia y Prieto-Sanjuán, Rafael A. “Violaciones al derecho internacional humanitario: prevenir, antes que sancionar”, *Universitas*, n.º 124, 2012.

Melo Lugo, Jully Andrea. “La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz”. *Ciencia y Poder Aéreo*, Revista Científica de la Escuela de Postgrados de la Fuerza Aérea Colombiana, volumen 11, enero-diciembre de 2016, Colombia.

Revista Internacional de la Cruz Roja. Selección de artículos, 2005.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis y Pérez González, Manuel. “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, *Lecciones y Ensayos* n.º 78, Gabriel Pablo Valladares (compilador), Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.

Urbina, Julio Jorge. *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario: desarrollo y aplicación del principio de distinción entre objetivos militares y bienes de carácter civil*, Tirant lo Blanch Monografías, 2000.

Valencia Villa, Alejandro. *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Verri, P. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, CICR, 1992.

Werle, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Zamudio Rodríguez, Diego Julián. “El régimen jurídico militar y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)”, *Revista científica General José María Córdova*, Bogotá, Colombia, julio-diciembre, 2016. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, vol. 14, n.º 18.

Zappalà, Salvatore. *Qué es la justicia penal internacional*. Colección Saber, Editorial Proteus, mayo 2010.