



El derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz. Garantías de los comparecientes uniformados

The right to due process in the Special Jurisdiction for Peace. Guarantees for persons appearing in uniform

Sandra Liliana Martínez Galindo

Abogada Defensora Técnica de Miembros de la Fuerza Pública

zandalimar@yahoo.com

ORCID. 0009-0005-3966-356X

Elmers Freddy Velandia Pardo

Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", Bogotá D.C., Colombia

Elmers.velandia@esdegue.edu.co

ORCID. 0000-0003-1217-9178

Resumen

En comunión con un Estado Social de Derecho, el debido proceso característico en la administración de justicia, se corresponde con el principio de legalidad adscrito tácitamente a un derecho humano; no obstante, con el advenimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), como pieza articular del Acuerdo de La Habana entre el Gobierno colombiano y Farc-Ep, la dimensión horizontal característica de este fundamento garantista, presenta vacíos de fondo y de forma que impactan a los comparecientes de la Fuerza Pública en cuanto al rigor procesal se refiere y por ende, sensible efecto sobre el ideal deseado de la verdad como pieza integral de la justicia transicional. En consecuencia, el presente artículo examina a la luz de las disposiciones legales, qué consideraciones de este instrumento jurídico validan o no el debido proceso de los uniformados para operar en consonancia con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Palabras clave: Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); debido proceso; desventaja procesal; integralidad jurídica; garantía legal.

Abstract

In accordance with a social state of law, the characteristic due process in the administration of justice, corresponds to the principle of legality tacitly ascribed to a human right. However, with the advent of the Special Jurisdiction for Peace, as a key piece of the Havana agreement between the colombian government and Farc-EP, the characteristic horizontal dimension of this guarantee foundation presents gaps in substance and form. This impact those appearing in the public force in terms of procedural rigor and, therefore, a significant effect on the desired ideal of truth as an integral part of transitional justice. This article examines under the legal provisions, which considerations of this legal instrument validate or not the due process of the military to operate in accordance with the comprehensive system of truth, justice, reparation and non-repetition.

Keywords: Special Jurisdiction for Peace (JEP); due process; procedural disadvantage; legal comprehensiveness; legal guarantee.

Cómo citar este trabajo: Martínez Galindo, Sandra Liliana y Velandia Pardo Elners Freddy.. (2023). El derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz. Garantías de los comparecientes uniformados. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (2), 98-111. <https://doi.org/10.46661/respublica.8284>

Recepción: 17.02.2023

Aceptación: 30.05.2023

Publicación: 30.06.2023

1 Introducción

En Colombia, con el Decreto Ley 706 de 2017 "Por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación", se empieza a dirimir un escenario en perspectiva respecto a que la Jurisdicción Especial para la Paz, sopesa cuánto de la consideración del militar como víctima del conflicto armado, redunde en credibilidad para este órgano transicional de justicia que en contexto, percibe críticas respecto a la igualdad para todos los actores del conflicto armado en lo sustancial, lo procesal y lo probatorio en su administración de justicia.

En efecto, con la Unidad de Investigación y Acusación se hace necesaria una simetría para que la justicia transicional opere sobre márgenes de confianza, credibilidad y equilibrio en su ejercicio de juzgamiento tanto a agentes del Estado, excombatientes y actores políticos en aras de proveer a las víctimas del conflicto verdad, justicia y reparación, fin último de esta jurisdicción.

La discusión legislativa precisa superar el entrabe que la dinámica de víctimas y comparecientes entraña al momento de propiciar confianza y en que los intervinientes en el sistema observen una aplicación real de lo imparcial y lo objetivo. (Mejía Azuero, 2018)

Precisamente, porque la seguridad jurídica al momento de esgrimir los derroteros con los cuales impartir justicia y esclarecer las responsabilidades requiere que se diferencie la misión constitucional de la Fuerza Pública de los actos violatorios individuales y no sistemáticos a los Derechos Humanos, es que el aporte de los análisis debe contribuir a escenarios en que la verdad, la justicia y la reparación, se privilegien sin desvirtuar el acto circunstancial desde el cual, la validación en lo sustancial, lo procesal y lo probatorio en su administración de justicia estén presentes.

En consecuencia, ese artículo se propone examinar a la luz de las disposiciones legales,

qué consideraciones de la Jurisdicción Especial para la Paz como instrumento jurídico, validan o no el debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública para operar en consonancia con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJNR, en cuanto a esclarecimiento y juzgamiento se refiere.

Para el efecto, se adelantan tres tareas específicas: (i) Relacionar las precisiones jurídicas contenidas en las leyes y normativa derivadas tras la creación de la JEP, (ii) Identificar los criterios conceptuales del militar como víctima del conflicto armado, (iii) Sopesar la presencia o ausencia de fondo y de forma de las garantías al debido proceso desde lo sustancial, lo procesal y lo probatorio observado por la JEP.

Así, se procede entonces a una revisión documental del marco legal y normativo que la jurisprudencia colombiana registra frente a justicia transicional sobre el que se soporta la JEP, así como lo promulgado en cuanto a los miembros de la Fuerza Pública como víctimas directas del conflicto armado.

Lo anterior, bajo un enfoque cualitativo conducente a aplicar método descriptivo y analítico en aras de identificar los insumos de tipo conceptual-jurídico, para los hallazgos consecuentes que deriven en conclusiones relevantes como aporte a ejercicios de investigación futuros.

2 Precisiones de la normativa

A). Del debido proceso

Al indagar por el debido proceso conviene relacionar qué normatividad asiste a este como un derecho humano cuya garantía procesal en el orden de lo civil, administrativo, penal y demás, robustece la legalidad sobre la cual impartir justicia bajo reglas de no arbitrariedad.

Consagrado en la Constitución, el Artículo 29 alude a que al debido proceso debe caracterizarle la independencia y la imparcialidad permanente.

En consecuencia, el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el debido proceso como:

[...] el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera. (Corte I.D.H. Sentencia de 29 de enero de 1997)

Esta normativa desglosa así los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 de los Artículos 7, 9, 10, 24, 25 y 27, en cuanto a lo constitucionalmente establecido según privación de libertad, juzgamiento y dictamen. Así, el debido proceso derivado del pensamiento amparado en la condensación del pensamiento teórico y conceptual sobre el asunto jurídico del delito, engloba aspectos como:

- no incurrir en arbitrariedades en la privación de la libertad
- informar respecto al causal de detención y notificación de cargos
- trasladar al retenido ante un juez o tribunal competente para ser juzgado
- observar legalidad y retroactividad de modo que no es posible condenar por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable
- evitar imposición de pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito
- indemnizar en caso de condena errada por vacío judicial
- observar sin discriminación, igualdad de protección de la ley
- observar derecho a un recurso sencillo y rápido. (Cruz, 1989)

Lo anterior, en aras de salvaguardar el equilibrio entre el ciudadano y el Estado en el plano policial y judicial y consolidar los principios del debido proceso cifrados en: el derecho general a la Justicia, el derecho y principio general de igualdad, justicia pronta y

cumplida, el derecho a la legalidad, el derecho de defensa en general, debido proceso en materia penal. (Silva, 1993)

No obstante, cuando se trata de la Fuerza Pública, el tratamiento especial en la aplicación al debido proceso, para el compareciente militar no es integralmente equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico al no efectuarse en su totalidad diferenciado del brindado a los actores ilegales y esto porque se equipara el actuar de las Fuerzas legalmente constituidas con los desestabilizadores de la seguridad territorial.

Esto se evidencia cuando se omite el papel y razón de ser del juez natural a quien está consignado el conocimiento en profundidad de la actuación operacional. (Esteban, 2019)

Para Mejía (2016), si bien ingresa ineludiblemente a la JEP, la conducta militar en esta jurisdicción en aras de velar por los intereses de las víctimas en cuanto a la provisión y suministro de verdad se refiere, la SIVJNR en el debido proceso desestima el Derecho Operacional al presuponer de antemano total compromiso de parte del miembro de la Fuerza Pública sin que haya a lugar un examen minucioso al momento de aplicar la comisión del delito.).

B). De la víctima militar

En cuanto a la normativa sobre los miembros de la Fuerza Pública al interior del dispositivo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SVJNR), soportado en el acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017, es preciso remitirse a disposiciones que anteceden los elementos jurídicos sobre los cuales reposa la seguridad jurídica para el cuerpo castrense.

Desde lo universal, la normativa enuncia en el Artículo 2 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 que: los miembros de la Fuerza Pública adquieren el estatus de personas protegidas por el DIH y potenciales víctimas de delitos contra esta normatividad cuando se encuentren en situaciones previstas en el Artículo 3, Conflictos no

Internacionales". (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1949, p. 41).

La maduración de estos casos en que los Derechos Humanos de los uniformados también compromete el rigor de la jurisprudencia y las disposiciones jurídicas, es susceptible de constante estudio y examen por cuanto se pasa a considerar todos los componentes constitucionales sobre los que se ampara la actuación en un teatro de operaciones.

Aquí entran a considerarse estimativos de la defensa, la competencia y el ejercicio en donde se ha avanzado en desvirtuar el concepto según el cual, el militar como soldado tiene ante su destino el deber de morir en defensa de la patria y exponerse a cualquier padecimiento inhumano por lo que renuncia así a su condición de ser humano por vocación y mística de su servicio.

Esta presunción como se ha venido desmontando desde lo ontológico, lo epistemológico, lo jurídico, lo sociológico y hasta lo antropológico, obviamente que resulta impactando la normativa.

En efecto, ya en 2008, la Ley de defensa técnica reflejada en la Ley 1224 de 2008, aborda la complejidad de proveer defensa gratuita a los miembros de la Fuerza Pública mas no plasma una maduración que adelante una defensoría militar en sí misma, competencia inherente en todo caso a la Justicia Penal Militar.

Siendo así, en 2010 con la Ley 1407 del 2010 se entabla la creación de una fiscalía penal militar y de un cuerpo técnico de investigación de la Justicia Penal Militar, no obstante, surgen entrabes que posteriormente, desembocan en el Artículo 24 Ley 1448 de 2011 y el Artículo 23 Ley Derecho a Artículo 25 Ley 1448 de 2011 sobre la Verdad y en que los derechos de las víctimas militares contemplan aspectos tales como el derecho a la reparación integral dado que sus familiares y la sociedad en general tienen el derecho imprescriptible e inalienable de conocer la verdad acerca de los motivos y las

circunstancias en que se cometieron las violaciones de que trata el Artículo 3 de esta ley.

Se destaca además que en la Ley de Víctimas (1448 de 2011), el Artículo 3 del Título 1- Disposiciones Generales, Parágrafo 1 y 2 del Artículo 3 se contempla a los miembros de la Fuerza Pública como víctimas en tanto el militar en razón de su deber constitucional dentro del marco del conflicto armado interno:

[...] si bien está suscrito a sacrificarse por su patria, nada justifica que se vea sometido al sufrimiento generado como consecuencia de un atentado, una emboscada, un ataque sorpresivo como una mina antipersona, o a tratos como los expuestos por el Artículo 4 de los Convenios de Ginebra de 1949 (...) se puede afirmar que el reconocimiento legal por parte del Gobierno colombiano del soldado como víctima del conflicto, que conlleva a garantizar procesos de verdad, justicia, reparación integral, garantías de no repetición y medidas de satisfacción que incluyan a esta población.

No hacerlo, implicaría una revictimización de estos hombres y mujeres que han sufrido de forma certera las consecuencias del conflicto. Reconocer la condición de víctima de los miembros de las Fuerzas Militares es un mecanismo, no solo de dignificación de su condición como ser humano, sino, una medida de reconocimiento simbólico por su sacrificio en pro de la construcción de un mejor país. (Gómez Llinás, 2021, pp. 5-6)

Al compareciente de la Fuerza Pública, la normativa que soporta su condición de víctima, no puede desconocer igualmente su reparación en tanto la discrecionalidad exige una completa y debida documentación por parte de la JEP para así robustecer la credibilidad en el fallo condenatorio sustraído de cualquier vicio en el debido proceso.

3 Criterios conceptuales: el militar como víctima

La debilidad jurídica de los miembros de la Fuerza Pública ante la comparecencia en los tribunales de la justicia transicional, específicamente la JEP como órgano jurídico de juzgamiento dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, SIVJRNR, tiene en parte desde los órganos de juzgamiento, un origen en el desconocimiento de tipo ontológico del papel del uniformado en el orden constitucional y otro, de tipo pedagógico que termina desvirtuando la naturaleza, el fin y el efecto de su ejercicio en la preservación y salvaguarda del orden, la seguridad y la defensa.

Para Mejía & Marín (2015), el trato procesal que experimentan los uniformados tanto si están vinculados como víctimas o victimarios en razón del conflicto armado, observa un vacío de carácter holístico que trasciende lo meramente técnico y la visión reduccionista cuando solo se asume lo institucional como único argumento en rigor..

1. Desde lo ontológico

Por esto, cuando Pedraza (2015), refiere la vulnerabilidad procesal de los miembros de la Fuerza Pública, advierte en lo ontológico, el músculo sobre el cual discernir cuándo se está ante una conducta violatoria de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario y cuándo, ante un evento de tipo operacional en ejercicio legítimo de la misión. Adicionalmente, la insistencia de estimar desde lo sustancial, lo procesal y lo probatorio una constante en cuanto a sistematización de conductas violatorias de parte de la Institución castrense, es una realidad que han debido afrontar los comparecientes uniformados ante la JEP.

[...] se insta a las instituciones a que reúnan sus esfuerzos y realicen todas las labores encaminadas a garantizar los derechos de las víctimas del conflicto como centro del Acuerdo de Paz y los procesos que reivindiquen sus derechos, incluyendo la garantía de la participación igualitaria y

diferencial de los militares como víctimas en los procesos que adelanten los componentes del Sistema Integral.

Adicionalmente, se invita a superar las restricciones contenidas en la legislación, en relación con las medidas de reparación material sujetas al régimen especial de las Fuerzas Militares, ya que se evidenció que estas no fueron estructuradas en el marco de una justicia transicional y por tanto no cuentan con ese enfoque restaurador de los hechos victimizantes en el marco del conflicto. (Sanabria-Moyano & Orjuela, 2020, p. 153)

En ese entorno, Mejía (2016), enfatiza en la necesidad del conocimiento del quehacer militar al momento de asumir el ejercicio judicial y entenderlo en aras de irradiar respuesta cualificada, especialmente al sopesar los riesgos de la confrontación armada en donde el Derecho Operacional juega un papel muy importante que no debe ni puede desestimarse en los tribunales de justicia.

Es ahí cuando en opinión de Prieto (2003), las precisiones de lo que corresponde a un debido proceso no deben sustraerse del significado real que representa la garantía inserta en la seguridad jurídica.

Ahora bien, prima tener presente que la legalidad dentro del sistema jurídico otorga la confianza debida en la totalidad procedimental por lo que la observancia de las actuaciones administrativas si bien como garantía opera en principio, requiere especializar la investigación criminal pues por los delitos investigados no resulta ser un factor menor a considerar por la JEP.

Al momento de abordar al militar como víctima, no ocurre igual al dimensionarlo como victimario en cuanto a ponderación probatoria se refiere. En este último caso ocurre que gracias a que en un momento previo a la firma del Acuerdo de Paz, se puso en duda en las instancias judiciales si era válido o no constituir como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública en razón del conflicto armado, la discusión prevaleció y

prevalece pese a introducir la necesidad de aproximar lo holístico a la discusión.

Para Russi (2013), al uniformado en su derecho a la defensa, desde luego que le asiste en lo axiológico su dignidad de ser humano y como persona interviniente de una confrontación, la Justicia Especial para la Paz no puede sustraer su derecho vulnerado dentro del reconocimiento jurídico. Ya desde Sun Tzu (476-221 a. C.), cuando se enuncia que en la paz como en la guerra “cada asunto requiere un conocimiento previo”, se alude al hecho del todo por encima de las partes como factor de análisis para entender una conducta militar. Así por ejemplo, mientras autores como (Radbruch, 1959, p. 145), señalan que “No es el bien común el fin supremo del derecho, sino la justicia. El bien común es solo el fin del derecho”, Pinzón (2008), enfatiza en que:

[...] la justicia legal es un derivado de la justicia del derecho del ser, no al contrario. Hay una equivocación gigantesca cuando se hace justicia legal o humana, sin que exista, en la base del sistema social, la justicia del ser u óptica. (p. 127)

Esto, para el discernimiento que concierne al propósito central de la presente reflexión en cuanto al derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz hacia los miembros de la Fuerza Pública, entraña aproximar a las teorías de ontología de la justicia, conceptos como “rendición de cuentas”, “conducción de operaciones”, “reglas operacionales de distribución y asignación de mando”, en virtud de guarecer el deber ser del servicio castrense, escudriñarlo, interpretarlo y proyectarlo.

Lo anterior, en razón de trasladar la justicia del ser u óptica al modelo que rige a la JEP, por cuanto la imputación a los uniformados hasta el momento presenta serios vacíos en cuanto al conocimiento del eje holístico-ontológico-axiológico que asiste su ejercicio y en donde las responsabilidades según deberes y tareas asignadas de acuerdo con rangos militares, amerita de parte de los togados, una tarea de profundización de la razón de ser de la

conducta operacional dentro del teatro de operaciones para dirimir en consecuencia, el grado de compromiso en las faltas contra los Derechos Humanos o los delitos incurridos en el conflicto armado o bien, la ausencia de actos violatorios.

Es así como para hablar de equilibrio en este modelo, se requiere igualmente en lo sustancial, lo procesal y lo probatorio, que los derechos de los comparecientes militares observe igualmente un acompañamiento igual que el brindado a los demás actores que acuden a este órgano jurisdiccional.

Bajo esa óptica, en su reflexión sobre si “¿Tiene motivos el militar para sentirse tratado como un ciudadano de segunda?”, Vidal Gómez (1993), eleva el dilema al aspecto ontología versus normatividad y emplaza el debate al lato sensu, en que en el esclarecimiento de la verdad en procesos de transición a la paz, requiere abordarse con la amplitud del ser humano, la persona y su dignidad como tal, antepuesta al rol dentro de circunstancias desestabilizadoras y de tensión interna. Generalmente, desde su apreciación, todos los actores –excepto los militares–, son tratados en sus aciertos y errores como sujetos de un Estado Social de Derecho, como seres humanos susceptibles de toda concesión en tanto que al juzgamiento militar se le sustrae de esta propiedad por vincularla en inherencia e inmanencia a un deber ser institucional en donde este es principio y fin constitucional y sus derechos subyacen a tal rigor no recibiendo tratamiento de víctimas.

Preocupa el sesgo que la filosofía jurídica identifica como sustantivo instrumentalizado en que una instancia pueda incurrir en razón a la motivación por la cual ha sido constituida (Bobbio, 1996); para el caso de la JEP, la discusión se centra en las motivaciones de una justicia politizada en que en aras de una paz duradera y sostenible gracias a transar al Estado para ceder espacios y concesiones de perdón so pretexto de reconocimiento de culpas sin pago de las mismas más que actos meramente simbólicos, los actores vulneradores de derechos terminen

exculpados en una jurisdicción creada para tal fin y en que los miembros de las Fuerzas legalmente constituidas por el contrario, sean objeto sí del rigor penal sin que haya a lugar equilibrio de juzgamiento.

Ahora bien, en los escenarios de operaciones si bien el uso desmedido de la fuerza conlleva dentro del Manual de conducción un marco sancionatorio según se adscribe al violentar el Derecho Internacional Humanitario, no colige en la Sala de Revisión y Acusaciones de la JEP, los elementos propios del teatro de operaciones sobre los que normalmente se actúa en el despliegue de Fuerzas.

Es por esto que como bien lo advierte González Bustelo (2006), al Derecho Operacional “le rigen principios de definición, estrategia y mística de los ejércitos del mundo como factor de aseguramiento de la soberanía y defensa de un Estado Social de Derecho” (p. 129).

Dentro de esta lógica, las capacidades militares insertas en el Derecho Operacional deben ser objeto de examen en las salas de verificación porque ese ejercicio contribuirá a discernir en derecho qué tanta legitimidad o no le ha asistido al militar en el conflicto armado.

Desde la doctrina militar por ejemplo, lo táctico, lo técnico, lo procedimental, lo operacional del deber ser sobre el eje axiológico que le rige, debe en todo tiempo sujetar la misión y capacidades de la Fuerza Pública a los principios, los valores y los fundamentos del orden ético en que el respeto por los Derechos Humanos rige la actuación de sus miembros bajo observancia de normas y estandarización internacional; todo lo que de ella se aparte desde luego que es susceptible de juzgamiento pero sin omisión del Derecho Operacional y sin equiparamiento de una operación constitucional a una fuera de la ley y el orden.

En su estudio sobre “Componentes ontológicos en la caracterización de la Fuerza Pública como víctima en el Conflicto Armado”, Pedraza (2015) refiere cómo:

Los Derechos Humanos aplicados no desde la Fuerza Pública sino para la Fuerza Pública, no se cumplen a cabalidad ni la concepción frente a estos guarda total proporción y respeto hacia los uniformados que ofrendan su vida por la patria o bien, se retiran del servicio por enfermedad o secuelas dejadas por el combate. (p. 52)

Tal realidad de conformidad con lo examinado por Vidal Gómez (1993), cuando en razón de su ejercicio, la vulnerabilidad procesal se hace evidente toda vez que en el sistema acusatorio se termina priorizando la judicialización de modo que el desdibuje de los acontecimientos determina su condena.

No se trata como anota Stevenson (2005), de desconocer la gravedad de las faltas operacionales frente al DIH y los DD.HH. o ignorar la comparecencia de los militares para responder por estas faltas, desde luego que esto tiene que ser una constante del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR, de lo que se desdice es que lo ontológico dentro del debido proceso tiene que interpelar cada etapa de juzgamiento para dirimir del modo más imparcial posible, qué se asume como responsabilidad y compromete la conducta violatoria del uniformado y qué como deber y acción legítima.

Por su parte, desconocer a los militares como víctimas implica desconocer que antes que ser un efectivo de la Fuerza Pública está el ser humano y que tal condición como ontos, no admite en palabras de Hartmann (1964), “contradicción o discusión inserta en tanto el ser como deber ser es antes que el ser deber por lo que la naturaleza adscrita no es susceptible de negación” (p. 79); para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, sus derechos a seguridad jurídica y seguridad integral también pueden ser lesionados como los de cualquier civil de modo que como uniformados no pueden ser despojados de su condición de ciudadanos por lo que sus derechos al debido proceso también han de considerarse.

Las militares también pueden ser concebidos como víctimas del conflicto; en primer lugar, por su naturaleza como seres humanos consagrados en la Conferencia de San Francisco de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948; y en segundo lugar, por la violación de los principios del Derecho Internacional Humanitario (DIH) es decir, del Jus ad bello (derecho hacer guerra) y el Jus in bello (consagrados en los Convenios de Ginebra y en el Segundo Protocolo Adicional de 1977. En este último, en donde se ahonda las circunstancias relativas al Conflicto Armado No Internacional (CANI).

Para tal fin, es clave profundizar sobre el concepto “Militar Víctima” y sobre la dignificación del soldado como ser humano y ciudadano. El siguiente escrito, busca ampliar la definición y hacer aclaraciones al fenómeno. (Gómez Llinás, 2021, pp. 1-2)

Hasta aquí el examen al aspecto ontológico que debe estar inserto en el debido proceso; se pasa ahora al aspecto pedagógico frente a lo operacional para que en esta garantía jurídica se asuma esta aproximación a fin de no desfallecer en el propósito de fallar en Derecho.

2. Desde lo pedagógico

En el marco de la justicia transicional, el derecho al debido proceso tiene para el militar un asidero que más que blindarlo jurídicamente de sesgos derivados de interpretaciones y juicios subjetivos, pondera el significado del Derecho Operacional como pieza fundamental para entender qué actuación vulnera y transgrede los límites del DIH y de los DD.HH. y cuál por el contrario, se ajusta al mandato constitucional.

No obstante, se adolece de suficiencia pedagógica frente al quehacer castrense lo que conlleva a desvirtuar situaciones, circunstancias y modos de enfrentar la acción ilegal armada y por ende, a endilgarle un atributo sistemático que por supuesto no es característico de su doctrina.

Deslindarse del fin último de las capacidades militares al servicio de las operaciones propias de la confrontación interna es un hecho temerario al momento de indagar judicialmente por lo ocurrido en combate. (Schnabel & Ehrhart, 2005).

Así, en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, como garantía constitucional, los postulados en defensa de la dignidad humana consagrados en la Constitución, operan desde lo judicial como derroteros en que los comparecientes sienten confianza para que los juicios avancen del modo más objetivo y transparente posible, sin embargo, para el caso de los miembros de la Fuerza Pública convocados a los estrados a fin de esclarecer la verdad de su intervención en el conflicto armado, la sentencia justa queda en entredicho cuando otros actores absorben el principio de la cosa juzgada mientras que a los uniformados se les desestima el acervo probatorio.

Tal situación se deriva en parte, por la ausencia de pedagogía respecto al Derecho Operacional que Bouthol (1975) define grosso modo como la contextualización del quehacer bélico de modo adecuado para sopesar el uso de la fuerza.

Para Mejía: “... toda actuación militar o policial con incidencia operacional está protegida por una presunción legal, por el orden constitucional y legal; por ello existe un DOPER constitucional y un DOPER administrativo” (p. 42).

Desde esta óptica, no puede desconocerse que en Colombia la tensión interna ha afectado a la Fuerza Pública por el accionar de los grupos armados organizados.

El saldo no es en nada desestimable: 403.352 uniformados como víctimas, es decir el 4,36% del total de población víctima en el país. (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2022)

Esta realidad desglosada reporta en consecuencia que:

70.980 son policías y el 95% de los hechos victimizantes, se relacionan con los siguientes

eventos: Desplazamiento forzado: 62.901 policías (69,3%); Homicidio: 13.246 (14,8%); Amenazas: 5.173 (5,7%); Actos terroristas: 2.669 (2,9%); Desaparición forzada: 477 (1,9%) o 114 policías continúan desaparecidos. Cifras de la Policía Nacional indican que, del total de víctimas reconocidas 55.413 están retirados; 13.160 están en servicio activo; 2.407 fallecieron y 2.818 policías víctimas, registran alguna condición de discapacidad. El 45,8% de los casos se presentaron entre 1998 y 2006; y las zonas con mayor cantidad de policías víctimas son: Antioquia (15.350), Valle del Cauca (6.439), Nariño (5.361) y Cauca (5.173). (Caracol Radio, 2022)

Todas las conductas operacionales tienen una razón en orden y tiempo y un sentido de planeamiento, maniobra y fin que cuando se violan los protocolos o se vulneran los DD.HH. el DIH, tienen que considerarse al momento de juzgar estas actuaciones dado que las líneas de subordinación y mando observan responsabilidades propias del mandato constitucional pero igualmente, en un teatro de operaciones en que la confrontación encara situaciones diversas, el límite entre la precisión del objetivo y los errores de cálculo es muy tenue por lo que urge discernirlos componentes que el Derecho Operacional ofrece para sopesar las fallas en los escenarios de guerra.

[...] el DOPER en consecuencia no se circunscribe simplemente a una compilación de normas de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario utilizadas en el ámbito militar, sino a un entendimiento del quehacer operacional militar desde la misión constitucional, legal y reglamentaria de un Estado, con repercusiones eventuales a nivel de una actuación penal, administrativa e incluso eventualmente en una comisión de la verdad. (Mejía, 2016, p. 42)

Por lo anterior, es necesario forjar pedagogía frente a la naturaleza, sentido axiológico y alcance del Derecho Operacional como parte de la seguridad jurídica en los procesos que comprometen la actuación de los miembros

de la Fuerza Pública; en efecto, la tarea judicial exige que su interpretación suministre suficiencia sustancial para adelantar investigaciones ajustadas a Derecho que precisen del conocimiento de las operaciones militares.

4 Las valoración de fondo y de forma de las garantías al debido proceso

1º) Lo sustancial

En la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, al sopesar los hechos de los militares por causa directa o indirecta con el conflicto armado interno, la recepción de informes ha desestimado un flujo informativo importante de los componentes operacionales ineludibles al momento de acometer juzgamiento y pronunciamiento resolutive.

En ese sentido, la identificación de gravedad de casos, intervenciones y actuaciones de los miembros de la Fuerza Pública, presentan en lo sustancial, una dolencia procedimental por parte de la JEP, en las tareas que tienen que ver con la diferencia entre la individualización y la sistematización de la actuación militar.

Tal vacío entraña incurrir fácilmente, al momento de atribuir responsabilidades violatorias al DIH y a los DD.HH., en una descalificación del Derecho Operacional y de la doctrina militar dado el desconocimiento de lo que en terreno combativo implica un teatro de operaciones.

Como le asiste a la hermenéutica, el aspecto sustancial en el debido proceso permea lo definido como el derecho a la prueba (Alvarado-Velloso, 2004), más si el sustento de los hechos inicia con el error de omitir el flujo informativo que los intervinientes de la Fuerza Pública tienen por aportar a la verdad, obviamente se erosiona la base de todo el debido proceso en tanto los insumos como la carga probatoria, la prueba de oficio, la carga dinámica de la prueba y la medida cautelar probatoria, se diluye causando ruptura entre

lo sustancial y lo resolutivo. (Parra-Quijano, 2007)

Asimismo, cuando se examina en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tales actuaciones, el vacío en lo sustancial implica una clara afectación al debido proceso de los uniformados que no por amnistías, indultos, beneficios, han de admitir en todos los casos y como sistemáticos, hechos violatorios si bien registrados, no todos con acopio irrefutable de violación al DIH.

En esa medida, no procede desconocer la sustancia de los hechos dentro de la actuación decisoria de las operaciones militares. Ineludiblemente, el Derecho Operacional debe incorporarse en su esencia, alcance y dictamen a estas salas de la JEP para resolver en derecho lo que en materia de esclarecimiento de la verdad corresponde. Su rol coadyuva para que desde la JEP, se aproxime todo el cúmulo de aristas del contexto operacional inserto en el eje doctrinario castrense.

Figura 1. Operaciones militares en zonas en conflicto

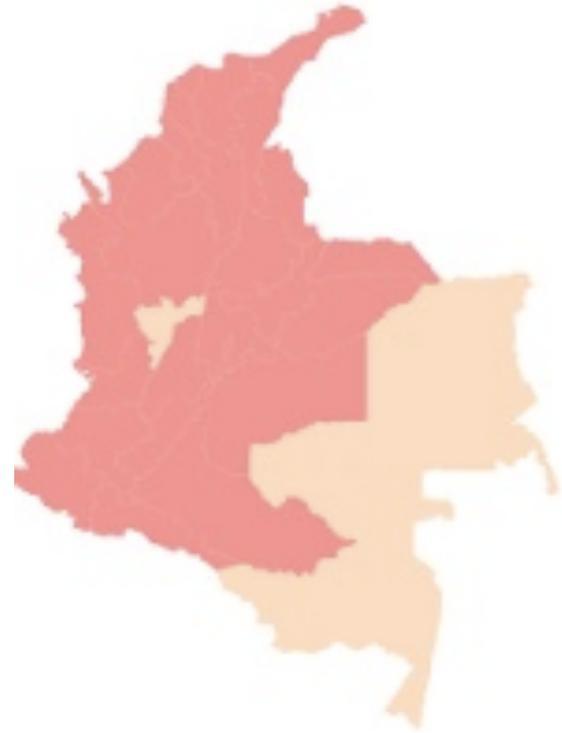


Fuente: Elaboración propia con base en Mindefensa (2020)

Nota. Del cúmulo de operaciones militares en territorio nacional antes y después de 2016, se registra un nuevo reto por confrontación con disidencias y grupos criminales.

Figura 2. Operaciones militares en zonas en conflicto.

CON INTERVENCIÓN MILITAR
Operaciones consumadas

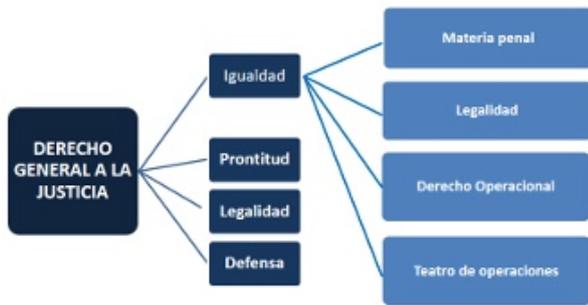


Fuente: Elaboración propia con base en Mindefensa (2020)

2º) Lo procesal

Compete a la JEP insistir en la importancia de la forma como se concibió en la Ley cada aspecto de la dinámica procesal, esto es, hacer prevalecer las fases de indagación, juzgamiento y pronunciamiento sin que haya a lugar inconsistencias ni de tipo sustancial ni de tipo procedimental.

Figura 3. Identificación insumos del debido proceso en la JEP



Fuente: Elaboración propia con base en Sanabria-Moyano & Orjuela (2020).

En la fase investigativa, la seguridad jurídica de los uniformados presenta serios vacíos tanto en rigor como en recepción pues se desconoce igualmente en esta parte del proceso, las reglas de enfrentamiento que toman en cuenta los principios de precaución, distinción y proporcionalidad los que permiten a los mandos superiores determinar el despliegue de una fuerza militar y cuánta fuerza aplicar así como los límites de actuación de un comandante específico. (Comando General Fuerzas Militares (b), 2009)

Urge que en el marco de la JEP en comunión con su observancia del DIH, la etapa procesal no desconozca las reglas operacionales sobre las que tiene sustento y reposa la actuación militar

Nota. El debido proceso ha de insertar el Derecho Operacional para mayor comprensión del teatro de operaciones

3º) Lo probatorio

Al abordar el derecho a la prueba en el proceso judicial, aspectos como la carga de la prueba, la inversión de la carga de la prueba, la prueba de oficio, la carga dinámica de la prueba y la medida cautelar probatoria, las deficiencias en este engranaje probatorio conceden omisiones cuya desventaja ante las partes no se ajustan a la lógica del acervo probatorio fidedigno en tanto no se ahonda en la valoración de la doctrina militar.

Sopesar lo probatorio en un escenario hipotético que parte solo de criterios infundados, equivale a desdibujar los hechos

en su dimensión real, vulnerando así el derecho a la prueba.

Figura 4. Asignación de responsabilidades a uniformados.



Fuente: Elaboración propia con base en JEP (2020)

Nota. En 2011, del total de casos reportados, el 39% las experimenta el quintil 1, mientras el quintil 5, observa el 10% fuera del teatro de operaciones

Subsanar estos vacíos requiere que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), acoja la propuesta del cuerpo castrense de observar apertura a un macrocaso sobre crímenes de las Farc contra miembros de la Fuerza Pública si de ser equilibrados con la verdad integral se trata. Así, la Fuerza Pública también víctima del conflicto interno, además de la entrega de 80 informes demanda de la esta jurisdicción una valoración de las violaciones a los Derechos Humanos a los que igualmente fueron sometidos sus miembros por parte de las Farc y en que 403 mil uniformados resultaron afectados. (Fundación Funvides, 2022)

Tal como el desplazamiento para la población civil es una realidad derivada de la atrocidad y barbarie del conflicto y ameriza el juzgamiento de este tribunal especial de paz, asimismo, en lo que compete a los uniformados, en lo probatorio se exige sopesar la acción violenta de los grupos armados ilegales por provocar tal fenómeno en las familias de 60.000 policías afectados además de 1.766 desapariciones forzadas. (Ministerio de Defensa, 2022).

5 Conclusiones

Tras la revisión documental del marco legal y normativo de la justicia transicional sobre el que se soporta la JEP, así como lo promulgado en cuanto a los miembros de la Fuerza Pública como víctimas directas del conflicto armado, se concluye cómo en la JEP no se procede en rigor con la observancia al debido proceso en cuanto a garantías sustanciales, procesales y probatorias se refiere, incurriendo en serias falencias que desdibujan la igualdad de garantías a que tiene derecho el militar como víctima directa del conflicto armado.

Por cuenta de la confrontación armada, la validación del debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública dentro de la JEP, adolece de falencias que conllevan a encarar un reto respecto a las disposiciones legales en lo sustancial, lo procesal y lo probatorio en tanto en aras del esclarecimiento y juzgamiento de la actuación militar, estos servidores públicos en calidad de comparecientes encuentran velados sus aportes a la verdad so prejuicio anticipado de compromiso y culpa. El causal de notificación de cargos no sopesa integralmente si la condena por acciones u omisiones según el derecho aplicable, es irrestricto y su no admisión de recurso obedece a condena errada por vacío judicial.

Por tanto, el debido proceso observado desde la JEP hacia los comparecientes de la Fuerza Pública, es susceptible de correctivos en lo que compete a procedimientos equitativos y en donde la transparencia en el juicio justo, lejos de sesgos o juicios a priori, observe probidad de los derechos sustantivos sin lugar a una justicia politizada sino imparcial y veraz.

Contribuiría a subsanar esta falencia, el Derecho Operacional pues tanto en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas como en la Sala de Revisión y Acusaciones de la JEP, la racionalidad está llamada a construir verdad a partir de un actuar procedimental íntegro, impoluto y por demás no contradictorio.

Referencias

- ALVARADO-VELLOSO, ADOLFO. (2004). Debido proceso versus pruebas de oficio. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1ª ed.
- BOBBIO, NORBERTO., (1992). El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: editorial Gedisa.
- BOUTHOL, GASTON. (1975). La guerra. Barcelona: Oikos-Tau.
- Caracol Radio (9 de abril de 2022). 403.352 uniformados han sido víctimas en medio del conflicto armado. https://caracol.com.co/radio/2022/04/09/judicial/1649524209_016079.html
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2022). Reflexiones y experiencias en torno a la pedagogía del conflicto armado. Bogotá
- Comando General Fuerzas Militares (b). (2009). Manual FF.MM3-41 Público. Manual de Derecho Operacional. Bogotá: Primera Edición.
- Comando General Fuerzas Militares (2008). Directrices del Comando General de las FF.MM. sobre Derechos Humanos y DIH en Colombia
- Congreso de la República (10 de junio de 2011). Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n.º 48.096.
- Congreso de la República. *Decreto Ley 706 de 2017* "Por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación"
- Congreso de la República. Ley 1407 de 2010 (agosto 17): Por la cual se expide el Código Penal Militar. *Colección Textos de Jurisprudencia*.
- Congreso de la República. Ley de Víctimas (1448 de 2011): Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

- Corte I.D.H. Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83.
- CRUZ CASTRO, FERNANDO. (1989). La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho. San José (Costa Rica): ILANUD, pp. 61, 62.
- DELGADO-MORÁN JUAN. JOSÉ., JIMÉNEZ-REINA JONATHAN., CREMADES-GUISADO ÁLVARO. (2020) Analytical Approach to Emergent Hybrid Threats Phenomena. Case Study: EU and Colombia. In: Ramírez J., Biziewski J. (eds) A Shift in the Security Paradigm. Advanced Sciences and Technologies for Security Applications. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-43253-9_5
- ESTEBAN RINCÓN, LENIN. MANUEL. (2019). Justicia Penal Militar- Justicia Especial- Conflicto De Jurisdicción. Trabajo para optar al título de Especialista en Derecho Procesal. Universidad Libre Seccional Cúcuta. Disponible en <https://repository.unilibre.edu.co>.
- GÓMEZ LLINÁS, DANIEL. ALEJANDRO. (2021). Instituto de Estudios Geoestratégicos y Asuntos Políticos, IGEPAP, Universidad Militar Nueva Granada <https://repository.unimilitar.edu.co>
- GONZÁLEZ BUSTELO, MABEL. (2006). “Proliferación de armas ligeras y crisis del Estado: retos para la reconstrucción posbélica”. España: Fride.
- GÓMEZ, JUAN. (2006) Las reglas de enfrentamiento y la posibilidad de su elaboración, difusión y aplicación en Colombia. Fuerza Armada Nacional. Recuperado el 18 de septiembre de 2014, <https://www.fac.mil.co/?idcategoria=7205>
- GÓMEZ DE TRACEVEDO, VIDAL. (1993) “¿Tiene motivos el militar para sentirse tratado como un ciudadano de segunda?” en Seminario de Derecho de quinto curso: Derechos fundamentales y Fuerzas Armadas” AGM, Zaragoza.
- HARTMANN, NICOLAI. (1964). *Ontología V. Filosofía de la naturaleza. Teoría especial de las categorías. Las categorías organológicas. El pensar teleológico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Jurisdicción Especial para los agentes del Estado (Diciembre 19, 2015). Recuperado el 18 de junio de 2016, <http://www.indepaz.org.co>
- MEJÍA AZUERO, JEAN. CARLO. (2016a). El soldado ciudadano como víctima en el conflicto armado colombiano: descripción desde el Derecho Internacional Humanitario. *Ambiente Jurídico*, (20), 165-200.
- MEJÍA AZUERO, JEAN. CARLO. (2016b). El Derecho Operacional como solución para el entendimiento del conflicto armado. *Revista Fuerzas Armadas*, No. 278. Bogotá: Escuela Superior de Guerra. <https://doi.org/10.25062/0120-0631.628>
- MEJÍA AZUERO, JEAN. CARLO. & MARÍN RAMÍREZ, ADRIANA. LUCÍA. (2015). Miembros de las Fuerzas Armadas como víctimas. Enfoques desde la justicia transicional en Colombia. Ibáñez.
- PARRA-QUIJANO, JAIRO. (2007). Manual de derecho probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado. Bogotá: 16ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- PAYÁ-SANTOS CLAUDIO. AUGUSTO., DELGADO-MORÁN JUAN. JOSÉ., MAZURIER PABLO. ANDRÉS. (2018). Individual Terrorism as a Response to the Distorted Phenomenon of Cultural Identity. In: Ramírez J., Abad-Quintanal G. (eds) Cross-Cultural Dialogue as a Conflict Management Strategy. Advanced Sciences and Technologies for Security Applications. Springer, Cham ISSN:1613-5113. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77231-8_4
- PEDRAZA RUBIO, NELSON. ANTONIO. (2015). Componentes ontológicos en la caracterización de la Fuerza Pública como víctima en el conflicto armado

- colombiano. *Estudios en Seguridad y Defensa*, 10(19), 51-60. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.66>
- PINZÓN CHACÓN, ARIEL. (2008). Crítica a la teoría de la justicia desde la ontología. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 1(1), 109-128. <https://doi.org/10.25058/1794600X.5>
- PRIETO MONROY, CARLOS. ADOLFO.. (2003). El proceso y el debido proceso. *Vniversitas*, 811-823. Recuperado el 01 de julio de 2020, de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510622.pdf>
- RADBRUCH, GUSTAV. (1959). *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- RUSSI. (2013). "Del derecho a la defensa del militar". *Memorias Primer Congreso de Victimología*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.
- SANABRIA-MOYANO, JESÚS. EDUARDO., & ORJUELA, NATALIA. BELTRAN. (2020). Las garantías del militar como víctima en la Jurisdicción Especial para la Paz. *Revista Científica General José María Córdova*, 18(29). <https://doi.org/10.21830/19006586.540>
- SCHNABEL A ALBRECHT., EHRHART, HANS-GEORG. (2005). "La sociedad, el postconflicto y los militares: cambios y problemas de la reforma del sector seguridad". En: Schnabel, Albrecht y Ehrhart, Hans (Editores). *Security Sector Reform and Post-Conflict Peacebuilding*. United Nations University Press p. 28.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS. MARÍA. (1993). La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre víctima-dogmática. En: *Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 15
- STEVENSON, JONATHAN. (2005). *Cero verdades a medias, el reto de rehacer la paz y sostenerla*. Londres: Instituto de Estudios Estratégicos.
- SUN TZU. (2005). *El arte de la guerra; los trece capítulos*. Versión española de la traducción francesa de Amiot de Esteve Serra (colección Los Pequeños Libros de la Sabiduría). Barcelona: José J. de Olañeta
- TAPIAS DÍAZ, FERNANDO, Y DELGADO-MORÁN JUAN. JOSÉ. (2017) "Lucha de realidad en Colombia" en *Análisis de la seguridad internacional desde perspectivas académicas*. Thomson Reuters Aranzadi.