

Validez jurídica de la regla operacional. Una visión no positivista

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671.02>

Francisco Alejandro Chiquiza Gómez

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Resumen: este capítulo examina la naturaleza de la regla operacional y sus elementos de validez jurídica, a fin de cumplir con el mandato constitucional asignado a las Fuerzas Militares y respetar el catálogo de derechos constitucionales. En tal sentido, indaga sobre la naturaleza constitucional de la fuerza pública, la carga valorativa de las disposiciones constitucionales y la distinción entre la misión de las Fuerzas Militares y la de la Policía Nacional, para, finalmente, explicar el proceso militar para la toma de decisiones y cómo el diseño constitucional impacta en este, como criterio de legitimidad y validez de la regla operacional y del propio derecho operacional.

Palabras clave: derecho operacional; principio; proceso militar para la toma de decisiones; regla; regla operacional; validez jurídica

Francisco Alejandro Chiquiza Gómez

Doctorando en Derecho, Universidad Austral de Argentina. Magíster en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional. Especialista en Derecho Administrativo. Abogado. Docente e investigador, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”, Colombia.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9514-8080>

Contacto: francisco.chiquiza@esmic.edu.co

Citación APA: Chiquiza Gómez, F. A. (2024). Validez jurídica de la regla operacional. Una visión no positivista. En P. A. Velásquez Cardona, & C. H. Prieto Fetiva (Eds.), *Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH* (pp. 53-76). Sello Editorial ESMIC.
<https://doi.org/10.21830/9786289544671.02>

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Colección Ciencias Jurídicas

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Sello Editorial ESMIC

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Bogotá, D.C., Colombia

2024



Introducción

La presente investigación tiene como antecedente próximo una publicación que se denominó *El derecho operacional como una categoría dentro de la taxonomía del derecho* (Chíquiza & Gil, 2019), con la cual se pretendía reivindicar y legitimar la importancia de focalizar, como objeto de estudio, el sistema de normas del cual se valen los miembros de las Fuerzas Militares (FF. MM.) o la institucionalidad, propiamente dicha, para la preparación, ejecución y evaluación de las operaciones militares, en un sentido lato. Partiendo de ese presupuesto cognitivo que da relevancia al estudio de una ordenación que se ha denominado *derecho operacional*, en esta oportunidad, la indagación y sus reflexiones, orbitarán en torno a la validez y eficacia de lo que se concibe como *regla operacional*, en un sentido mucho más estricto.

Así las cosas, la regla operacional a la que se aproxima esta investigación es aquella que, finalmente, se aplica en el plano táctico para la toma de decisiones militares y sobre ella se realizará el juicio de validez y eficacia, partiendo de la adherencia de este sistema normativo (Ortega & Gil, 2020) a los imperativos de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, tal como lo resaltan las propias FF. MM. Esto supone, indudablemente, la incorporación necesaria de elementos valorativos o axiológicos, propios de un Estado constitucional, a la regla jurídica que, finalmente, se aplicará a la planeación, ejecución y evaluación de una operación militar. En todo caso, hablar de la concreción administrativa de la regla operacional exigirá una tangencial aproximación a cada uno de los niveles (estratégico y operacional) que fijan los límites fácticos y jurídicos (constitucionales, convencionales, legales y administrativos) de ella, para establecer si esta se halla dotada de fuerza obligatoria para sus destinatarios.

En consecuencia, el concepto de validez jurídica, en este caso, de la regla operacional, reviste enorme importancia para la teoría y la práctica del derecho en el marco del desarrollo de operaciones militares, en tanto, se determine en qué evento la norma operacional es válida para que se pueda asociar, sin lugar a duda, su existencia. Ahora, se considera que esta reflexión desborda los postulados iuspositivistas de validez, en la medida en que el criterio autoritativo, descriptivo y formal resulta, sino incompatible, al menos insuficiente,

en el marco del Estado de derecho constitucional y democrático, en tanto los elementos de validez están, en principio, subordinados a razones de justificación racional por parte de: 1) quien crea la regla; 2) quien aplica la regla; y, 3) quien aprecia la regla.

El Estado constitucional y la misión de las Fuerzas Militares

Sin lugar a duda, la Constitución Política de Colombia de 1991 significó un cambio de paradigma, con relación al entendimiento que debe darse al sistema normativo en Colombia, en tanto, supuso la adherencia a una nueva concepción de Estado, es decir, a aquel en que existe una profunda sujeción a las disposiciones constitucionales, esto, por mandato de la propia Carta Política. Previo a 1991, la visión de la Constitución era centralmente política, ya que lo que interesaba, esencialmente, era la forma como se distribuían los órganos de poder y cómo estos se relacionaban con una ordenación jurídica, principalmente, legal o reglamentaria.

Ahora bien, tratándose del Estado constitucional, Solano (2022)¹ señala que el ordenamiento positivo dota al texto constitucional de una fuerza vinculante suprema y direccionadora de la autoridad, como elemento característico de esta tipología de Estados. Sin embargo, para considerar un Estado como tal, no basta con que las autoridades se hallen sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior, sino que, adicionalmente, estas están subordinadas a la efectiva realización de los derechos subjetivos allí consagrados y que, en últimas, pretenden la dignificación del individuo, merced, de los atributos vinculantes derivados del principio de supremacía constitucional.

Este paradigma de Estado surgió por la crisis de legitimidad que atravesaron los Estados después de la Segunda Guerra Mundial, justamente, por la estructura rígida y autoritativa propia de los sistemas jurídicos de entonces. En consecuencia, el Estado de derecho constitucional se caracteriza, principalmente, porque:

1 Wahl, R. (1981). *Der Vorrang der Verfassung*, p. 485; Sánchez Barrilao, J.F. (2009). Inteligencia y seguridad como objeto constitucional. El CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad en riesgo, p. 75.

1) la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador, y se constituye en una fuente del derecho (la fuente de las fuentes) adonde los juristas pueden ir a buscar las respuestas jurídicas a sus casos; 2) la Constitución se carga de moral bajo los rótulos de principios, valores, fines, bienes o derechos humanos; 3) a toda la Constitución se la entiende como *operativa* —más allá de los distintos modos de operatividad—, por lo que se rechaza su carácter *programático*, y 4) se constituyen los tribunales constitucionales con la competencia de controlar —en sus formas, procedimientos y contenidos— todas las normas jurídicas (también a la ley) desde la Constitución, y en su caso, invalidarlas o privarlas de efectos jurídicos. (Vigo, 2012)

En síntesis, el Estado constitucional o Estado de derecho constitucional se caracteriza, esencialmente, porque en el diseño constitucional, primero, incorpora derechos de aplicación inmediata o fundamentales, los cuales son de raigambre del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) (morales), acopiados como principios o disposiciones normativas con carga valorativa o axiológica que vinculan a los órganos de poder como derecho directamente aplicable;² y, segundo, adopta sistemas de control *judicial* de constitucionalidad (Etcheverry, 1991), ya sea, en su dimensión abstracta o difusa, como desarrollo del principio de jurisdicción constitucional, relevante, precisamente, para: 1) garantizar la supremacía constitucional; 2) el sistema de pesos y contrapesos; y, 3) el catálogo de derechos implantado a la Carta Política (Chíquiza, 2020).

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que, para el mantenimiento de un Estado de derecho constitucional, es condición *sine quanon* el respeto, la garantía y la satisfacción de los derechos humanos (artículos 1.º, 2.º, 4.º y 5.º superiores y preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). La preservación de las libertades públicas se logra sometiendo la actuación de las autoridades estatales al imperio de la Constitución y de la ley (Corte Constitucional de Colombia, 2012). En tal sentido, un Estado de derecho constitucional debe armonizar la libertad y el orden, de tal manera que para lograr la seguridad no desconozca los derechos humanos y así las libertades puedan ser ejercidas dentro de un orden justo, respetuoso del pluralismo

2 Para un sector relevante de la tradición alemana, los cambios e incorporaciones recogidos en La Ley Fundamental de Bonn hacen que ella misma sea entendida primordialmente como un orden o un sistema de valores. Cruz, L. M. (2005). *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares.

y de la libertad de crítica. El orden público democrático que anhela asegurar los regímenes constitucionales funda su legitimidad en el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

Por su parte, las FF. MM. están constituidas para la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (CPC, 1991), concepto que se mantiene desde las primeras manifestaciones de constitución en Colombia, tal como se observa en el Acta de Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada del 27 de noviembre de 1811, en su artículo 11, donde se prescribió que la defensa común es uno de los objetivos principales de la unión, facultándose la creación de ejércitos para tal fin (Restrepo, 2009).

Este concepto es una constante a lo largo de la historia constitucional colombiana. Así lo manifestaron, particularmente, la Ley Fundamental de la República de Colombia de 1819, en la Constitución Política de la República de Colombia de 1821, en la Constitución Política de la República de 1830, en la Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832, en la Constitución Política de Nueva Granada de 1843, en la Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858, en el Pacto de la Unión de 1861 y en la Constitución Política de la República de Colombia de 1886 (Restrepo, 2009).

Tal como se puede observar en la tangencial referencia, el constituyente primario desde siempre previó una función unívoca para las FF. MM., misión que fue recogida de manera integral en el artículo 217 de la CPC de 1991. Sin embargo, a esta función esencial, la Corte Constitucional, mediante la interpretación que ha hecho de la Carta Política, ha adicionado como misión de las FF. MM.: la búsqueda de la convivencia pacífica; la protección de los derechos humanos, y, en el marco del conflicto armado, la protección especial de las víctimas. Finalmente, ha precisado que a las FF. MM. les corresponde realizar labores de inteligencia (Ciro et al., 2016).³

3 La Corte Constitucional se ha referido a estas funciones de las Fuerzas Militares, por ejemplo, en las sentencias C-740 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, C-1149 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería, C-940 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-1024 de 200, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Respeto de la misión, *expressis verbis*, contemplada en el artículo 217 de la CPC, es preciso señalar que ello implica que las FF. MM. “tienen el deber constitucional de garantizar que la soberanía y el orden constitucional no se vean alterados o menoscabados, tal como la Corte Constitucional lo indicó en la Sentencia SU-1184 de 2001. Por su parte, el mismo tribunal señaló que el “soporte básico y fundamental” de esta función es la “defensa y protección de los derechos humanos” (Vargas, 2003).

De tal manera que, la función de las FF. MM. en el Estado colombiano es holística y tiene como fin permitir la materialización de los derechos y libertades del conglomerado social, “garantizar las condiciones de seguridad colectivas y de carácter estructural” (Ciro et al., 2016). En consecuencia, la misión de las FF. MM. no se limita a preservar la estructura democrática y a permitir que el Estado tutele el poder soberano, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados (...) que constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado (FF. MM.) tiene el deber irrenunciable de proteger (Montealegre, 2001).

En ese sentido, conforme con la misión constitucional asignada a las FF. MM., todo aquello que represente un riesgo para preservar la estructura democrática, la capacidad de ejercer “el poder superior para mandar” (Ciro et al., 2016), la satisfacción de los derechos humanos y fundamentales de los asociados, que impida la materialización de las libertades y reduzca las condiciones de seguridad, representa una amenaza, la cual, inexcusablemente, debe ser objeto de contención por parte de las FF. MM. Lo anterior supone, imperativamente, una concepción de la seguridad y defensa nacionales nutrida de una carga valorativa o axiológica que impacta en la configuración de la regla operacional que, finalmente, tendrá que aplicar el respectivo comandante en el escenario táctico u operacional.

Lo anterior, se considera, desborda los límites de los postulados iuspositivistas, justamente, porque pone en medio de la discusión, con relación a los mandatos constitucionales, disposiciones apriorísticas, valorativas o axiológicas, desplazando el debate, en principio, a un escenario menos positivista o, al menos, a aquel que conciba un sistema jurídico en el cual las autoridades judiciales y no judiciales, encargadas de hacer cumplir la ley, puedan hacer

correcciones, en torno del mejor derecho aplicable, lo que, en términos de Alexy (2007), supone la pretensión de corrección derivada de los mandatos de optimización y que irradian a toda la ordenación jurídica, en este caso, aquella prevista para regular las operaciones militares.

Razón esta que permite invocar, no por adherencia sino por utilidad, la corriente del neoconstitucionalismo, rótulo atribuido a la profesora de la Universidad de Génova, Susanna Pozzolo,⁴ mediante el cual se pretende: 1) declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución por una perspectiva práctica mediada por valores; 2) la ideología de la legalidad, la cual se disuelve en la dimensión del contenido sustancial, absorbiendo el derecho positivo mediante la adopción de los valores y de los derechos fundamentales; 3) la interpretación del derecho por principios, la cual es más conflictiva que si el derecho estuviera compuesto por reglas, por eso, el intérprete puede, por vía de la ponderación, optimizar la aplicación del valor, restringiendo los ámbitos de los derechos fundamentales hasta un mínimo que quedaría garantizado (Bernal, 2007); y, 4) la difusión de la ponderación como una exigencia derivada de los nuevos criterios de validez del Estado constitucionalizado, donde aquello que era considerado un juicio externo, ético, sobre la justicia de la norma, ahora es considerado un juicio interno sobre la validez (Pozzolo, 2016).

La siguiente imagen procura, de manera no exhaustiva, presentar la tensión positivista y no positivista, con relación a la concepción del sistema normativo y cómo este, finalmente, puede influir en la creación y validez de una regla operacional, la cual, si bien se somete a un proceso de creación objetivo, descriptivo y autoritativo, encuentra sus límites de validez, precisamente, en el catálogo de derechos incorporado por el constituyente primario y la consecuente inserción del sistema normativo colombiano a los imperativos del DIDH y del DIH, en todos los ámbitos del ejercicio de poder, pero, particularmente, en las esferas de la seguridad y defensa nacionales.

Disposiciones que hacen parte de una dimensión compleja del texto constitucional (bloque de constitucionalidad) y, sin lugar a duda, surge de una concepción aristotélica de justicia que procura la apropiación de valores en el

4 Mazzarese, T. (2002). "Diritti fondamentali e neocostituzionalismo" en "Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali", Torino, Giappichelli.

sistema normativo que limitan el uso y ejercicio de la fuerza en el desarrollo de operaciones militares, y, que, finalmente, se ve reflejado en la regla operacional dinámica o activa, es decir, aquella que adhiere al acto administrativo que se conoce como *orden de operaciones*, así (Figura 1):

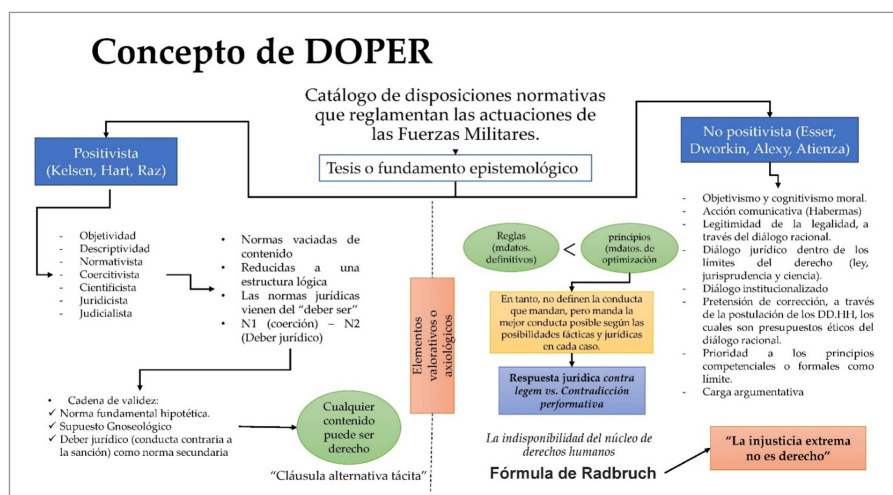


Figura 1. Concepto de Doper.

Fuente: elaboración propia.

Como se advierte en la figura 1, es, en últimas, la carga axiológica (derechos constitucionales, derechos humanos, derecho internacional humanitario) la que determinará la validez de la regla operacional, la cual, en cumplimiento de la misión constitucional asignada a las FF. MM. y, conforme los principios de la función administrativa, tiene una elaboración vertical, desde la estrategia nacional hasta la estrategia militar operativa.

En consecuencia, el Estado de derecho constitucional, tal como se ha detallado, permite concluir que la validez de la regla operacional exige, incuestionablemente, la armonización entre los valores incorporados en los paradigmas del DIDH y el DIH, los cuales, a pesar de perseguir la protección de los individuos y su dignidad, se diferencian, en principio, respecto de su ámbito de aplicación, justamente, porque, el segundo es excepcional para casos de conflictos armados; y, el primero, constituye la regla en todo tiempo y lugar (Mejía & Chaib, 2012). Esta relación entre paradigmas ha llevado a considerar

que el DIH constituye *lex specialis*, precisamente, en contextos de conflicto armado. Sin embargo, dada la amplificación de los derechos derivada de su carga axiológica, esta característica debe ser considerada en clave de dignidad humana, justamente para la adjudicación o afectación de las prerrogativas constitucionales, inclusive en contextos de confrontación bélica.

La función administrativa de las FF. MM. y la regla operacional

De conformidad con lo indicado en líneas anteriores, las FF. MM. constituyen uno más de los órganos de poder que subyacen a la estructura del Estado colombiano y como tal cumplen una función administrativa. Al respecto, la Carta Política, en el artículo 217, señala que

la nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las FF. MM. tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. (CPC, 1991)

En este punto, resulta necesario precisar que para efectos de este capítulo y como presupuesto dialéctico de validez jurídica de la regla operacional, corresponde distinguir entre las funciones administrativas asignadas a cada uno de los órganos que integran la fuerza pública (Policía Nacional y FF. MM.), de conformidad con el artículo 216 de la CPC de 1991.

Con relación a la Policía Nacional, se considera que su misión se circunscribe a lo que la dogmática administrativa ha denominado el *poder de policía*, entendido como las claras atribuciones de policía administrativa en el ámbito local, orientadas a la preservación del orden público en ese mismo espacio (Córdoba, 2006). El orden público, ha dicho la Corte Constitucional, debe ser entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos.⁵

En cuanto a los medios utilizados para garantizar el orden público, se tiene: 1) el establecimiento de normas generales que limitan los derechos para

5 Sentencia C-024 de 1994, Fundamento 4.2, criterio reiterado, entre otras, en la sentencia C-251 de 2002, Fundamentos 9 y ss C- 825 de 2004, Fundamento 9.

preservar el orden público; 2) la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de esas normas generales; 3) el despliegue de actividades materiales, que incluyen el empleo de la coacción y que se traduce en la organización de cuerpos armados y funcionarios especiales con los cuales se ejecuta la función.

Este último es en el que se pretende hacer énfasis, en tanto, se trata, en principio, de la función de policía, consistente en la gestión administrativa concreta de poder de policía, y actividad de policía que comporta la ejecución coactiva, la cual es ejercida por los miembros de la Policía Nacional que, en cumplimiento de su obligación de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, aplican diversos medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público (Córdoba, 2006). Asunto que no se abordará *in extenso* en este capítulo.

Por otro lado, está el cumplimiento de la misión asignada a las FF. MM. que, para efectos de este trabajo, se denominará la *función administrativa militar*, la cual comporta dos aspectos esenciales: 1) la función administrativa, propiamente dicha, entendida esta como la gestión burocrática de la cartera o el sector Defensa; y, 2) la función administrativa operacional, la cual comprende el despliegue de tropa de tierra, mar, río o aire para el desarrollo de operaciones militares, ya sean defensivas u ofensivas, en tiempos de paz o en contextos de conflicto armado.

La anterior, supone, en principio, que la función compleja que deben cumplir las FF. MM. se vale de la previsión normativa del artículo 209 de la CPC, el cual establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado la Corte Constitucional (Beltrán, 1999), entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales, sin perjuicio, de la característica holística de su misión, justamente, con relación a la materialización de los derechos y libertades del conglomerado social, “garantizar las condiciones de seguridad colectivas y de carácter estructural” (Ciro et al., 2016).

Así las cosas, entre los primeros (finalísticos), se tiene que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran igualdad, moralidad,

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y, por último, entre los organizacionales, se hallan descentralización, desconcentración y delegación de funciones, los cuales se explicarán en los párrafos ulteriores, por cuanto resultan de meridiana relevancia para comprender el proceso de creación de la regla operacional y su consecuente validez.

En primer lugar, ha de precisarse que, en el fenómeno jurídico de la descentralización, se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte que la decisión administrativa en los dos casos no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial o por la entidad prestadora del servicio o encargada del ejercicio de funciones administrativas. Siguiendo este derrotero, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló respecto del concepto de descentralización que se trata de

[...] un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas. (Cifuentes, 1998)

Con relación a esta institución propia del derecho administrativo, conviene mencionar que es una figura plausiblemente utilizada por el sector Defensa con algún grado de regularidad, por ejemplo, en algunas de las entidades del Grupo Social y Empresarial de la Defensa (GSED). Sin embargo, en principio, no impacta directamente en el cumplimiento de la denominada *función administrativa militar*, justamente, porque este fenómeno supone un desprendimiento total de las funciones administrativas por razones del territorio o de la especialidad.

Por otro lado, se encuentran otros mecanismos idóneos para la transferencia de funciones, tales como: 1) la delegación y 2) la desconcentración. La delegación supone, desde un punto de vista jurídico y administrativo, la modalidad de transferencia de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la ley, el otorgamiento de la facultad a un sujeto u

órgano que hace transferencia, cuyos elementos constitutivos son: 1) la transferencia de funciones de un órgano a otro; 2) la transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función; 3) la necesidad de la existencia previa de autorización legal, y 4) el órgano que confiere la delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia (Martínez C., 1999). Esta figura resulta esencial para el cumplimiento de la función administrativa, propiamente dicha, es decir, la gestión burocrática, en el sentido lato de la expresión, de la cartera o el sector Defensa, por ejemplo, los asuntos de ordenación del gasto, la contratación y la administración del talento humano, entre otros.

En segundo y último lugar, está el mecanismo de la desconcentración que hace referencia a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente gocen de personería jurídica, ni presupuesto ni reglamento administrativo propio. El propósito de esta figura es descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden de ideas, contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos.

Según la jurisprudencia constitucional, se refiere a la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa, la cual presenta las siguientes características: 1) la atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico; 2) la competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía; 3) la competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro, y 4) el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal (Beltrán, 1999).

Es este el medio previsto por el constituyente para el cumplimiento de la *función administrativa operacional*, la cual, como se indicó, comprende el despliegue de tropa de tierra, mar, río o aire para el desarrollo de operaciones

militares, ya sean defensivas u ofensivas, en tiempos de paz o en contextos de conflicto armado, de conformidad con un procedimiento especializado y *sui generis* que permite a los militares la toma de decisiones en tiempo, más o menos, real, ajustado a precisos procesos de planeación desde el escenario estratégico nacional hasta el teatro de operaciones o contexto de la estrategia militar operativa, aspectos que se retomarán más adelante, a propósito de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, que indica que:

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.

En consecuencia, para los efectos del presente capítulo, es importante resaltar, que la desconcentración de funciones se realiza (hace y deshace) mediante la ley, en tanto, que la delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución. De igual manera, es importante destacar que bien se trate de desconcentración o de delegación de funciones, lo que se busca con estas figuras es el mismo fin: descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales.

Planeación militar y regla operacional. Proceso militar para la toma de decisiones

Las precisiones descritas en los párrafos anteriores dan paso al proceso de planeación militar. Al respecto, debe insistirse en que las operaciones militares, al tratarse de una función administrativa, no se sustraen al principio de legalidad y, en ese sentido, todo lo que ella comporta está debidamente reglado (aspectos normativos que hacen parte de la regla operacional) en sus fases de planeación, ejecución y evaluación. Así las cosas, el proceso de planeación para el desarrollo de operaciones militares se encuentra sujeto a varias fases, dependiendo del nivel en que se tome la respectiva decisión.

Al respecto, resulta preciso mencionar que después de la expedición de la CPC de 1991, las finalidades del Estado cambiaron y con ella las misiones de las autoridades, privilegiando la dignidad de los individuos y la rendición de cuentas de las entidades públicas, entre ellas, el Ministerio de Defensa y las FF. MM. (Chíquiza, 2017), lo que supuso, en primer lugar, que los objetivos del sector debían alinearse con: 1) requerimientos de interés nacional; 2) política gubernamental; 3) plan nacional de desarrollo; 4) plan estratégico sectorial, y 5) plan estratégico institucional. En lo militar, mediante planes de guerra, planes de campaña, planes operacionales y órdenes de operaciones con aquellos que, a su vez, están dialogando constantemente, para ejercer el respectivo control interno como criterio de transparencia, eficiencia y eficacia institucional.

Como se puede advertir, el proceso de toma de decisiones para el desarrollo de operaciones militares obedece a una estructura institucional vertical, es decir, que está distribuida, necesariamente, de manera jerarquizada, con el fin de mantener la unidad de mando, como uno de los principios de la guerra.⁶

No obstante, la jerarquía de la institución no se agota con el comandante general de las FF. MM., ya que como lo prescribe la CPC de 1991, en su artículo 189, numeral 3:

el presidente de la república es el comandante supremo de las Fuerzas Armadas y dentro de sus competencias esta las de dirigir y disponer de ellas, entendidas estas como FF. MM. y Policía Nacional, función que puede ser desconcentrada en alguno de los ministros de Despacho, en este caso, en el Ministerio de la Defensa Nacional. (CPC, 1991)

Así las cosas, el proceso de toma de decisiones militares se encuentra regulado por varios niveles de la estrategia, el primero en su jerarquía es la estrategia

6 Unidad de Mando: Toda unidad cuenta con un mando único. Por lo cual se considera que no debe haber problema alguno en cuanto al ejercicio de la autoridad. En muchas ocasiones hay necesidad de conformar equipos o fuerzas de tarea con base en unidades orgánicas, con agregaciones significativas de otras unidades o fuerzas, para cumplir tareas o misiones especiales. En tales casos, es necesario colocar los diferentes elementos bajo la dirección de un solo comando para obtener lo que se conoce con el nombre de unidad de esfuerzo. Esta autoridad única constituye en esencia la unidad de mando. La unidad de mando debe reflejarse en la unidad de esfuerzo y este requiere la indicación de un solo propósito y la cooperación y coordinación de todos los elementos y acciones de las fuerzas constituidas. En otras palabras, se requiere el trabajo en equipo. Manual de Estrategia Militar. Comando General de las Fuerzas Militares. 1997.

nacional, definida por el presidente de la república, la estrategia militar general que está en cabeza del comandante general de las FF. MM. y comandantes de Ejército, Armada y Fuerza Aérea y, por último, la estrategia militar operativa que se desagrega en las unidades operativas mayores, menores y tácticas. Para efectos del desarrollo de operaciones militares, las FF. MM. tienen concebidos precisos procedimientos de toma de decisiones en todos los niveles que les permita actuar conforme la misión para la cual fueron concebidas y sujetadas a los objetivos estratégicos definidos en el Plan Nacional de Desarrollo, Plan Estratégico Sectorial, Plan Estratégico Institucional, Plan de Guerra o Plan de Campaña, respectivamente (Chiquiza, 2017).

Así las cosas, según lo establece el *Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto de las FF. MM.*, la relación de mando, enlace y coordinación, que exige el enfrentamiento bélico, plantea que los niveles de la guerra están definidos en lo estratégico, en lo operacional y en lo táctico. En cada uno de ellos se desarrollan responsabilidades de planeamiento, organización y asignación de medios, de acuerdo con las misiones que deban desempeñar las unidades comprometidas⁷, tal y como se muestra en la Tabla 1:

Tabla 1. Niveles de responsabilidad estratégica

Nivel	Acción	Responsable	Medios	Ámbito	Objetivo	Plan
Estrategia nacional	Dirección	Presidente	Poder Nacional	Interno Externo	La seguridad nacional	Estrategia nacional
Estrategia militar general	Conducción	Comandante General de las FF. MM.	FF. MM.	Teatro de la Guerra	La guerra	Plan de guerra
Estrategia militar operativa	Ejecución	Comandante teatro operaciones	Fuerzas asignadas al TO	Teatro de operaciones	La campaña	Plan de campaña

Fuente: Chiquiza (2017).

La *estrategia nacional*, considerada como un nivel de responsabilidad estratégica dentro del proceso de planeamiento, conducción y desarrollo de

⁷ Comando General de las Fuerzas Militares (2005). *Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto* 3-26. Restringido. CGFM.

operaciones militares, según la doctrina operacional militar, se estima como el nivel más alto, porque compromete todos los instrumentos del poder del Estado en la neutralización de la amenaza y en la seguridad y defensa nacional. El responsable de la dirección de la guerra es el presidente de la república, quien, interpretando la Constitución Política, determina los objetivos de la política de seguridad y defensa y asigna los recursos que sean necesarios para alcanzar o mantener las capacidades del Estado (Chíquiza, 2017).

Por su parte, la *estrategia militar general*, cuya responsabilidad recae en el Estado colombiano, sobre el comandante general de las FF. MM., quien dispone del Estado Mayor Conjunto y de la asesoría técnica de los comandantes de Fuerza (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), para conducir las Fuerzas en el teatro de la guerra, conforme a las directrices gubernamentales expresadas por el presidente de la república, en su política de defensa y estrategia de seguridad nacional.

En este nivel se configura una estrecha relación entre la voluntad política y el propio arte de planear y conducir la guerra. Según el *Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto*, se precisa que en este escenario de responsabilidad estratégica se establezca la relación de la dirección política de la guerra con la conducción y la ejecución militar de esta, por ser este el escalón más alto de coordinación de fuerzas y medios que ejerce el comandante general de las FF. MM. (Chíquiza, 2017).

El tercer nivel de la estrategia militar es el operativo, que le corresponde a quienes ejecutan la guerra en los teatros de operaciones por medio de las respectivas campañas, es decir, corresponde directamente a los comandantes de las unidades donde se desarrollan las operaciones militares. Tal como lo define la doctrina militar, en el *Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto*, esos comandos, asesorados por Estados Mayores, planean y conducen la maniobra utilizando operaciones conjuntas o autónomas, en su respectivo nivel, para garantizar el empleo táctico, con relación a los objetivos estratégicos. Este nivel es denominado *operacional*, porque mediante el diseño de los planes de maniobra y de ejecución de la batalla se determina cuándo, dónde y cómo se emplearán las fuerzas que influirán en la consecución de los objetivos estratégicos (Chíquiza, 2017).

El nivel operacional vincula el empleo táctico, relacionado con el empleo de las unidades en el campo de combate, la ubicación de las tropas mediante un dispositivo adecuado, conforme al terreno y las fuerzas enemigas. Determina la maniobra mediante el fuego y el movimiento, dispone de los apoyos de combate y de servicios para el combate; el enfrentamiento normalmente se libra entre fuerzas específicas. La característica especial es la batalla que consiste en un conjunto de enfrentamientos, de relativa duración, relacionados entre sí. La toma de decisiones, en el nivel estratégico operacional, es tanto un arte como una ciencia.

El proceso militar para la toma de decisiones (PMTD) es una secuencia analítica, singular, sistemática y comprobada. Su enfoque analítico conduce hacia la resolución de problemas y sirve al comandante y a su Estado Mayor, como instrumento facilitador del desarrollo de apreciaciones y de planes. El proceso formal de resolución de problemas que se describe, inicia cuando se recibe una misión y tiene como finalidad producir una orden; los aspectos analíticos del proceso continúan en todos los niveles de las operaciones.

Dentro del proceso de planeamiento, el comandante y su Estado Mayor despliegan lo más pronto posible sus recursos de reconocimiento, para facilitar la recopilación oportuna de información. El comandante y su Equipo Asesor analizan la información recopilada e incorporan la misma dentro del PMTD asegurándose que el reconocimiento sea continuo durante las fases de planeamiento, preparación y ejecución de la operación (Figura 2).

El resultado de la aplicación del proceso militar para la toma de decisiones da lugar a lo que se conoce como la *orden de operaciones*, que representa el acto administrativo que permite el despliegue de la tropa en el respectivo teatro de operaciones, como un claro ejemplo de una operación administrativa, entendida esta como “el conjunto de las actuaciones cumplidas dentro de un procedimiento administrativo dirigidas a darle cumplimiento o a ejecutar materialmente una decisión unilateral de la administración (Consejo de Estado, 2014), lo que, para efectos de este capítulo, se concibe como regla operacional, es decir, el proceso complejo de planeación que, finalmente, da paso a la realización de una operación militar.

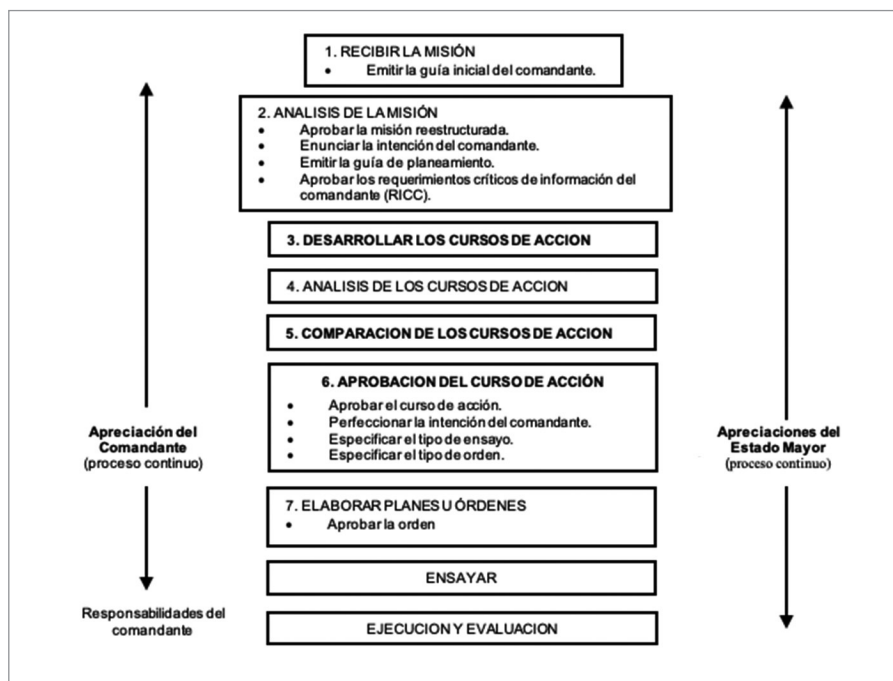


Figura 2. Proceso militar para la toma de decisiones (PMTD).

Fuente: Chíquiza (2017).

Ahora bien, si, efectivamente, el proceso de creación de una regla operacional obedece a un proceso complejo de planeación, el cuestionamiento que se suscita es en qué momento influye el diseño constitucional en el mismo y la respuesta, sin lugar a duda, será en cada uno de los niveles de la estrategia, justamente, con ocasión de la aplicación del artículo 4.º que dispone que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (CPC, 1991), en tanto, ordena que todos los órganos de poder deben realizar control difuso y concreto de constitucionalidad, inclusive, en sede extrajudicial o administrativa, como ocurre en el caso que se está analizando. Es decir, corresponde a la autoridad militar o civil que participa en el PMTD, en todos los niveles de decisión, desde la estrategia general nacional hasta la estrategia militar operativa (fase de ejecución de la orden de operaciones), invocar, constantemente el principio de supremacía constitucional,

considerado este, tal como se ilustró en la Figura 2, con toda la carga valorativa o axiológica que supone la incorporación al ordenamiento jurídico de postulados propios del DIDH y del DIH.

Es en el momento de planeación (adopción del acto administrativo-regla operacional), pero, además, en el proceso de ejecución (operación administrativa) donde la autoridad administrativa-militar debe realizar un test de constitucionalidad con relación a la satisfacción de los derechos constitucionales (DIDH y DIH), como consecuencia de la carga axiológica o valorativa derivada de la carta política y como requisito necesario de validez normativa de la respectiva regla operacional, justamente, porque: 1) deriva del sistema que fija competencia, órganos y procedimientos; 2) necesita que el derecho tenga cierto nivel de vigencia o efectividad, voluntaria o coercitiva, y 3) incluye un cierto contenido ético de manera que frente a lo grave y manifiestamente irracional o injusto, se aborta el propósito de crear derecho, es decir, existe la posibilidad de frustrar los propósitos militares u operacionales por parte del destinatario de la regla operacional que, para efectos de nuestra investigación, en principio será el comandante táctico desplegado en el teatro de operaciones.

No obstante, para facilitar estos propósitos, con apoyo de la tesis de Vigo (2016), se sugiere que la autoridad administrativa militar, ya sea en el nivel de la estrategia militar general o militar operativa y, en virtud del *procedimiento administrativo operacional*, realice un test de razonabilidad de la regla operacional para efectos de determinar su validez, en términos de la compatibilidad con los valores propios de la Constitución, es decir, reconciliar la razón con el contenido normativo, así: 1) verificación orgánica, que supone que quien produjo la regla tenía competencia para ello; 2) verificación procedimental, es decir, se surtió el proceso previsto para su creación; 3) verificación de inserción con el sistema de normas, lo que sugiere que, al menos, existe un grado de concordancia con el sistema jurídico imperante; 4) verificación dialéctica, en la medida en que la regla operacional debe ser inteligible; 5) verificación con relación a su finalidad, es decir, que tiene la vocación de alcanzar el fin legítimo propuesto; 6) verificación fáctica, en el entendido en que la regla que se precia de jurídica sea lógica y tenga la potencialidad de ser cumplida por sus destinatarios, y 7) que se ajuste a los elementos valorativos del sistema normativo

(derechos humanos y DIH), interpretado por algunas corrientes como aplicación del principio de proporcionalidad.

Si el PMTD logra ajustar para que las apreciaciones, en virtud del flujo de información continuo, se ajusten a este test de razonabilidad, las operaciones militares estarán dotadas de legitimidad y, en esa medida, su control o escrutinio, ya sea judicial y social, estará respaldado, justamente, porque las decisiones de los comandantes militares se adaptaron al sistema de valores del ordenamiento jurídico colombiano que, como se ha indicado, incorporó paradigmas de protección de derechos humanos, inclusive, en contextos de aplicación de los mandatos del DIH.

Conclusiones

A modo de conclusión, vale la pena señalar que, en primer lugar, instalar la validez y existencia de la norma jurídica o regla operacional en el terreno de su justificación racional supone que el destinatario la puede comprender y cumplir o resistir racionalmente, pero, en definitiva, instala el conflicto en un plano donde corresponderá valorar el peso de los argumentos a favor y en contra, sin necesidad de acudir a elucubraciones o cavilaciones profundas en torno de la validez normativa por parte de los comandantes estratégicos, operacionales y tácticos, un verdadero ejercicio de proporcionalidad respecto del uso de la fuerza, respecto de otros derechos de naturaleza constitucional.

La plausibilidad de la aplicación de una verificación racional relativa a la validez normativa de la regla operacional sugiere, indiscutiblemente, que quien la produce o quien la ejecuta está en la facultad de poder resistirse a ella o de corregirla (mejorarla) para que se ajuste al sistema de normas y valores del ordenamiento jurídico, justamente, porque el diseño constitucional los considera intérpretes autorizados del sistema normativo que regula las operaciones militares y, además, les ordena realizar control difuso y concreto de constitucionalidad. Esto por una potísima razón y es que, tratándose de la estrategia y la táctica en asuntos de seguridad y defensa nacional no existe control previo ni forma de intensificar la democratización en la toma de decisiones, motivo forzoso que exige reforzar: 1) la profesionalización de los comandantes militares; 2) la apropiación de criterios de razonabilidad de quienes toman las

decisiones para la realización de operaciones militares; 3) el sistema de ingreso y ascenso al escalafón militar, y 4) la transparencia institucional en sede de evaluación del resultado operacional o ejecución de la regla operacional.

Es importante advertir que, el último intérprete de la regla operacional es la autoridad judicial, una vez esta ha sido ejecutada y será en dicho escenario judicial donde se determinará si la regla operacional tenía vocación de corrección con relación al sistema de normas y valores del ordenamiento jurídico, situación que dará lugar a establecer si la creación de la regla operacional o su ejecución tendrá la aptitud o disposición de enervar los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado o la responsabilidad penal de los agentes del Estado.

Finalmente, la aplicación de los criterios o el test de validez jurídica de la regla operacional dotará de legitimidad no solo a la propia regla (entendida como la orden de operaciones y su ejecución), sino al propio sistema normativo denominado *derecho operacional*, en la medida en que el estudio de esta ordenación, lejos de consolidar el “cronotopo de la guerra residual” o la perpetuación de la “narrativa bélica en Colombia” (León, 2021), pretende un escrutinio más riguroso de las operaciones militares y de las políticas de seguridad y defensa nacional, para efectos de materializar el catálogo de derechos constitucionales. Se trata, justamente, de un concepto definitorio de la legitimidad de las FF. MM. con relación al uso de la fuerza letal y la garantía o protección de derechos.

Referencias

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica* (2.ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal P., C. (2007). Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*, 310.
- Chiquiza G., F. A. (2017). *Análisis de la política pública de operaciones militares: garantías de no repetición del daño antijurídico*. [Tesis de grado]. Universidad Externado de Colombia.
- Chiquiza G., F. A. (2020). Judicial activism in the Special Jurisdiction for Peace. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 447-472). Konrad Adenauer Stiftung.
- Chiquiza G., F. A., & Gil Osorio, J. F. (2019). El derecho operacional como una categoría dentro de la taxonomía del derecho. *Universitas*, 68(139) 10.11144/Javeriana.vj139.doct

- Ciro G., A. R., Bernal P., C., & Barbosa C., G. (Eds.). (2016). *Justicia transicional: el papel de las Fuerzas Armadas*. Universidad Externado de Colombia.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR (2019). *Derecho internacional humanitario. Una introducción integral*. <https://n9.cl/ecj7y>
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia 29923.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-561 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-496 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-117 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-024 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-782 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-540 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1184 de 2001.
- Etcheverry, J. B. (1991). El ocaso del positivismo jurídico incluyente. *Persona y derecho*, (67), 411-447. <https://n9.cl/b8dxa>
- Geopolítica, S. de investigación. (2019). ¿Preparados para las *Fake News*? Un estudio exploratorio de la comunidad universitaria del Tecnológico de Antioquia. *Revista En-Contexto*, 8(12), 175-204. <https://doi.org/10.53995/23463279.667>
- Jiménez-Reina, J., Gil-Osorio, J. F., & Jiménez-Reina, R. (2021). El derecho operacional en relación con los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. *Revista Científica General José María Córdova*, 19(33), <https://doi.org/10.21830/19006586.655>
- León Marín, A. (2021). *El derecho operacional en Colombia: la práctica jurídico-militar de la guerra residual*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.
- García Henao, L. (2014). La supremacía constitucional en el tránsito del Estado de derecho a un Estado constitucional desde la filosofía jurídica. *Revista Jurídica Piélagus*, (13), 99-107. <https://doi.org/10.25054/16576799.667>
- Mejía Azuero, J. C., & Chaib De Mares, K. (2012). *Derecho de la guerra*. Equion Energia Limited.
- Ortega Guzmán, L. F., & Gil-Osorio, J. F. (2020). El sistema de derecho operacional: una reflexión sobre la aplicación del pensamiento sistemático basado en Niklas Luhmann y su aplicación al derecho operacional. *Estudios en Seguridad y Defensa*, 15(29), 129-157. [10.25062/1900-8325.244](https://doi.org/10.25062/1900-8325.244)
- Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo = Neoconstitutionalism. *Eunomía. Revista En Cultura de la Legalidad*, (11), 142-151. <https://n9.cl/1iujl>
- Rea G., S.A. (2018). El desafío de interpretar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. *American University International Law Review*, 33(3), 517-544. <https://n9.cl/2b7zo>
- Restrepo P. C. (2009). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. (4.ª ed.) Universidad Externado de Colombia.

- Solano G, E. (2022). Fundamentos normativos de la autorización de actividades de inteligencia: el Ejército Nacional y la vigencia del Estado de derecho. En: G. Barbosa, C, A. Ciro G. & E. Solano G. (Eds.), *Líneas estructurales para la fuerza pública: medioambiente e inteligencia militar* (pp. 201-296). Universidad Externado de Colombia.
- Vigo, R. (2012). Derecho y moral en el Estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico). *Prudentia Iuris*, (74), 57-78. <https://n9.cl/woaw3>
- Vigo, R. L. (2018). *Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones*. <https://n9.cl/7ks4y>
- Vigo, R. L. (2016). Una teoría de la validez jurídica. *DOXA (Alicante, Spain)*, (39), 99. 10.14198/DOXA2016.39.07
- Zúñiga Rodríguez, L. (2018). Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Derecho PUCP*, (81), 47-92. 10.18800/derecho-pucp.201802.002