

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO OPERACIONAL EN EL JUZGAMIENTO DE LA FUERZA PUBLICA

*Gladys Solarte Mancipe**

La valoración de la calificación jurídica de una conducta y su juzgamiento, debe aplicarse dentro de un marco legal, jurídico y jurisprudencial que reconozca todas las garantías sustanciales y procesales del debido proceso, como también la naturaleza de la conducta, las circunstancias y el contexto de su ejecución, permitiendo con ello garantizar un proceso ecuánime e imparcial.

En el caso específico de los miembros de las Fuerzas Armadas, se hace necesario, que la valoración de los hechos en un proceso legal, se verifique si la conducta tiene relación directa o indirecta con las funciones y atribuciones asignadas constitucionalmente, para lo cual se hace imperativamente necesario se realice un análisis dentro del marco normativo del Derecho Operacional.

El Derecho Operacional -DOPER, en inglés conocido con la sigla OPLAW Operational Law está constituido por un cuerpo normativo de reglas de derecho interno e internacional, que tiene por objeto regular, guiar y enmarcar los operativos militares conforme a la normativa nacional e internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El DOPER, es aplicado a todos aquellos asuntos jurídicos relacionados con la planeación, control y ejecución de las operaciones de la Fuerza Pública en tiempos de paz y en situaciones de combate¹, inclusive tiene específicos componentes en derecho administrativo, derecho penal, derecho público incluso derecho fiscal, contractual², constituyéndose como la base fundamental de todos los programas de intervención que realizan las Fuerzas Armadas, sea en operaciones de paz, en operaciones de control o en operaciones bélicas de nivel estratégico, operacional o táctico.

Las Fuerzas Armadas de cada país definen el contenido del Derecho Operacional conforme las normas de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario,

Abogada Penalista Criminalista – Doctor Hc. Educación Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Magister en Derecho Internacional de los Conflictos Armados y Derechos Humanos – Especialista en Defensa ante Sistemas Internacionales de Protección Corte Penal Internacional y Corte Interamericana de Derechos Humanos – Especialista Acción Humanitaria Posconflicto Construcción de Cultura de Paz- Estudios en Formador de Formadores Instituto Internacional de Derechos Humanos San Remo Italia - Investigadora Asociada a la Red ALEC Limoges Francia – Asesor cátedra de Derechos Humanos y Derecho Internacional de los conflictos Armados Universidad Nebrija España

¹ Colonel Kenneth W. Watkin, *The Operational Lawyer: An essential resource for the modern commander*

² Graham (1987) en “the army lawyer”

de acuerdo con las condiciones de seguridad, el goce de los derechos humanos, las libertades sociales y situación de orden público particular que afronte cada país, el cual debe permitir la salvaguarda los objetivos nacionales, el enfoque operacional, las tareas tácticas de defensa nacional, y defensa de las instituciones públicas y, los derechos y libertades de sus conciudadanos.

En el caso colombiano, existiendo cinco complejas manifestaciones armadas³ que vienen avivando el conflicto armado interno (CANI), sin embargo el gobierno nacional optó por suscribir un Acuerdo de Paz⁴ con solo uno de estos actores armados, las FARC Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, con la implementación de un Tribunal Transicional – Jurisdicción Especial para la Paz JEP⁵ componente jurídico del SIVJNR⁶ creado por el Acto Legislativo 01 de 2017, tribunal en donde se juzgan conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado desplegadas antes del 01 de diciembre de 2016.

Esta Jurisdicción Especial, enlista otras tantas jurisdicciones que tienen competencia para decidir sobre el conflicto armado colombiano (Jurisdicción, constitucional, penal ordinaria, penal militar, contencioso administrativa, disciplinaria (interna y Procuraduría), lo que hace casi imposible una convergencia que permita cumplir con las obligaciones estatales de investigar, juzgar y sancionar, crímenes internacionales, además de procurar resarcir los derechos de las víctimas y generar garantías de no repetición de hechos y conductas jurídicamente reprochables.

En el Tribunal transicional de la JEP, fue incluido la aplicación del Derecho Operacional para la judicialización y juzgamiento de la comisión de delitos internacionales adjudicados a la Fuerza Pública en el desarrollo del conflicto armado interno, como un principio básico del componente del SIVJNR trazando su alcance y límites en los tratamientos especiales a agentes del Estado, basado en el Derecho Internacional Humanitario, en el que necesariamente se “valorará lo establecido, en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH.”⁷, adquiriendo con esto, la aplicación de las reglas operacionales, un marco constitucional en los criterios de calificación jurídica para la Fuerza Pública en hechos de conducción de hostilidades de conocimiento de la JEP.

Dada la relevancia que en toda investigación representa el esclarecimiento de la verdad, así como la reparación a favor de la víctima, la dogmática penal, debe

³ Informe del CICR, Estos son los grupos que hacen parte del conflicto armado en Colombia: ELN Ejército de Liberación Nacional, EPL Ejército Popular de Liberación, las AGC Auto Defensas Gaitanistas de Colombia o Clan del Golfo, GAOR Grupos Armados Organizados Residuales y Bloque Oriental de las FARC.

⁴https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf

⁵<https://www.jep.gov.co/Paginas/Inicio.aspx>

⁶ SIVJNR: Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y no Repetición.

⁷ Acuerdo Final de Paz para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera num.44 pág. 151

revisarse paralelamente con la dogmática transicional, pues una y otra tienen objetivos y marcos diferentes, pues la transicional tiene un límite estricto de temporalidad y no por ello, puede abrogarse la autonomía de descalificar conductas que ofrezcan la oportunidad de imputar responsabilidad y de contribuir a la construcción de la verdad, o no ahondar en las condiciones circunstanciales en que los hechos se sucedieron y el contexto en que el sujeto activo desarrolló la conducta o la omisión, imputable a los miembros de la Fuerza Pública y esto solo puede realizarse con el pleno conocimiento de las reglas operacionales y el derecho operacional.

La importancia del Derecho Operacional en la investigación y juzgamiento de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública, radica en que, al contemplarse las reglas operacionales⁸ en la -calificación jurídica propia⁹- de conductas que son de competencia de la JEP, impone la verificación de las circunstancias reales y específicas de un hecho, permitiendo conocer de forma individual el alcance circunstancial de una conducta, la magnitud de la responsabilidad de un individuo según las funciones y atribuciones otorgadas, la omisión en la jurisdicción asignada, la responsabilidad del mando, la estructura y funcionamiento de los actores del conflicto y el conocimiento del dolo en la realización del hecho.

Una vez se haya determinado las circunstancias del hecho bajo una óptica del derecho operacional, es posible categorizar una conducta para verificar si es objeto de amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal¹⁰ o si por el contrario integra el universo de las conductas que deben ser investigadas, juzgadas y sancionadas, además de comprender la macrocriminalidad del conflicto, no en un esquema caso a caso, sino en uno guiado por contextos, patrones de macrocriminalidad y el impacto que tuvo el patrón en la víctima.

Igualmente, el conocimiento del Derecho Operacional permite a los miembros de la Fuerza Pública prevenir la violación de los derechos humanos y la infracción a los principios y contenido preceptivo del DIH, pues su cuerpo normativo de reglas de derecho interno e internacional, regulan las operaciones militares, limitan el uso de la fuerza, obligan a realizar una planeación previa, un control concomitante y la verificación de la ejecución de operaciones militares y policiales, prohibiendo en forma específica la realización de conductas contrarias a derecho, con lo cual se puede verificar que el sujeto que realizó la conducta tenía el conocimiento de la

⁸ Reglas Operacionales: 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, y, al ser aplicadas como criterio de calificación jurídica de la conducta en la Jurisdicción Especial para la Paz, deben entenderse como contenidos normativos de naturaleza administrativa que regían la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en el momento de las operaciones militares. Sentencia C-080

⁹ Artículo 22 transitorio Constitución de Colombia

¹⁰ Auto No. 19 03 febrero 2021 SRVR JEP

existencia de la prohibición y la previsibilidad de someterse a una sanción por su incumplimiento.

Finalmente, las reglas operacionales tienen valor probatorio para calificar la responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública, (no para tipificar delitos) 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”, teniendo en cuenta la jerarquía de las fuentes, es decir la supremacía constitucional¹¹.

Es acertado entonces, que cualquier jurisdicción que investigue y pretenda endilgar responsabilidad a miembros de la Fuerza Pública por conductas que tengan relación directa o indirecta con sus funciones y atribuciones asignadas constitucionalmente, se incluya el análisis acucioso del Derecho Operacional con las responsabilidades atribuibles a cada sujeto, ejercicio que permitirá una apropiada rendición de cuentas asociada a los crímenes mas graves cometidos en el marco de operaciones militares, para garantizar los principios *pro homine*, la dignidad humana y el debido proceso.

Entonces es imperativo que, cualquier autoridad judicial de cualquier jurisdicción que tenga la responsabilidad de investigar una conducta cometida por un miembro de la Fuerza Pública, en relación o con ocasión directa o indirecta con las funciones u obligaciones asignadas constitucionalmente, debe tener en cuenta el contenido del DOPER, requisito este *sin ecua non*, pues su omisión, históricamente ha conllevado a desconocer el contexto en que pudo desarrollarse un hecho de connotación operacional, a dar pasos al costado alejándose de la verdad fehaciente, a cometer errores comprometiendo a alguien en un hecho cuando, por su grado y rango no podría ser garante al carecer de mando operacional y finalmente, conllevaría declarar responsable a alguien que pudo actuar dentro de parámetros de tareas tácticas en pro de la defensa nacional.

¹¹ Tomado de Sentencia C-080 de 2018 [674]