

97

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**Sobre la aplicación concomitante
del derecho internacional de los de-
rechos humanos y el derecho inter-
nacional humanitario en el contexto
colombiano: Apuntes básicos para
evitar distorsiones**

Michael Reed-Hurtado

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 97
***Sobre la aplicación concomitante del derecho internacional de los
derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el contexto
colombiano***

Apuntes básicos para evitar distorsiones.
Michael Reed-Hurtado

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2018, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

Sobre la aplicación concomitante del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el contexto colombiano

Apuntes básicos para evitar distorsiones.

INTRODUCCIÓN

La existencia de un conflicto armado de carácter no internacional, como el que existe en Colombia, no anula las obligaciones del Estado derivadas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). La aplicación concomitante del DIDH y del derecho internacional humanitario (DIH) en situaciones de conflicto armado está establecida explícitamente en varios instrumentos internacionales de protección. Por ejemplo, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), en su preámbulo, establece que, aún en las situaciones de conflicto armado, “los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”¹. En el mismo sentido, y desde el inicio de la vigencia de los instrumentos más importantes en materia de DIDH y DIH, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha sostenido que

* Profesor de Georgetown University, Washington DC, EE.UU. Durante el proceso de escritura de este artículo tuve la fortuna contar con la revisión y los comentarios de Diego Fernando Rosas Carreño, Françoise Roth y Alejandro Valencia Villa. A ellos extiendo mi agradecimiento; enriquecieron el texto. La responsabilidad del contenido final es enteramente mía.

¹ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, Preámbulo.

“los derechos humanos fundamentales aceptados en el derecho internacional y enunciados en los instrumentos internacionales seguirán siendo plenamente válidos en casos de conflictos armados”².

Este principio de complementariedad entre las dos ramas ha sido reiterado de manera constante al determinar el marco de protección aplicable a situaciones de conflicto armado³.

De manera consecuente, la Corte Internacional de Justicia ha indicado claramente que, en situaciones de conflicto armado, el DIDH y el DIH aplican de manera concomitante⁴. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que, en situaciones de conflicto armado, las obligaciones de derechos humanos adquiridas en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) son aplicables⁵. Los órganos regionales de protección de derechos humanos, tanto en el contexto

² Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Resolución 2675 (XXV), “Principios básicos para la protección de las poblaciones civiles en los conflictos armados”, 9 de diciembre de 1970.

³ Por ejemplo, en el informe que contiene los resultados de la consulta de expertos sobre la cuestión de la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos resaltó, con base en su experiencia, que: “La protección de los derechos humanos de los civiles quedaba mejor atendida cuando se materializaba esa complementariedad entre los derechos humanos internacionales y el derecho internacional humanitario”. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Resultados de la consulta de expertos sobre la cuestión de la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados. UN Doc. A/HRC/11/31, 4 de junio de 2009, párr. 6.

⁴ Véase International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004; and Case Concerning the Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment of 19 Dec. 2005.

⁵ El Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 31 sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP estableció que: “el Pacto es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el Pacto, es posible que normas más específicas del derecho humanitario internacional sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes”. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No.31, “Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto”, aprobada el 29 de marzo de 2004, párr. 11. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2845.pdf>

europ⁶ como en el americano⁷, han subrayado además que, en situaciones de conflicto armado, las normas de derechos humanos y el DIH se aplican de manera complementaria y se refuerzan mutuamente.

No obstante, en Colombia, durante los últimos 15 años, se ha ido consolidando una noción del DIH que es excluyente del derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, invocando de manera errada una regla de interpretación para evitar discordancias entre distintos cuerpos normativos del derecho internacional público (*lex specialis derogat legi generali*), se ha pretendido anular la efectividad del DIDH en situaciones de conflicto armado. Esta fórmula – hoy extendida en la práctica por hacedores de política, operadores judiciales y mandos de la milicia – pretende anular la pertinencia del DIDH, y además imponer una versión amañada del derecho humanitario que se aparta del enfoque de protección y auspicia una lógica permisiva de las acciones militares. Esta reinterpretación del derecho internacional es, ahora, contenida y presentada bajo la noción de “derecho operacional”, también conocido como *Doper*⁸. Además de cumplir una finalidad retórica (mediante la invocación de normas internacionales), el principal propósito del llamado “derecho operacional” es “la protección de las Fuerza Armadas”⁹.

El desarrollo y la irradiación de esta noción doctrinaria, como parte de una estrategia de defensa y de legitimación de la organización castrense (y declaradamente de “los intereses de la nación”), han sido esfuerzos conducidos con éxito, a tal punto que jueces y fiscales avalan y promueven su uso¹⁰.

⁶ Desde los casos relativos al conflicto en Irlanda del Norte, el Tribunal europeo de derechos humanos ha exigido la aplicación del DIDH en situaciones de conflicto o de grave alteración, incluyendo situaciones que atentan contra la seguridad del Estado. Véase, por ejemplo, European Court of Human Rights (ECtHR), *Brannigan and McBride v. United Kingdom* (Apps. No. 14553/89 and 14554/89), Judgment, 26 May 1993. Más recientemente, en relación con la actuación de las autoridades rusas, véase, ECtHR, *Esmukhambetov and others v. Russia* (App. No. 23445/0329), Judgment, 29 March 2011; o ECtHR, *Georgia v. Russia* (App No. 38263/08), Judgment, 13 December 2011.

⁷ Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) optó por la aplicación concomitante, véase CIDH, Informe no. 55/97, Informe anual 1998, párr. 177. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido la vigencia de las obligaciones de los Estados en situaciones de conflicto armado, aún reconociendo la relevancia del DIH, en, por ejemplo, Corte IDH, *Caso de las hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, Serie C. 118, 23 de noviembre de 2004, párr. 118.

⁸ Véase, a manera de ejemplo, Ejército Nacional de Colombia, Departamento Jurídico Integral, *Lineamientos de comando en derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho operacional “Bicentenario”* (2019), p. 13.

⁹ Id.

¹⁰ Por ejemplo, el Ejército cita a la Corte Constitucional como autoridad que avala la noción del *Doper* en la decisión en la cual esta revisó la constitucionalidad de la Ley estatutaria de la Jurisdicción especial para la paz. Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, Magistrado sustanciador Antonio José Lizarazo Ocampo, 15 de agosto de 2018.

Esta maniobra implica una distorsión intencional del contenido del derecho internacional público, con el fin de desconocer el propósito del DIH como un cuerpo normativo que ampara a personas y a bienes protegidos, y promover una noción equivocada que otorga licencias para matar y destruir. Esta reinterpretación es, sencillamente, errada, y contraviene el núcleo esencial del DIH aplicable en conflictos armados no internacionales, como se expone a continuación. Los militares y policías colombianos ciertamente se enfrentan a situaciones complejas; no obstante, su accionar no puede estar al margen del derecho internacional, de la Constitución y de la ley.

A continuación, se sintetizan las pautas básicas que deben guiar la aplicación del derecho internacional público en el marco de las situaciones que tienen lugar en Colombia. En un segundo acápite, se identifican algunos de los ejes problemáticos de los cuales se deriva la distorsión y se presentan algunas posibles respuestas. Finalmente, en un tercer acápite, se expone un ejemplo de cómo estos recursos de distorsión se han irradiado a la práctica judicial y cómo la inadecuada aplicación del DIH se utiliza para neutralizar los controles regulares que deben existir en un Estado de derecho en casos de uso de la fuerza por parte de agentes estatales; además, se llama la atención sobre los riesgos y peligrosos de la ampliación de la esfera de actuación de la Justicia penal militar. El propósito de estas notas es brindar insumos técnicos y sustentados para debatir de manera informada los problemas de protección de derechos que se están presentando actualmente en Colombia, y cómo se puede encarar la tergiversación de los estándares internacionales.

1. PAUTAS BÁSICAS PARA LA APLICACIÓN DEL DIDH Y EL DIH

Las siguientes pautas básicas de derecho internacional deberían orientar la respuesta a casos que puedan involucrar a miembros de la Fuerza Pública en situaciones o contextos de conflicto.

1.1 Sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)

El DIDH es una rama del derecho internacional público que aplica tanto en tiempos de paz como en tiempos de excepción y alteración del orden público (incluyendo un conflicto armado de carácter no internacional). Ciertamente, según condiciones estrictas, los Estados pueden limitar el ejercicio de algunos derechos; pero ni la declaratoria formal de un estado de excepción ni la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional tornan nugatoria la protección que brinda el DIDH a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado concernido.

La relación de los funcionarios públicos, incluyendo a los integrantes de la Fuerza Pública, con las personas en territorio colombiano debe regirse por el

DIDH. Esta es una pauta básica, probablemente no controversial, pero en la práctica olvidada e inaplicada. La implicación principal es que el trato debido, por las autoridades nacionales a cualquier persona que no participa directamente en las hostilidades, está regido por el derecho internacional de los derechos humanos. Nuevamente, aunque se trate de una perogrullada, la implicación es considerable.

1.2 Sobre la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH).

El DIH es una rama del derecho internacional público que busca brindar protección a las personas en tiempos de conflicto armado. Particularmente, en el marco de conflictos armados de carácter no internacional, el DIH consagra una serie de prohibiciones para proteger a quienes no participan directamente en las hostilidades. (Es significativo que ningún tratado de DIH aplicable a conflictos de carácter no internacional haga referencia a la noción de combatiente¹¹) El DIH aplicable a conflictos armados de carácter no internacional se encuentra consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (artículo 3 común) y en el Protocolo II de 1977 adicional a esos convenios; asimismo, varias normas se derivan del derecho consuetudinario. Cabe enfatizar que las normas aplicables a un conflicto como el colombiano son aquellas aplicables a conflictos armados sin carácter internacional y que las normas aplicables a conflictos armados de carácter internacional no son necesariamente aplicables por analogía, aunque pueden ser útiles en el ejercicio hermenéutico.

La determinación del contenido de las normas positivas y consuetudinarias del DIH aplicables a conflictos armados de carácter no internacional es un ejercicio complejo que debe respetar las reglas generales del derecho internacional público y basarse en las fuentes de derecho autorizadas. Las

¹¹ El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) no ha ayudado a la consistencia, especialmente en el marco de los ejercicios relativos a la delimitación de normas consuetudinarias. La referencia a combatientes y a no combatientes se da por vía de la conveniencia de la brevedad de la expresión (*shorthand*), pero no es acorde con la lógica de cómo se estructura la protección a las personas en un conflicto armado de carácter no internacional. La dicotomía combatiente-no combatiente no tiene mayor sentido cuando la regulación original se ampara en la protección debida a todas las personas que no participan directamente en las hostilidades, y esa condición es variable y depende no de la condición de la persona sino de su actuación. El fondo de la discusión no es nominal; tiene implicaciones profundas en el trato debido a cualquier persona que nunca ha participado en las hostilidades o que deja de hacerlo. Además, la protección debida por las autoridades nacionales a las personas que no participan directamente en las hostilidades en un conflicto armado de carácter no internacional está cruzada por el cumplimiento de la ley y la constitución, así como por las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. El deber de respeto y de protección exigible de los miembros de las fuerzas armadas oficiales o estatales es mayor al mínimo exigido por el DIH.

pautas que hoy en día están incorporadas en las denominadas “Reglas operacionales de la Fuerza Pública” o en el denominado “derecho operacional” puede que reflejen algunas de las normas del DIH aplicables a conflictos armados de carácter no internacional como puede ser que no. De cualquier forma, esos instrumentos castrenses¹² son reflejo de la doctrina militar – cambiante en el tiempo – y no son fuente de derecho ni deben tener valor jurídico. El marco de referencia de protección es el derecho internacional público, no las reglas operacionales ni el *Doper*.

1.3 La regla lex specialis derogat legi generali es una pauta de interpretación y no una fórmula que anula la vigencia de una rama del derecho internacional sobre otra.

El contenido de la regla *lex specialis* y su aplicación han sido clarificadas tanto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como por la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional¹³. No se trata de una regla que impone el DIH sobre el DIDH en tiempos de conflicto armado. Se trata de una regla que busca resolver un conflicto entre normas cuando estas colisionan, o que brinda una pauta de interpretación. Si no existe colisión y el juez (o el operador) puede interpretar las normas de tal manera que exista concordia o armonía debe proceder en ese sentido sin acudir a la regla de *lex specialis*.

De hecho, la práctica internacional demanda la aplicación concomitante de ambas ramas del derecho internacional con el fin de brindar la más amplia protección a la persona humana. Esta aplicación complementaria es especialmente pertinente en una situación de conflicto armado sin carácter internacional, en la cual el Estado no puede renunciar a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de respetar y garantizar los

¹² A manera de ejemplo, Ejército Nacional de Colombia, Comando Jurídico Integral, Lineamientos de comando en derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho operacional “Bicentenario” (2019); Ejército Nacional de Colombia, Disposición No. 02 del 10 de enero de 2019 “por medio de la cual se diseñan e implementan las Reglas de Enfrentamiento relativas al Uso de la Fuerza en las operaciones militares que adelanta el Ejército Nacional en el marco de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”; o Comando General de las Fuerzas Militares, Manual de derecho operacional, Manual FFMM 3-41 Público (2009).

¹³ Véase UN, International Law Commission, Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, “Principle 2 (5), On the maxim *lex specialis derogat legi generali*” (2006), disponible en: http://legal.un.org/ilc/texts/1_9.shtml. Asimismo, véase, International Court of Justice, Judgment, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda), 19 December 2005, para. 216-219.

derechos de las personas que se encuentran en el territorio sobre el cual ejerce jurisdicción.

Recientemente, el Comité de Derechos Humanos recordó que el artículo 6 del PIDCP, que protege contra la privación arbitraria de la vida, continúa aplicándose en situaciones de conflicto armado, y recordó que es necesario aplicar el DIH y el DIDH de manera complementaria, y no excluyente¹⁴. En igual sentido, una de las normas más básicas del DIH, el artículo 3 común, prohíbe el homicidio de quienes

“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 cualquier causa).”

La norma es una clara prohibición y un mínimo humanitario que ordena priorizar la vida de las personas.

Aún en circunstancias excepcionales, como las que genera un conflicto armado de carácter no internacional, el Estado debe cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, pudiendo utilizar un régimen especial de limitación y restricción (con claros límites formales y materiales), pero respetando siempre el núcleo de derechos inderogables, que incluye el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida¹⁵.

¹⁴ UN Human Rights Committee, General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 October 2018, UN Doc. CCPR/C/GC/36, para. 64 (sólo disponible en inglés). “Like the rest of the Covenant, article 6 continues to apply also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable, including to the conduct of hostilities. While rules of international humanitarian law may be relevant for the interpretation and application of article 6 when the situation calls for their application, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive. Use of lethal force consistent with international humanitarian law and other applicable international law norms is, in general, not arbitrary. By contrast, practices inconsistent with international humanitarian law, entailing a risk to the lives of civilians and other persons protected by international humanitarian law, including the targeting of civilians, civilian objects and objects indispensable to the survival of the civilian population, indiscriminate attacks, failure to apply the principles of precaution and proportionality, and the use of human shields, would also violate article 6 of the Covenant. States parties should, in general, disclose the criteria for attacking with lethal force individuals or objects whose targeting is expected to result in deprivation of life, including the legal basis for specific attacks, the process of identification of military targets and combatants or persons taking a direct part in hostilities, the circumstances in which relevant means and methods of warfare have been used, and whether less harmful alternatives were considered. They must also investigate alleged or suspected violations of article 6 in situations of armed conflict in accordance with the relevant international standards”. Id. (Footnotes omitted).

¹⁵ UN Human Rights Committee, General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 October 2018, UN Doc. CCPR/C/GC/36, par. 67. “Article 6 is included in the list of non-derogable rights of article 4, paragraph 2 of the Covenant. Hence, the guarantees against arbitrary deprivation of life

Ambos cuerpos normativos contienen disposiciones que prohíben la privación arbitraria de la vida y ninguno priva al Estado de usar la fuerza para defender intereses legítimos, aunque sí imponen límites y demandan controles. Nada en el derecho internacional de los derechos humanos menoscaba la soberanía o el poder del Estado para defenderse por medios legítimos; de igual forma, nada en el DIH anula los controles propios del Estado de derecho y concordantes con las obligaciones internacionales del Estado¹⁶.

La aplicación concurrente del DIDH y DIH en un conflicto armado de carácter no internacional obliga a un Estado a organizarse para prevenir actos que pongan en riesgo estos derechos en el despliegue de funciones que impliquen el uso de la fuerza¹⁷, y a garantizar mecanismos independientes y eficaces de supervisión y control para evitar o sancionar las transgresiones al mandato público¹⁸.

Estas pautas básicas son la base para iniciar el análisis de la mayoría de las situaciones que involucran a miembros de la Fuerza Pública en contextos marcados por dinámicas propias de la guerra. Las etapas posteriores requieren profundización en regulaciones concretas, manteniendo la integridad del régimen internacional de protección, y acudiendo a las fuentes de derecho internacional según su estructura lógica y su jerarquía.

2. ARTIFICIOS UTILIZADOS PARA DISTORSIONAR EL CONTENIDO DEL DIH

Además de pretender la anulación del DIDH, la difusión de una versión distorsionada del DIH apela a múltiples recursos, algunos más evidentes que otros. Con el fin de contribuir a la identificación del punto de arranque de la tergiversación, a continuación, se describen algunos de los recursos utilizados para procurar la devaluación o la deformación del contenido del DIH. Con

contained in article 6 continue to apply in all circumstances, including in situations of armed conflict and other public emergencies”.

¹⁶ En un conflicto armado de carácter no internacional, las fuerzas armadas oficiales están facultadas para usar la fuerza de acuerdo al derecho internacional y, por lo general, su uso de la fuerza no será ilegal, aunque resulte objeto de controles, de acuerdo al marco legal (nacional e internacional). Por el contrario, las fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados deben usar la fuerza respetando los límites del DIH; sin embargo, sus acciones (por lo general) serán ilegales de acuerdo al marco jurídico doméstico y tendrán el reproche de la comunidad internacional en la medida en que atentan contra la paz y el orden público, y contra un Estado legítimamente constituido.

¹⁷ Id., paras. 23, 64, 67 y 69.

¹⁸ Id., para. 13, 19 y 27. El Comité enfatizó este aspecto: “Investigations into allegations of violation of article 6 must always be independent, impartial, prompt, thorough, effective, credible and transparent.” Id. para. 28.

finés analíticos, estas se describen de manera aislada; en la práctica operan en tándem.

2.1 Utilización por analogía del DIH aplicable a conflictos armados internacional a la situación colombiana.

Como resultado de intercambios militares entre naciones, ha tenido lugar una trasplatación del DIH aplicable a conflictos armados de carácter internacional a la situación colombiana. El problema radica en que ni los supuestos que operan ni la lógica de la protección en los dos tipos de conflicto son trasplantables¹⁹. Algunas de las nociones que se han trasladado a la milicia colombiana provienen de la experiencia de los ejércitos de Israel, Estados Unidos de América y el Reino Unido, en el marco de conflictos armados internacionales o conflictos que no acontecen en su territorio. La tendencia a equiparar las situaciones es respaldada por el interés de los militares colombianos de ampliar su marco de actuación, evadiendo las prohibiciones y las precauciones, y construyendo una ruta de licencias y permisos. Además, la trasplatación ha sido incorporada por doctrinantes civiles y militares, contribuyendo a la evaporación de las barreras entre los dos campos de regulación, y (obviamente) generando mucha confusión en relación con el régimen aplicable.

A manera de ejemplo, uno de los campos en los cuales se observa esta trasplatación es en el desarrollo del derecho de objetivos (“*the law of targeting*”) que se perfila como un marco de referencia para los involucrados en la determinación de ataques (incluyendo la definición de los objetivos, los medios y los métodos, el alcance y las circunstancias). El derecho de objetivos se ha desarrollado en respuesta a demandas de conflictos armados de carácter internacional; su ampliación para cubrir situaciones que surgen en conflictos de carácter no internacional es inapropiada por las drásticas diferencias que existen en la manera como se regulan las dos situaciones. En el nivel más general, hay diferencias que hacen inviable el ejercicio de expansión; por ejemplo: a) el distinto ámbito de aplicación de ambos marcos normativos²⁰ ;

¹⁹ La trasplatación de las normas aplicables a un conflicto de carácter internacional a un conflicto no internacional desconoce, entre otros aspectos: las diferencias esenciales de carácter y dinámica de los dos tipos de conflicto; la muy distinta naturaleza de las partes en ambos tipos de conflicto; el marco disímil de privilegios e inmunidades que se aplica en los dos tipos de conflicto; y, sobre todo, las grandes diferencias en las obligaciones internacionales de los Estados, y en los derechos y las inmunidades que se extienden entre Estados a sus combatientes en conflictos armados de carácter internacional.

²⁰ A manera de ejemplo, véase la diferencia del ámbito de aplicación según el tipo de conflicto: en relación con conflictos de carácter internacional, artículo 2 común a los Convenios de Ginebra y lo adicionado por el artículo 1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra; y en relación con los conflictos armados de carácter no internacional, artículo 3 común

b) el desarrollo pormenorizado y detallado del DIH aplicable a conflictos armados de carácter internacional en contraste con el sucinto desarrollo del DIH aplicable a conflictos armados de carácter no internacional (debido en parte a la resistencia de los Estados a adoptar normas con mayor especificidad para regular conflictos no internacionales, en supuesta protección de su soberanía), c) la naturaleza de las partes en conflicto, según el tipo de confrontación, y en consecuencia de la relación entre las partes (Estado vis a vis Estado versus fuerzas armadas estatales vis a vis un grupo armado organizado); d) el territorio en el cual se adelantan las operaciones (en un conflicto armado de índole no internacional, el territorio suele estar limitado a aquel sobre el cual un Estado ejerce jurisdicción); y e) la centralidad del DIDH como marco de referencia adicional y complementario en situaciones de conflicto armado de carácter no internacional, especialmente en relación con la conducta de agentes estatales, añade un elemento determinante en la regulación que no opera en relación con operaciones militares de un Estado en el marco de una guerra declarada en contra de otro Estado²¹.

Como resulta evidente del listado no exhaustivo de diferencias, estas son sustantivas y significativas y, claramente, son el fundamento para evitar la trasplatación²². Uno de los nudos problemáticos en la aplicación específica de las nociones de DIH, es la ausencia de la noción de combatiente en el DIH aplicable a conflictos armados de índole no internacional. Recuérdesse que la protección en el DIH aplicable a conflictos armados sin carácter internacional se extienden a las personas que no participan directamente en las hostilidades; y que esa protección se determina en relación con la actuación de las personas, no de su pertenencia a un grupo²³.

a los Convenios de Ginebra y lo establecido en el título I del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra

²¹ El DIDH no deja de ser pertinente y no se suspende en situaciones de conflicto armado de índole internacional. Sin embargo, el régimen de aplicación y su interacción con el DIH son diferentes.

²² William H. Boothby, uno de los más reconocidos doctrinantes sobre el tema, ha reconocido de manera explícita que las diferencias entre los dos regímenes son sustantivas y que no se deben equiparar. William H Boothby, *The Law of Targeting* (Oxford: 2012). “Another point of distinction is between the law that applies in an international armed conflict, that is, an armed conflict in which more than one State is involved, and that which applies to armed conflicts not of an international character occurring in the territory of one State. A more extensive body of law applies to the former type of conflict, although there has been a tendency in recent years for the differences to narrow somewhat. Nevertheless important discrepancies still exist, so while much of the book discusses the law as it applies in international armed conflicts”. *Ibid.*, p. 5.

²³ Boothby, p. 433-434. El autor examina el uso de la fórmula de “fighters” (guerreros) contenida en un manual doctrinario sobre conflictos de carácter no internacional, pero resalta que la figura no deja de ser problemática y que, en todo caso, el manual es soft law, en el mejor

En su tratado sobre *Law of Targetting*, BOOTHBY explícitamente reconoce que, si la situación de conflicto se enmarca en las condiciones de aplicación del Protocolo II, el artículo 13 establece dos prohibiciones: la primera, los civiles y la población civil no pueden ser objeto de ataque²⁴; y, en segundo lugar, “la protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”

de la cual gozan los civiles y la población civil significa que

“los daños (o las pérdidas) incidentales a la población civil deben ser evitados o reducidos a un mínimo”²⁵.

El deber de cuidado, incluyendo todas las precauciones que se deben implementar, implica la prohibición de llevar a cabo ciertos ataques.

Así como la trasplatación tiene lugar en relación con el derecho de objetivos (*Law of Targetting*), las reglas del enfrentamiento (*Rules of Engagement, ROE*), el derecho operacional (*Operational Law*) y el derecho del uso de la fuerza (*Law on the Use of Force*) también son objeto de la misma manipulación. Estos marcos normativos y de doctrina están orientados a regular la conducta en conflictos armados internacionales y, por lo tanto, no pueden o no deben ser trasladados a un conflicto como el colombiano. Además, son marcos desarrollados por distintos países, como EE.UU., que pueden hacer referencia al derecho internacional pero no son fuente per se de derecho internacional. No obstante, la versión criolla de las reglas de enfrentamiento y el derecho operacional han calcado estas disposiciones, provenientes principalmente de los manuales estadounidenses²⁶.

2.2 Aplicación selectiva y fragmentada de los principios del DIH, con el fin de justificar operaciones militares.

Como se ha venido sosteniendo, el DIH aplicable a conflictos armados de carácter no internacional brinda un catálogo de prohibiciones con el objeto de proteger a las personas y algunos bienes, antes que autorizar comportamientos o conductas que apuntan a su destrucción²⁷. Sin embargo, su aplicación en

de los casos. Véase International Institute of Humanitarian Law, *Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, San Remo, 2006.

²⁴ Boothby, p. 436.

²⁵ Id.

²⁶ Véase, por ejemplo, US Army, *The Judge Advocate General's Legal Center and School, Operational Law Handbook* (Charlottesville, VA: 2017).

²⁷ El DIH aplicable a conflictos armados sin carácter internacional establece prohibiciones y deberes a los miembros de las fuerzas armadas y a los grupos armados organizados, orientados a atenuar los impactos del conflicto; no se orienta a establecer facultades o derechos a quienes participan directamente en las hostilidades. El enfoque basado en prohibiciones responde a la orientación definida por los Estados desde los orígenes de esta rama del derecho internacional en relación con conflictos armados sin carácter internacional.

Colombia tiende a apartarse cada vez más de las disposiciones concretas que establecen las prohibiciones – sea el artículo 3 común o el Protocolo II – mientras se invocan los principios de manera fragmentada o distorsionada para encontrar “autorizaciones” a las operaciones.

A manera de ejemplo, se apela al principio de proporcionalidad para alegar que la ventaja militar justifica ciertas acciones. Esta invocación es problemática por (al menos) tres razones²⁸. La primera: el contenido del principio no autoriza cualquier operación sencillamente porque se contempla una ventaja militar. El principio no es permisivo. Su esencia demanda la consideración de la proporción que debe existir entre la ventaja que resulte de una acción militar y el daño que incidental o seguramente se pueda causar a personas o bienes protegidos. La debida consideración de este principio en el momento del planeamiento o ejecución de una operación, si existen o surgen riesgos de daños humanos y materiales prohibidos por el DIH, debería señalar la inviabilidad de la acción, y, por lo tanto, llevar a su cancelación, suspensión o interrupción²⁹. En segundo lugar, los principios no se deben aplicar de manera aislada. Su utilización para orientar las operaciones exige la consideración de todos los principios de manera concatenada, incluyendo la aplicación de los principios de distinción, limitación, precaución y humanidad. En tercer lugar, los principios no pueden aplicarse como marco general para desconocer normas positivas explícitas, particularmente las contenidas en el artículo 3 común o aquellas centrales incluidas en los artículos 4 al 18 del Protocolo II. Como sostuvo JEAN PICTET, los principios “expresan la sustancia del tema” y “sirven de líneas directrices en los casos no previstos”; en los casos previstos, se deben aplicar las normas concretas³⁰.

El ejemplo usado en relación con el principio de proporcionalidad es sólo un ejemplo. Otros principios, como el de necesidad militar, son comúnmente distorsionados y utilizados para la erección de un marco permisivo contrario a los propósitos humanitarios del DIH.

²⁸ Para una exposición amplia del principio de proporcionalidad y las precauciones que se deben tomar antes de lanzar un ataque, véase Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Law*, Volume 1: Rules (International Committee of the Red Cross: 2009) p. 46-50 (Proportionality in Attack) and p. 51-67 (Precautions in Attack). Nótese las particularidades relativas a su aplicación en conflictos armados de carácter no internacional. Se enfatiza la centralidad dada al principio de distinción en la descripción de cómo las reglas se aplican en un conflicto armado de carácter no internacional.

²⁹ Hay consideraciones particulares si existe una “razón militar imperiosa”; no obstante, incluso en ese caso hipotético no puede dejarse de considerar el daño a las personas y los objetos protegidos, antes de proceder.

³⁰ Citado en Elizabeth Salmón, *Introducción al derecho internacional humanitario* (CICR e Idhepucp 2004), p. 51 y 52.

2.3 Distorsión del significado de las personas que no participan directamente en las hostilidades.

Según las normas positivas del DIH aplicables a conflictos armados de carácter no internacional, “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 cualquier causa (según el artículo 3 común) o

“las personas que no participan directamente en las hostilidades (...) o que hayan dejado de participar en ellas”

(según el Protocolo II), deben ser respetadas y protegidas.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha difundido doctrina sobre el significado de estas frases, incluyendo los trabajos preparatorios de ambos instrumentos y el estudio de la práctica internacional. La *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*³¹ es un texto útil. Esa guía brinda pautas interpretativas que reiteran que el DIH establece que la protección debida a las personas está ligada a su conducta y no a su pertenencia o no a un grupo armado³². Es decir, se trata de una cuestión funcional y no de membresía o pertenencia a un grupo. De tal manera que, incluso, las personas que tienen una “función continua de combate” también son objeto de protección, si su participación directa cesa³³. En relación con el resto de las personas, cabe recordar que el punto de partida, salvo evidencia contraria, es que las personas son civiles y merecen protección³⁴. La determinación es compleja y requiere valoración específica en cada caso. Sin embargo, el punto de partida es el principio de inmunidad que protege a las personas en los conflictos armados de carácter no internacional. Además, la presencia de personas que participan directamente en las hostilidades entre “personas civiles agrupadas” no priva a estas personas de la protección debida.

Previendo las particularidades de un conflicto de carácter no internacional, ni el artículo 3 común ni el Protocolo II determinan que las personas civiles que

³¹ Nils Melzer, *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario* (Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR: 2010).

³² La Guía propone tres elementos constitutivos de la participación directa en las hostilidades, según el acto concreto o la actividad concreta: 1) umbral del daño (y probabilidad de efectos adversos) del acto; 2) causalidad directa (existencia de un vínculo entre el acto y el daño); y 3) nexos beligerante (el propósito específico del acto debe ser causar el daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra). *Id.*, p. 46-64.

³³ *Id.*, p. 31-36.

³⁴ Aún desde 1863, con el Código de Lieber, la protección de la persona ha sido un aspecto central del derecho humanitario. Véase CICR, *Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949* (1998), párr. 4750.

participen directamente en las hostilidades asumen la condición de combatiente. Según el DIH aplicable a conflictos armados de carácter no internacional, las personas dejan de gozar de la protección durante el tiempo que dure su participación directa en el conflicto³⁵. Es importante resaltar el carácter temporal de esta situación. En la medida en que una persona no participe directamente, no pierde su inmunidad. Si no hay participación directa, las autoridades están bajo la obligación no sólo de garantizar el mínimo humanitario, sino de aplicar la ley y respetar los derechos humanos. Esta pauta, derivada del principio de distinción y plasmada explícitamente en el artículo 3 común y el Protocolo II, es uno de los ejes centrales del DIH. Su contenido se ha distorsionado y debilitado en el contexto colombiano.

2.4 Construcción de un derecho permisivo: la búsqueda de una licencia para matar.

Derivado de la concepción de que hay personas que pierden la protección bajo el DIH – miembros de grupos armados organizados o personas que cumplen una función continua de combate en un grupo – las fuerzas estatales han diseñado operaciones tendientes a la aniquilación de ciertos “blancos”. Este tipo de operación se justifica con fórmulas derivadas de la ventaja militar, del uso de la sorpresa como fórmula de éxito o de la necesidad militar. No existe duda de que los miembros de las fuerzas militares puedan utilizar la violencia letal en el desarrollo de las hostilidades. Los problemas de protección surgen, sin embargo, en situaciones en las cuales el uso de la fuerza letal es premeditado, no se contemplan alternativas distintas a la privación de la vida, o se usa la violencia letal y se usan artilugios ligados a la noción manipulada del DIH para evadir controles (y establecimiento de responsabilidades).

Uno de los propósitos de la tergiversación del DIH en Colombia ha sido el de edificar una licencia para matar en el marco de la guerra, permitiendo que la muerte tenga centralidad como indicador de éxito o resultado deseado y anulando los controles que deberían operar en un estado de derecho, aún en situación de conflicto. Ninguna otra de las prohibiciones del DIH está en juego (por ejemplo, la de no torturar o no usar violencia sexual). El ejercicio se centra en tejer un manto de regulación especial para la muerte causada por las fuerzas armadas oficiales (que en Colombia incluye a la policía, en algunos casos) en contextos de supuestos enfrentamientos.

³⁵ Participar directamente en las hostilidades significa realizar acciones bélicas que, por su naturaleza o su propósito, están diseñadas para atacar al enemigo o su material. Además de la Guía interpretativa, doctrinantes reconocidos han aportado a qué se entiende por este término de arte; véase, por ejemplo: Frits Kalshoven, *Constraints on the Waging of War* (1987).

La operación es casi imperceptible porque la muerte se concibe como propia de la guerra; y el acto de matar, en algunas circunstancias específicas, incluyendo el carácter oficial del agente que produce la muerte, es legal (ya sea porque se considera un hecho legítimo, de acuerdo con los deberes, o porque se encuentre justificado). Esta aseveración, cierta en abstracto, ha sido usada como una presunción de legalidad de la acción de las unidades militares y policiales con efectos amplios, anulando, en la mayoría de los casos, los controles ordinarios sobre los eventos que acontecen en el marco del conflicto (o que se reportan en ese marco), mediante la puesta en marcha de mecanismos de control interno, como la justicia penal militar, que carecen de independencia e imparcialidad.

Con fines ilustrativos, se pueden considerar tres situaciones: 1) una operación militar o policial que no está relacionada con el conflicto armado (sino que se desarrolla en una operación de persecución policiva o una operación para hacer cumplir la ley), pero que se usa el DIH o el *Doper* como marco de justificación de la violencia letal; 2) uso de violencia letal dirigida en contra de una persona que participaba directamente en las hostilidades, en situaciones en las cuales existían alternativas menos gravosas que la muerte; y 3) uso de violencia letal en contra de personas que no participaban directamente en la hostilidades y utilización de dinámicas castrenses, incluyendo la manipulación del DIH, para evadir el examen independiente de los hechos.

La primera situación se ha dado en el marco de la lucha contra grupos de criminalidad organizada, por lo general ligados al narcotráfico. Se trata de operaciones que están (o deben estar) enmarcadas en la Constitución y la ley, y por lo tanto, no deberían tener como propósito la ejecución de un blanco por un francotirador, si la captura de la persona es viable. Las operaciones planificadas para producir la muerte de una persona suponen una privación arbitraria de la vida y, dependiendo de las circunstancias, pueden constituir una ejecución extrajudicial, al margen de que la persona muerta pueda haber incurrido en actividades rechazables o criminales. En estos casos, se extiende por analogía la licencia para matar a estos “nuevos enemigos”³⁶. Aunque resulte redundante, cabe precisar que el marco internacional relevante en estos casos es el DIDH, no el DIH. Los planes para combatir los grupos de criminalidad organizada deben realizarse según los lineamientos del uso de la fuerza del DIDH; la aplicación extendida del DIH, por más conveniente que parezca, es inadecuada y las acciones oficiales pueden acarrear la responsabilidad estatal si no respetan las pautas definidas por el DIDH³⁷. Esta

³⁶ A manera de ejemplo considérese la muerte de Martín Farfán Díaz, alias Pijarvey, a manos de la Policía Nacional, en 2015.

³⁷ Véase UN Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) *supra* nota 14.

precisión se aplica tanto a situaciones derivadas del uso de la fuerza letal dirigido contra una persona (por ejemplo, mediante la ejecución de un miembro de una “banda criminal” por un francotirador) o la muerte de varios miembros de un grupo delincuencia y sus acompañantes mediante una operación que utiliza el bombardeo. Dada la naturaleza de estos grupos y de sus acciones, los medios y los métodos que se deben utilizar están limitados por el DIDH.

La segunda situación se presenta de manera regular y refleja de manera patente los problemas que se derivan de las distintas concepciones del derecho humanitario, ya sea como una herramienta permisiva que indica cómo se puede hacer la guerra o un marco restrictivo que plantea límites a la conducción de las hostilidades. Esta segunda situación pone de manifiesto la irradiación de una concepción del principio de proporcionalidad que ignora otros principios, tales como, el de precaución, el principio de humanidad, o el principio de limitación. Nuevamente, la aplicación del DIH demanda la aplicación interactiva de todos los principios con el fin de brindar el margen más amplio de protección a la persona humana. En síntesis: “La legitimidad de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo”³⁸. La exploración de medios distintos a la muerte para neutralizar a un enemigo debería ser estudiados³⁹.

La tercera situación implica la utilización del DIH como uno de los artilugios para encubrir privaciones arbitrarias de la vida. Bajo el entendimiento de que el Ejército cuenta con una licencia para matar en la guerra, muchos casos de violencia arbitraria han sido encubiertos y justificados aludiendo a la noción distorsionada del DIH y el *Doper*. El uso de estas herramientas, incluso, es concebido como un blindaje jurídico que va de la mano con la operación y ampliación del fuero militar. Dado que se trata de una operación compleja (que pone en marcha múltiples artilugios), esta tercera categoría o tipo de caso se expone con mayor detalle en la próxima sección. Esta práctica que se irradió e instaló en el Ejército es manifestación palpable de la construcción intencional de una licencia para matar, a partir de la distorsión del DIH.

Los cuatro recursos descritos (que procuran la devaluación o la deformación del contenido del DIH) son bastante comunes, e ilustran el tipo

³⁸ Alejandro Valencia Villa, Derecho internacional humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano (ONU-Derechos Humanos: 2007) p. 170-171.

³⁹ La finalidad de evitar sufrimientos mayores a los necesarios para dejar fuera de combate a los adversarios es explícita desde los orígenes de la regulación internacional de las acciones en tiempos de guerra. A manera de ejemplo, véanse los considerandos incluidos en la Declaración de San Petersburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, 29 de noviembre-11 de diciembre de 1868, Preámbulo.

de manipulación y de la introducción intencional de error en aplicación que se observa en la práctica. Estos son tan comunes que muchos de los operadores del sistema de justicia los replican sin ser conscientes. Su aislamiento en categorías es un poco artificial, puesto que en la práctica se evidencian de manera conjunta, como se ilustra en la siguiente sección.

3. IRRADIACIÓN DEL DIH DISTORSIONADO COMO MECANISMO PARA EVADIR CONTROLES Y NEUTRALIZAR LOS PROCESOS DE RENDICIÓN DE CUENTAS EN CASOS DE EJECUCIONES.

La interacción de los distintos artilugios – incluyendo la distorsión del DIH, la pretendida introducción del *Doper* como marco de referencia, y la neutralización de los mecanismos de control en menoscabo de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos – se hizo evidente en el marco de las ejecuciones de personas que el Ejército de Colombia encubrió y presentó como bajas en combate en el marco de su esfuerzo bélico (conocidas popularmente como falsos positivos). Esta práctica castrense ilustra la configuración de muchos de los mecanismos que hoy se promueven para conseguir la devaluación de los estándares internacionales, particularmente orientados a erigir una licencia para matar y neutralizar los controles que deben operar toda vez que hay una privación de la vida.

En la práctica de ejecuciones extrajudiciales que fueron camufladas como bajas en combate por el Ejército, los artificios ya señalados fueron ampliamente utilizados para engañar y defraudar. Los resultados oficiales entre 2000 y 2008 están repletos de casos de ejecuciones extrajudiciales, camuflados en parte bajo el manto del *Doper* y nociones distorsionadas del DIH.

Uno de los puntos de preocupación es que la manipulación del derecho internacional ha sido exitosamente implantada no solo en la práctica del Ejército y la Policía sino en otras ramas del poder público. Por ejemplo, se han edificado, mediante decisiones judiciales y cambios normativos, una serie de presunciones que operan en distintos planos y que buscan neutralizar los controles independientes sobre el uso de la fuerza por parte del Estado. Estas presunciones se manifiestan tanto en declaraciones públicas, que incluyen el reproche abierto a cualquier cuestionamiento a la legitimidad de la acción de la Fuerza Pública, así como en sofisticadas operaciones jurídicas que buscan erigir blindajes o escudos para evitar cualquier tipo de control independiente sobre el uso oficial de la fuerza.

Estas presunciones se han irradiado a estándares legales y constitucionales, y son incorporadas de distintas maneras al ejercicio judicial, incluso en el marco de la Jurisdicción especial para la paz. Estas quedaron plasmadas de manera burda en la práctica del Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir conflictos de competencia que involucraban probables ejecuciones

extrajudiciales encubiertas con actos fraudulentos por miembros del Ejército. Si bien esas decisiones del Consejo Superior fueron objeto de críticas por la aparente colusión de uno de los magistrados con oficiales involucrados en los hechos criminales, el fondo del artificio se ha colado a la práctica judicial y a la doctrina penal. Con fines ilustrativos y analíticos, a continuación, se describe la lógica que fue utilizada para erigir esas presunciones.

En el marco de las colisiones de competencias resueltas por el Consejo Superior de la Judicatura (entre 2012 y 2013) en casos de “falsos positivos”, se desarrolló una línea de argumentación que introdujo una serie de presunciones de legalidad en relación con la actuación del Ejército, y que garantizaba que los casos fueran a la justicia penal militar y que los oficiales superiores sean exculpados de cualquier comportamiento ilegal⁴⁰.

En estas decisiones, se procuró que el examen de los eventos debe desarrollarse a partir de la determinación de la naturaleza jurídica de las operaciones militares, con base en la doctrina militar y la aplicación exclusiva del DIH (distorsionado, excluyendo, además, el DIDH). Así, concluyó el Consejo Superior que las Órdenes de operaciones que cobijaban las muertes en combate eran actos administrativos y, por lo tanto, la actuación de los miembros del Ejército (especialmente los oficiales que intervenían en esos documentos) debería estar cobijada por una serie de presunciones de legalidad. Esas presunciones incluyen: 1) la presunción de legalidad de la actuación (derivada de la naturaleza administrativa de la orden militar en cumplimiento de la cual se desarrollan las operaciones); 2) la presunción de conexidad con el servicio (en virtud de la cual, a partir de lo contemplado en los artículos 221 y 250 constitucionales, toda actividad militar o policial cumplida por los miembros de la Fuerza Pública, se presume relacionada con el servicio); y 3) la presunción de inocencia del servidor público que suscribe y/o ejecuta la Operación Militar o el operativo policial.

Las presunciones se erigen como un escudo para evitar que la justicia ordinaria considere los casos. Dice el Consejo:

“En la práctica, (...) la asignación de competencia en cabeza del juez ordinario en este tipo de casos contribuye a erosionar dicha garantía judicial, pudiendo afectar en forma determinante la dinámica y el curso del proceso criminal respectivo”⁴¹.

Agrega:

⁴⁰ Véase Consejo Superior de la Judicatura, Rad. 110010102000201101461 01, 6 de junio de 2013, Magistrado ponente Henry Villarraga Oliveros; y Consejo Superior de la Judicatura, Rad. 110010102000201202160 00, 15 de noviembre de 2012, Magistrado ponente Henry Villarraga Oliveros.

⁴¹ Consejo Superior de la Judicatura, Rad. 110010102000201202160 00, 15 de noviembre de 2012, Magistrado ponente Henry Villarraga Oliveros.

“No sobra reconocer, que un servidor público en cuyo caso se determine la competencia del juez ordinario, continuará sometido al trámite de su proceso penal con el incómodo y pesado lastre —o el ‘INRI’, siendo aún más trágicos, para ser consecuentes con lo observado en no pocos procesos penales que se surten por hechos similares— que representa un pronunciamiento colegiado del más alto nivel, deja en duda la legalidad de su actuación y, de contera, le resta entidad a la presunción de inocencia que concurre a su favor”⁴².

Aunque la actuación del Consejo mereció críticas y repudio, el contenido y la lógica de sus decisiones siguen siendo utilizados por muchos operadores judiciales. Algunos de los efectos perversos más significativos de esta concepción incluyen:

- La incorporación de una noción distorsionada del juez natural, estableciendo un juez natural especial.
- La adopción de una función de la JPM, como un ente que logra comprender para exculpar, y no un ente administrativo que debe investigar faltas relacionadas con el servicio.
- La distorsión de la garantía procesal de la presunción de inocencia y alegación que dicha garantía se viola si los casos son trasladados (e incluso si son solicitados) por la justicia ordinaria. (Incluso se habla de una “desestabilización de garantías procesales”).)
- La tergiversación de la naturaleza y la relación entre el DIH y el DIDH.
- La presunción de legalidad de la ORDOP desconoce el modo de comisión de las “legalizaciones”, y profundiza la conducta criminal. (De hecho, hace parte del plan criminal, que incluye el encubrimiento.)

Como se observa, esta línea de razonamiento y las implicaciones resaltadas tienen el propósito de limitar la responsabilidad de los mandos militares. Las presunciones fabricadas por esta línea jurisprudencial se convierten en patente de corso para encubrir la ilegalidad incrustada en el Ejército, escondiendo una práctica criminal extendida y brindando un amplio campo de irresponsabilidad a funcionarios públicos con un deber especial de cuidado. Las presunciones son contrarias a principios básicos del ejercicio del poder público, incluyendo la transparencia y el control adecuado de la función pública. En vez de demostrar la legitimidad de la actuación estatal, las supuestas presunciones se erigen como escudo para evadir los controles regulares que deberían regir en cualquier Estado de derecho. Sobre la base de presunciones, un estado hipotético de pulcritud se extiende como manto de impunidad a acciones manifiestamente contrarias a la Constitución y al derecho internacional.

⁴² Id.

El encubrimiento de las ejecuciones cometidas por miembros del Ejército se sustenta, en buena medida, en que el marco jurídico oficialmente invocado y (comúnmente) usado para examinar los resultados operacionales de las fuerzas armadas es esta versión distorsionada del DIH que: supuestamente otorga una licencia oficial para matar a ciertas personas, en ciertos contextos; reviste las acciones oficiales de una presunción de legalidad; y erige un escudo en contra del control externo. Ese encubrimiento también depende de la anulación del DIDH como marco de referencia. Esta operación normalizada esconde el hecho de que muchos de estos hechos son ejecuciones extrajudiciales según el DIDH y homicidios agravados (o premeditados) según el derecho penal ordinario – en eventos acaecidos fuera de un contexto situacional de guerra⁴³. El hecho de que estos eventos se hayan usado para contabilizar resultados bélicos o se hayan presentado como ligados al conflicto como resultado de una simulación no cambia las circunstancias de la ejecución y no altera que los marcos normativos según los cuales se deben analizar y juzgar estas acciones son el DIDH y el derecho penal (ordinario)⁴⁴. Lo que aportaría la aplicación del DIH a la gran mayoría de esas situaciones es la ratificación de que se trata de eventos no ligados a las hostilidades y, en todo caso, de acciones proscritas por ese marco legal.

Una operación similar se observa en relación con las muertes provocadas por miembros de la policía, que – como ya se anotó – debe estar regidas por las normas del DIDH, incluyendo aquellas relativas al uso de la fuerza. Puede

⁴³ Brindando un análisis de estos eventos y de la criminalidad organizacional ligada a la práctica de ejecuciones en el Ejército Nacional de Colombia, véase: Michael Reed-Hurtado, “Killing Through the State in the Colombian War and Getting Away With Murder: An Exploration of Organizational Crime and Its Denial” *contenido en* R. Moerland, H. Nelen, & J. C. Willems, *Denialism and Human Rights* (Maastricht, Netherlands: Intersentia: 2016), p. 285-314.

⁴⁴ En este sentido, al examinar la constitucionalidad de un Acto legislativo orientado a que el DIH fuera la única fuente de derecho internacional tenida en cuenta al evaluar situaciones denominadas como de conflicto armado, la Corte Constitucional de Colombia recalcó: *En consecuencia la alusión que el segundo inciso del artículo 1° del A.L. 01 de 2015 hace a “un enfrentamiento que reúne las condiciones objetivas del derecho internacional humanitario” debe ser interpretado conforme al desarrollo normativo y conceptual que los instrumentos internacionales y la jurisprudencia nacional e internacional le han dado al ámbito material de aplicación del derecho internacional humanitario, esto es, que se trate de situaciones que objetivamente reúnan las condiciones de un conflicto armado, en los términos ya indicados. (...) Por consiguiente la referencia explícita al derecho internacional humanitario como marco jurídico aplicable en las investigaciones y juzgamientos de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública relacionadas con el conflicto armado, no excluye la eventual aplicación de otras fuentes del derecho como las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, o el mismo derecho penal, en tanto la autoridad judicial, en ejercicio de su autonomía y atendidas las circunstancias particulares del caso, considere que deben regir su resolución. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-084 de 2016, Magistrado sustanciador Luis Ernesto Vargas Silva, 24 de febrero de 2016 (subrayado añadido por el autor).*

ser que en casos extraordinarios pueda ser necesario aplicar normas del DIH; sin embargo, este ejercicio implica la aplicación concomitante de los dos marcos internacionales. Bajo el amparo de la Justicia penal militar, muchos casos de privaciones de la vida como resultado del uso de la fuerza por parte de la fuerza policial han sido sustraídos del control independiente, exhaustivo e imparcial que procede, y valorados bajo parámetros permisivos e inapropiados por funcionarios policiales que dependen de una dependencia administrativa del Ministerio de Defensa. Además, estos funcionarios administrativos aplican de manera laxa a los policías la supuesta licencia para matar que extraen de la versión distorsionada del DIH. De manera expansiva, la versión manipulada del DIH ha sido aceptada en la práctica judicial colombiana, a veces como resultado de la incompetencia de los operadores, en otros casos por abierta colaboración con el régimen que pretende anular los controles.

Como resultado de la aceptación de que el Ejército y la Policía tiene una licencia para ejercer la violencia letal en contra de ciertas personas y en ciertos contextos, los controles que deberían ser ejercidos sobre los casos de una posible privación arbitraria de la vida han sido virtualmente suprimidos. En casos en los cuales la persona asesinada era efectivamente un guerrillero o un criminal, la constatación de su pertenencia al grupo armado anula para la mayoría de los operadores judiciales toda posibilidad de protección. La aplicación antitécnica del DIH como un marco que otorga licencias ha conducido a regularizar una serie de incidentes mortales que no están relacionados con el conflicto armado⁴⁵.

En vez de concebir que las personas puestas fuera de combate (por cualquier razón) deben ser protegidas por el DIH, la práctica judicial considera que estas personas no entran en la órbita de protección y no las contemplan dentro de “las personas protegidas por el DIH”. La demostración de la pertenencia de la persona a un grupo armado constituye, por lo general, elemento suficiente para enviar el caso a la justicia penal militar. El robustecimiento y ensanchamiento de la competencia de la justicia penal militar sobre casos de probables privaciones arbitrarias de la vida constituyen un problema para la vigencia de los derechos humanos. El uso de esta

⁴⁵ Los antecedentes criminales de la persona cuyo cadáver es expuesto como un resultado operacional solidifican la justificación de la muerte y, a menudo, se usan para asegurar la competencia de la justicia penal militar sobre el caso. Este mismo efecto del uso distorsionado del DIH, se extiende a casos en los cuales el cadáver usado para reportar el resultado permanece sin identificación. Salvo casos excepcionales (por lo general, en los cuales hay sobrevivientes u otros testigos directos de la violación, o en los cuales un fiscal adelanta un investigación técnica y diligente), la falta de identificación de los muertos da credibilidad a la presumida identidad como miembro de un grupo armado organizado u otra organización de origen criminal.

dependencia del Ministerio de Defensa para escudar judicialmente a los militares y a los policías involucrados en casos de privaciones de la vida amerita especial atención de todos los órganos encargados de la protección internacional de los derechos humanos en Colombia.

Los efectos de esta particular concepción del DIH son evidentes en el análisis de las ejecuciones encubiertas con acciones fraudulentas para presentar resultados mortales en el Ejército y su abordaje por parte de las autoridades judiciales. En el marco del sistema de administración de justicia, la gran mayoría de los operadores ha aceptado que el DIH es una rama de derecho que se aplica de manera aislada del derecho internacional de los derechos humanos y entienden su contenido como una colección de reglas operacionales que incluyen una licencia para matar al enemigo. El DIH, en vez de operar como un marco restrictivo que prohíbe ciertas conductas en la conducción de las hostilidades, se aplica como un escudo o un marco de justificación de las actuaciones de los agentes estatales que enfrentan distintas formas de criminalidad organizada en el país. Además, si la presunta víctima de la ejecución cuenta con antecedentes de pertenencia a un grupo armado organizado (según el DIH) o antecedentes criminales en general, muchos consideran, sin más, que la autoridad competente para conocer ese tipo de casos es la justicia penal militar.

