

La orden de operaciones en la actividad militar. ¿Un acto administrativo sin control judicial de legalidad?¹

Juan Fernando Gil Osorio²

Brajhan Santiago Obando Obando³

Resumen: Una de las principales expresiones de manifestación de voluntad unilateral de la administración pública tendiente a generar, crear, modificar o extinguir efectos jurídicos en la actividad militar es la orden de operaciones, entendida como el resultado de un proceso de planificación, organización y administración de recursos y estrategias de las Fuerzas Militares⁴. Sin embargo, sus especificidades en el ámbito del derecho operacional, hacen necesario establecer si existen límites al control de legalidad de los actos administrativos en un Estado de Derecho cuando se está frente a una orden de operaciones y determinar si existen alternativas de control bajo parámetros que no violen la confidencialidad y reserva, imperante en este tipo de actuaciones. Este artículo se propone ofrecer claridad jurídica desde la teoría general del derecho administrativo y el derecho operacional, sobre las razones que justifican una excepción al control judicial de legalidad de los actos administrativos, en el caso de las órdenes de operaciones, con base en una metodología de investigación cualitativa, descriptiva, con sustento en el análisis doctrinal y jurisprudencial de tribunales administrativos y militares en Colombia.

Palabras Clave: Orden de operaciones; acto administrativo; derecho operacional; Fuerzas Militares; control judicial.

1 Artículo de reflexión resultado de investigación, vinculado al proyecto de investigación “Observatorio de Derecho Operacional”, del grupo de investigación “Ciencias Militares”, reconocido y categorizado en (B) por COLCIENCIAS, registrado con el código COL0082556, vinculado a la Facultad de Derecho, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdoba.

2 Decano de la Facultad de derecho de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdoba”, abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia y la Carlos III de Madrid, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Docencia Universitaria, Especialista en Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados “DICA” y Director del Observatorio de Derecho Operacional de la misma escuela. Contacto: juan.gil@esmic.edu.co, Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6605-6846>. Colombia.

3 Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Maestrando en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Médico de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Docencia Universitaria, Profesor de derecho privado y sociología del derecho de la Escuela Militar de Cadetes José María Córdoba. Contacto: santiago.academic23@hotmail.com, Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2719-6555>.

4 En adelante FFMM

The order of operations in military activity. An administrative act without judicial control of legality?

Abstract: One of the main expressions of unilateral manifestation of will of the public administration tending to generate, create, modify or extinguish legal effects on military activity, is the operations order, understood as the result of a process of planning, organization and administration of resources and strategies of the Military Forces, however their specificities in the field of operational law, make it necessary to establish whether there are limits to the control of legality of administrative acts in a State of Law when facing an operations order and determine whether there are control alternatives, under parameters that do not violate confidentiality and reserve, prevailing in this type of action. This article aims to offer legal clarity from the general theory of administrative law and operational law, on the reasons that justify an exception to the judicial control of the legality of administrative acts, in the case of operations orders, based on a methodology qualitative, descriptive research, based on doctrinal and jurisprudential analysis of administrative and military courts in Colombia.

Key words: Order of operations; Administrative act; Operational Law; Military forces; judicial control.

La Ley verdadera es la recta razón de conformidad con la naturaleza y tiene una aplicación universal, inmutable y perenne, mediante sus mandamientos nos insta a obrar debidamente y, mediante sus prohibiciones, nos evita obrar mal.

Marco Tulio Cicerón

Introducción

El derecho administrativo contemporáneo debe preocuparse por extenderse epistemológicamente y abordar el estudio de aspectos poco analizados en la doctrina jurídica colombiana, como lo es el tema de las órdenes de operaciones de las FFMM. Tal vez, desde el lente jurídico tradicional, no es prioritario el entendimiento de este tópico, pero, para quienes tienen un contacto directo con el quehacer militar, es un asunto de trascendental importancia. Primero porque en un Estado constitucional y democrático de derecho, la legitimidad de las actuaciones de las FFMM depende de su sujeción a la legalidad (derecho internacional y derecho interno) y, segundo, porque estableciendo la naturaleza jurídica de las órdenes de operaciones en el contexto de los actos administrativos se podrá determinar si los ciudadanos tienen derecho a ejercer el control jurisdiccional de los mismos —como sucede con todas las declaraciones emanadas de la administración tendientes a crear, modificar o extinguir efectos jurídicos— o si estamos frente a una figura atípica que requiere ser pensada con lógicas distintas, porque lo que está comprometido en sus contenidos, es la defensa y la seguridad nacional.

La mayor conquista democrática a nivel mundial, es la construcción de un Estado de Derecho, que en términos posmodernos es definido como la práctica de la libertad de decisión, en todos los niveles, encuadrada por la existencia de normas jurídicas cuyo respeto está garantizado por la intervención de un juez. Él presupone que los representantes no disponen más de una autoridad soberana sino de su poder constitutivamente limitado y esto implica que deben respetar las normas que ellos mismos prescribieron. En todos los casos, le corresponde al juez asegurar este reino del derecho. (Chevallier, 2014).

Es así como se vislumbra el control jurisdiccional de los actos de poder (actos administrativos) como el aseguramiento vital del Estado de Derecho, en tanto que la legalidad en sentido amplio es el parámetro y el margen de actuación de las autoridades públicas y en situaciones en las que se emitan decisiones con fragilidad jurídica, el ciudadano puede acudir a los mecanismos procesales para exigir a las autoridades jurisdiccionales que saquen del mundo jurídico, todo aquello que no se acompasa con la constitucionalidad y la legalidad.

De manera que, para el desarrollo de los presupuestos planteados en el presente escrito, abordaremos cuatro acápites: el primero está estrechamente ligado al recuento breve de la historia del control jurisdiccional del acto administrativo en Colombia. En segundo lugar, ahondaremos en la concepción formal de acto administrativo bajo los criterios jurídicos y jurisprudenciales que nos arrojan los distintos fallos de las Altas cortes. En tercer lugar hablaremos sobre la orden de operaciones militares y lo relativo a la reserva legal de información para, finalmente, reunir los preceptos anteriores y determinar si la orden de operaciones es un acto administrativo que tiene un criterio especial en su contenido.

Como se mencionó, la metodología por implementar tendrá razonamientos que parten desde lo conceptual y epistemológico para desencadenar en un análisis propiamente positivista o de criterios en los que la norma y la doctrina jurisprudencial juegan un papel determinante en la hermenéutica de los actos administrativos de operaciones militares y el control de legalidad, por cuanto se ajusta a los intereses de una metodología cualitativa y descriptiva.

Ahora bien, es necesario revisar los antecedentes históricos del control jurisdiccional de los actos administrativos en Colombia, así mismo, los pormenores que llevaron a la consolidación en Colombia de la jurisdicción contencioso administrativa, para poder tener una comprensión contextual del trinomio: orden de operaciones- acto administrativo-control de legalidad, en los presupuestos de un Estado de Derecho y de un Estado Constitucional de Derecho, y poder responder al siguiente interrogante: ¿cómo determinar si la orden operacional es un acto administrativo sin control judicial?

1. Breve historia del control jurisdiccional del Acto Administrativo en Colombia

La justiciabilidad de los actos de la administración pública está influenciada por los orígenes propios del Estado de Derecho como forma de organización jurídico política de la sociedad y por los marcados antecedentes de Francia, país que sentó las bases del derecho administrativo iberoamericano. En esa sintonía, Colombia tiende a adoptar instituciones propias del modelo de francés, entre ellas el control de la legalidad de los actos administrativos (Molina Betancur, 1999).

La revolución francesa con su pretensión de democratización de la acción del gobierno, la vida social, económica y jurídica, trajo como resultado la consolidación de un órgano facultado para hacer el juicio de legalidad, de lo que en adelante sería acto administrativo, marcadamente diferenciado de cualquier decisión monárquica ya que esta última solo tenía límites en la voluntad de una deidad y no en garantías preestablecidas como los derechos humanos (Cabezas & Mayorga, 2016).

García de Enterría, citado por Gasnell, destaca que la creación napoleónica del contencioso administrativo, producto de la adopción del concepto de acto administrativo, supone una transmutación del Poder Ejecutivo en la Administración, como sujeto real y verdadero, autosuficiente, con capacidad para desenvolverse a través de mecanismos técnicos que les aseguran una exención respecto a los otros poderes. (Gasnell Acuña, 2015).

Es así como surge un concepto de administración pública sujeta al derecho público, en tanto que las decisiones que adoptara debían tener una fundamentación racional que no era otra que la ley, so pena de verse cuestionada ante un Consejo de Estado con una especialidad vanguardista para la época. Su razón era ser la expresión de limitación del poder que pudiera tornarse despótico y que pudiera volverse en contra de la ciudadanía.

Ahora bien, hay que precisar que ese Consejo de Estado tal como fue concebido en Francia, tenía una diferencia con modelos como el adoptado en Colombia, en tanto que esta institución decimonónica de posrevolución era un órgano consultivo de la adminis-

tración pública y no parte de la rama jurisdiccional, lo cual evidenciaba el nacimiento de una justicia administrativa que surgiera como resultado de la introspección de la administración. Diferenciándose sus funciones asesoras de las contenciosas: asesora frente a la consulta del gobierno, contenciosa cuando los ciudadanos le reclamaran la justicia de la actividad administrativa.

En esa línea argumentativa, el profesor español García Enterriá afirma que esa institucionalización de la justicia administrativa corrió pareja de la creación de mecanismos de derecho procesal administrativo como “el recurso de plena jurisdicción”, cuyo objetivo era impugnar dichos actos producto de disputas de carácter patrimonial donde una de las partes era la administración, en atención a la completa sustitución del juez en los asuntos administrativos. (Gasnell Acuña, 2015, p. 29).

Es apenas lógico que, al crearse una jurisdicción especializada en conflictos entre la administración pública y los ciudadanos, se diseñara un mecanismo concomitante que materializara en términos procedimentales el acceso a la justicia administrativa en un escenario de auto control por parte de la administración.

Así lo destaca el profesor Montaña Plata, cuando sostiene que la constituyente francés de 1790 se ocupa de analizar si el control de los actos de la administración los debía hacer ella misma o debían ser sometidos al control de los tribunales judiciales. (Montaña Plata, 2010).

Es pertinente mencionar que uno de los principios inspiradores o consecuenciales de la revolución francesa es el de la separación de poderes —espinas dorsales del derecho constitucional otrora y en la actualidad—. Puede sostenerse entonces que el control de legalidad frente a los actos administrativos en sede es precisamente una expresión del aludido principio y el sistema de pesos y contra pesos propuesto por Montesquieu (Fuentes, 2011).

Sin embargo, es de destacar que la visión de Consejo de Estado en el país de la revolución fue la de “autotutela”, que no aceptaba el cuestionamiento judicial de la voluntad de la administración pública. Paradójicamente, en Colombia, la figura del Consejo de Estado es una mejor modulación del principio de separación de poderes orgá-

nicamente hablando, porque delimita la actuación administrativa del quehacer jurisdiccional.

Si Colombia es una modulación de la concepción de justicia administrativa francesa, conviene entonces hacer algunas referencias históricas que permitan tener un punto de partida de la relación entre jurisdicción y acto administrativo, ese análisis de la cultura jurídica colombiana respecto de los actos administrativos, es de vital importancia para poder establecer qué debe entenderse por acto administrativo y si las operaciones militares encajan dentro de esa figura tradicionalmente definida por la doctrina o si hay que revisar el tema desde otra órbita epistémica, como la del derecho operacional.

La historia institucional colombiana frente al control judicial de la administración pública, ya en su acción, ya en su omisión, tiene relación directa con las dinámicas sociales y las tensiones políticas de los momentos; así lo argumenta el profesor Mario Cajas cuando sostiene que nuestra dinámica jurídica ha estado entre “la Regeneración al régimen militar, 1886-1958 y del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente.” (Cajas Sarria, 2015).

Por otro lado, el historiador Marco Palacios en lo relacionado con la administración de justicia administrativa sostiene que “[e]l Consejo de Estado no es un capricho sino una necesidad historia latente en proceso de regeneración de la vida política y jurídica del país en un momento de deslegitimación institucional por el vaivén de las violencias”. (Palacios, 1995, p. 67).

El Consejo de Estado como institución socio jurídico nace en Colombia como una expresión republicana y libertaria, aparece y desaparece producto de las dinámicas de los hechos y acontecimientos, en ese mismo sentido lo define Armando Martínez Garnica cuando afirma que:

La creación, evolución, desaparición y posterior resurgimiento de la corporación de Consejo de Estado, como institución que legislara sobre los destinos de las provincias recién liberadas de la monarquía española en lo que hoy son Colombia y Venezuela. Son dos los momentos coyunturales que configuran este acontecimiento institucional (2017, p. 121).

La primera experiencia se da en 1817, en la provincia recién liberada de Angostura. Promovido por Bolívar, este Consejo provisio-

nal de Estado se da dentro de las limitaciones institucionales de un gobierno aún insurgente, en la emergencia de un estado de guerra y cuartel. (Martínez Garnica, 2017).

La tradición jurídica colombiana en cuanto justicia administrativa, ha estado fluctuante institucionalmente entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pues en estas dos corporaciones se han adelantado los juicios tanto de responsabilidad estatal, como de legalidad de los actos administrativos. El Consejo de Estado, tal y como hoy se conoce, es un híbrido entre lo consultivo y lo jurisdiccional porque cumple ambas funciones perteneciendo al poder judicial. Este es su sello distintivo en comparación al modelo de Francia, caracterizado por el autocontrol de la administración.

La Constitución de 1886 significó el resurgir de esta institución jurídica, la desaparición del Consejo de Estado en 1843 hizo que se perdiera ese carácter especializado del derecho administrativo, en cierta medida porque acabó con el sitio de privilegio en el que estaba el control de legalidad y de responsabilidad de los actos de la administración; al fin de cuentas, la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, podría hacerlo. Aunque el problema de fondo no son los órganos, sino los criterios.

La carta política de 1886 le atribuyó unas funciones que afirmarían que este, el tribunal de justicia administrativa, tenía funciones especializadas que justificarían su segunda creación:

Artículo 141. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1^a. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que determinen la constitución y las leyes. Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno, excepto cuando vote la conmutación de la pena de muerte. 2^a. Preparar los proyectos de ley y códigos que deban presentarse a las cámaras y proponer las reformas que juzgue convenientes en todos los ramos de la legislación. 3^a. Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia o ya en grado de apelación. En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso-administrativo con un fiscal, que serán creados por la ley. 4^a. Llevar un registro formal de sus dictámenes y resoluciones y pasar copia exacta de él, por conducto del Gobierno, al Congreso en los primeros quince días de sesiones ordinarias, exceptuando lo relativo a negocios reservados mientras haya necesidad de tal reserva. 5^a.

Darse su propio reglamento, con la obligación de tener en cada mes cuantas sesiones sean necesarias para el despacho de los asuntos que son de su incumbencia. (Constitución Política de Colombia, 1886).

Obsérvese que el marco constitucional de las funciones del Consejo de Estado en la Carta política de 1886, son poco específicas en cuanto a la función de control de legalidad de los actos administrativos, no así para las funciones consultivas o de otra índole. Pareciera que el constituyente de esa época estaba en el mismo dilema francés respecto del autocontrol de la administración pública o su judicialización (Palacios, 1995).

Para finalizar con la reseña histórica del Consejo de Estado, es trascendental reflexionar sobre su rol en el orden constitucional incorporado por la Constitución Política de 1991, en tanto que en este modelo organizacional, jurídico, social y político el control de los actos de la administración tiene un nuevo fundamento de validez: los derechos fundamentales y su dimensión en el derecho internacional público a partir de la relación multinivel con los derechos humanos.

Las instituciones jurídicas no pueden entenderse aisladas de los cambios sociales y las dinámicas de la población, de otro modo, la consecuencia sería su ineficacia. Así lo sostiene el profesor Carlos López cuando afirma: “los derechos fundamentales deben ser considerados como entes mutables, los derechos en Colombia se fundan en una teoría dinámica normativa si es que pretenden tener una conexión con la realidad”, (López Cadena, 2015) a lo anterior, podría agregarse que no solo los derechos son mutables sino las corporaciones orgánicamente constituidas, tal es así que el rol del Consejo de Estado no es el mismo en el marco de la Constitución Política de 1991 pues ya no será solo un mero garante de legalidad sino de convencionalidad y constitucionalidad de los actos administrativos (véase los Derechos fundamentales en el derecho interno, derecho internacional de los derechos humanos vía bloque de constitucionalidad).

La Constitución Política de 1991 convierte al Consejo de Estado en un garante de la constitucionalidad de los actos de la administración pública, cuando los ciudadanos acceden a la jurisdicción contencioso administrativa para que se hagan juicios de contraste entre un acto administrativo y la legalidad, este funge como intérprete de

la voluntad de las autoridades públicas invalidándola cuando atente contra el marco jurídico colombiano.

Sectores de la doctrina administrativista resaltan ese rol del Consejo de Estado como guardián de la Constitución cuando se trata de actos administrativos: el Consejo de Estado es claro al afirmar que realiza el juicio de constitucionalidad mediante la comparación de las normas contenidas en la ley y los actos administrativos que la desarrollan y que, una vez realizada dicha evaluación, procede a analizar la constitucionalidad del acto administrativo sometido a su consideración. Es por esto que en la mayoría de sus sentencias declara la nulidad por inconstitucionalidad de la disposición acusada por motivos de extralimitación de funciones por parte del ejecutivo que ha querido desplazar al legislador, con lo cual posibilita la declaración de nulidad por inconstitucionalidad de apartes de una disposición, de frases o de palabras concretas y, en consecuencia, estar eventualmente frente a decisiones interpretativas (Escobar Martínez, 2006).

En la estructura orgánica del texto constitucional colombiano, se le han asignado funciones al Consejo de Estado que, sin ambages, lo reflejan como un juzgador de las decisiones emanadas de las entidades y particulares con funciones administrativas:

Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley. 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley. 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley

Nótese que el numeral 2 especifica la función del máximo tribunal de lo contencioso administrativo en materia de control de constitucionalidad de los actos del gobierno cuando la competencia

no sea de la Corte Constitucional, lo que hace que su importancia histórica en la cultura jurídica del país mute hacia la de garante de la integridad del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como la jurisdicción contencioso administrativa no solo integra al Consejo de Estado, sino que dentro de su andamiaje están los tribunales y juzgados administrativos, se hace necesario acotar su competencia en el marco de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)⁵, frente a los medios de control contra los actos administrativos, aspecto que resulta importante para esta investigación, porque en acápite siguientes, se podrá determinar si ese régimen es aplicable o no a las órdenes de operaciones de las FFMM.

El artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 establece la competencia de los tribunales administrativos en materia de la nulidad de los actos administrativos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.

Así mismo, el artículo 155 de esta misma normatividad, menciona que los jueces administrativos también tienen competencia para estudiar la legalidad y declarar la nulidad de los actos de la administración pública: Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas.

Es evidente que la jurisdicción contencioso administrativa de hoy, es el reflejo de una construcción histórica que ha estado sujeta a cambios por las fluctuaciones y las dinámicas de la realidad política, jurídica e institucional del país, incidida a su vez por hitos históricos en Europa, como la revolución francesa, que su existencia asegura no solo la viabilidad del Estado de Derecho, sino del Estado Constitucional de Derecho.

5 Modificado por la Ley 2080 de 2021

Ahora, es menester y plausible hacer una referencia desde la doctrina ius administrativista, a la definición teórica de acto administrativo, concepto núcleo de esta disertación, en la medida en que a partir de su análisis podrá determinarse si las órdenes de operaciones de las FFMM se encuadran dentro de esta modalidad de la acción jurídica de la administración o si definitivamente debe apelarse a categorías propias del derecho operacional para su delimitación conceptual y epistémica.

2. El Acto Administrativo

En el derecho privado, la voluntad de los particulares tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos, se le llama acto o negocio jurídico, expresión de la autonomía privada en las órbita negocial, en derecho administrativo se aduce que la administración pública despliega su accionar de diferentes maneras: acto administrativo, hecho administrativo, operación administrativa, contrato estatal y vías de hecho; en lo que respecta al presente análisis, es necesario centrarse en la teoría del acto administrativo.

El tratadista español Luciano Parejo Alfonso, propone un concepto de acto administrativo vanguardista, porque refleja su naturaleza sustancial y procesal, lo relaciona directamente con la posibilidad de su impugnación ante la administración de justicia: cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa susceptible de revisión judicial. (Parejo Alfonso, 2003).

Es importante destacar que, en las visiones modernas del acto administrativo fundamentadas en lógicas de derecho público, este siempre está caracterizado por el elemento voluntad de la administración y de su respectivo eventual control de legalidad. (Guatía, 2013).

Bocanegra Sierra, citado por Gasnell, defiende la necesidad de la adopción de un concepto restringido de acto administrativo reconociendo que solamente puede considerarse como tales los que tienen carácter regulador, es decir, los destinados a la creación, modificación o extinción de una determinada relación jurídica, o a la declaración, o a la negación de la declaración de un derecho, o de otra

circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona, cosa o situación. (Bocanegra Sierra, 2012).

García de Enterría, define el acto administrativo como: “Acto administrativo es toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”. (García de Enterría, 2002).

Para Enterría, el acto administrativo es un acto de gobierno y de ejecución de las decisiones de quienes ejercen funciones administrativas, asunto que difiere de la visión colombiana, porque doctrinal y jurídicamente se entiende que una cosa es la voluntad de la administración tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos y otra su materialización, Alejandro Gaviria, Ex Ministro de Salud, sin proponérselo, lo explica cuando afirma: “entre él dígame y cúmplase, pueden pasar años”(Gaviria, 2016).

Por su parte, el profesor Español Velasco Caballero, en su tesis doctoral, argumenta las razones por las cuales el acto administrativo no podrá enmarcarse en la categoría del negocio jurídico de derecho privado: Sin autonomía de la voluntad, no hay negocio jurídico, en el acto administrativo no se puede hablar de autonomía de la voluntad ni de “libertad de configuración” (Gestaltungsfreiheit). Pues la configuración de las relaciones jurídicas no deriva del acto administrativo, sino -básicamente- de la ley (Velasco Caballero, 1994).

Vidal Parody reivindica el elemento común en todas las definiciones sobre acto administrativo: el acto administrativo es una declaración, se entiende como la manifestación de voluntades, que obtienen crear derechos o atribuir obligaciones para los particulares y/o administrados, el acto administrativo se define como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria. (Vidal Parody, 2017).

La doctrina administrativista colombiana también mantiene la idea de acto administrativo relacionada con la voluntad de la administración pública, el profesor Libardo Rodríguez, muestra una noción de acto administrativo coherente o en la misma línea argumentativa

de la doctrina extranjera: El acto administrativo, como acto jurídico estatal, consiste en una expresión de voluntad, generalmente unilateral, en ejercicio de función administrativa, bien por parte de las autoridades estatales o por particulares expresamente investidos de esa específica función, cuyo contenido radica en una decisión que crea, modifica o extingue una situación jurídica, ya sea de carácter general o particular, según su destinatario sea una persona o conjunto de personas determinadas o, por el contrario, que esté dirigido o tenga por titular a la comunidad en general en forma impersonal, cuyos atributos básicos, en ambas hipótesis, son la obligatoriedad, la presunción de legalidad y la ejecutoriedad. (Rodríguez, 1994).

Es interesante destacar la noción de acto administrativo propuesta en Colombia, habida cuenta de que para entender el acto administrativo de una forma omnicomprendiva y no acotada en su alcance, debe precisarse que también puede tener origen en quienes ejercen funciones administrativas, a partir del diseño constitucional construido por el constituyente de 1991, la función administrativa radica en la rama ejecutiva del poder público, pero excepcionalmente, por otras ramas de la estructura estatal y los particulares.

Romeo Pérez, plantea el acto administrativo como un instrumento para lograr los fines esenciales del Estado, en tanto da importancia a la causa del mismo: que el nacimiento del Acto Administrativo en su origen, depende de aquello que lo motiva y de la valoración fáctica, jurídica y normativa que la administración haga en los diversos órdenes jerárquicos y de competencia, para efectos de concebir un Acto Administrativo específico, en una materia determinada. (Pérez Ortiz, 2013).

Para el doctrinante mexicano Calafell, la definición de acto administrativo, es una decisión administrativa dando relevancia a su contenido específico, a los efectos jurídicos que pretende desplegar la administración pública frente a los ciudadanos:

la forma es la manifestación material en donde se plasma objetivamente el acto administrativo y en ella quedan comprendidos todos los requisitos de carácter externo que la ley señala como necesarios para la expresión de la voluntad que genera la decisión administrativa...La forma que es parte de la formalidad se refiere estrictamente al modo como debe acreditarse la voluntad administrativa que origina el acto[...] La forma en el derecho administra-

tivo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria tanto para la prueba como para la existencia del acto. (1995, p. 135).

En la doctrina argentina, esta expresión de la voluntad de la es entendida como una forma de interacción entre las autoridades públicas y los particulares, porque la exteriorización de las decisiones tiene un efecto en la población desde lo social, lo económico, lo político y sin duda, lo jurídico:

Para que la voluntad humana sea captada por el derecho y se traduzca en un acto jurídico es preciso que se opere la exteriorización de la misma al mundo externo. La exteriorización de la voluntad al plano jurídico recibe el nombre de forma, la cual constituye el elemento aglutinante de dicha voluntad en el acto administrativo, en miras a la consecución de un objeto determinado a través de una finalidad de interés público [...] cualquiera sea esta (escrita o verbal), ella constituye un requisito esencial de validez del Acto Administrativo. (Cassagne, 2009).

El jurista colombiano Luis Enrique Berrocal, habla del acto administrativo como un acto jurídico de la administración producto del intelecto, esta visión es absolutamente importante en términos filosóficos, porque lo define como una expresión de la racionalidad del poder público: “El Acto Administrativo es siempre una declaración intelectual, cualquiera sea su formalización externa y, consecuentemente, tanto las que sean expresas como presuntas...” (2009, p. 102).

Una vez precisada la noción de acto administrativo en el derecho vernáculo y foráneo, corresponde analizar sus elementos a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina, amén de que producto de la interpretación de este alto tribunal se puede tener mayor claridad sobre los alcances de cada componente y así establecer si es plausible asociar a las órdenes operacionales de las FFMM como un acto administrativo.

Primero sería importante destacar que, en la Sentencia del 18 de julio de 2018, el Consejo de Estado colombiano definió el acto administrativo, vale la pena recalcar este referente jurisprudencial, porque ahí se presenta una noción completa que trasciende a consolidar estado del arte en la doctrina ius administrativista colombiana:

Naturaleza del presupuesto de existencia del acto administrativo. Se explicó que el presupuesto de existencia del acto administrativo se relaciona con la manifestación de la voluntad de la administración

materializada en una decisión, lo que quiere significar que el nacimiento a la vida jurídica del acto se origina una vez es expedido por la respectiva autoridad. Así mismo, el acto administrativo es una manifestación unilateral de voluntad emanada de una autoridad pública o de un particular en el ejercicio de las funciones administrativas otorgadas por la constitución política y las leyes, mediante el cual se producen efectos jurídicos. Es decir, es el mecanismo por el cual la administración crea, extingue o modifica situaciones jurídicas particulares. De igual forma, la voluntad se presenta como un presupuesto esencial de la existencia del acto administrativo, en tanto que el acto administrativo es voluntad, reflexión, conocimiento o inteligencia que se declara en el ejercicio de la función administrativa y que produce efectos jurídicos de carácter general o individual. (Consejo de Estado, 2018).

En el mismo sentido el profesor Carlos Ariel Sánchez, (2010) define de forma precisa y pedagógica los elementos del acto administrativo:

- Elemento Subjetivo: Responde a Quién expide el acto.
- Elemento Objetivo: Responde al Qué del acto administrativo.
- Elemento Formal: Responde al Cómo se expide el acto administrativo.
- Elemento finalista: Responde al Para qué se expide el acto administrativo.
- Elemento causal: Responde al Por qué se expide el acto administrativo. (p,67).

Los elementos del acto administrativo justifican su existencia en el mundo jurídico, en una noción politológica, podría concebirse como un acto de poder emanado de los poderes constituidos y en términos sociológicos es una forma de determinar los destinos de la ciudadanía con los límites propios del ejercicio de la función administrativa. Es importante resaltar dentro de sus elementos el finalista porque los fines del acto administrativo deben estar coherentes con las pretensiones constitucionales de la efectividad de los derechos humanos, los pilares axiales de un estado social de derecho, la democracia y el pluralismo.

La defensa y seguridad nacional, son finalidades esenciales de un Estado constitucional, en el aseguramiento de un orden democrático es indispensable el rol de las FFMM, en su actuar pueden expedir actos administrativos en aras de la efectividad de sus funciones operacionales, así por ejemplo las órdenes de operaciones, no

son meros actos de trámite o de directriz militar, sino que tienen naturaleza jurídica, ya que son expresión de voluntad y que generan efectos jurídicos en el ámbito operacional. Dentro de sus contenidos, hay información de carácter sensible relacionada con la inteligencia militar o asuntos que de ser conocidos podrían poner en riesgo la seguridad, razón que justifica que los ciudadanos vean restringido de forma proporcional su derecho a acceder a la información y presentar peticiones porque hay intereses que en un ejercicio ponderativo pueden resultar vencedores.

Se procederá entonces a establecer la relación existente entre información militar y órdenes operacionales sometidas a reserva y las razones que justifican que los ciudadanos no puedan acceder a actos administrativos de contenido militar, ni muchos menos puedan ejercer los medios de control de la Ley 1437 de 2011, denominados nulidad por inconstitucionalidad, nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho.

3. Orden de operaciones y la reserva legal de la información

No es el objetivo en este punto de la investigación, entrar a definir doctrinalmente la orden de operaciones, en el siguiente acápite de este artículo, se profundizará sobre el particular; No obstante, es preciso establecer su relación con la reserva legal de la información en el entendido de que hoy se evidencia la necesidad de hacer una propuesta epistémica frente a la orden de operaciones como acto administrativo, segundo, porque es determinante para entender por qué estaría exenta de control judicial y tercero, porque habría que fijar unas reglas de autocontrol que graviten entorno al derecho operacional.

En Colombia, bajo el artículo 23 superior es un derecho fundamental presentar peticiones respetuosas ante las autoridades públicas o privadas con el fin de obtener información o respuesta a interrogantes específicos que formule cada peticionario (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); Sin embargo, como sucede con los derechos humanos en una democracia, son susceptibles de restricción cuando exista una tensión de intereses jurídico constitucional que la justifiquen.

El principio de proporcionalidad ha sido la herramienta utilizada en diferentes latitudes para restringir derechos humanos sin arbitrariedad o con legitimidad constitucional, uno de sus mayores exponentes en Europa es Robert Alexy, en Colombia, Carlos Bernal Pulido y en Perú, Marcial Antonio Rubio.

Robert Alexy afirma que el principio de proporcionalidad impone que las medidas de intervención en los derechos fundamentales, aprobadas por la mayoría parlamentaria, deben evidenciar una fundamentación acertada para que no sean declaradas inconstitucionales. (Alexy, 2005).

Siguiendo el discurso de Alexy, la restricción del derecho fundamental de petición establecido en el artículo 23 del texto constitucional colombiano, debe tener una fundamentación constitucional que no la invalide.

El doctrinante colombiano Carlos Bernal Pulido, respecto del principio sostiene que:

La clasificación del principio de proporcionalidad como un límite de los derechos fundamentales, sugiere que las relaciones que se establecen entre el sistema político y el sistema de controles jurídico-constitucionales cuando se introducen restricciones legislativas a tales derechos, se pueden comprender mediante un esquema compuesto por tres elementos: objeto del límite: los derechos fundamentales, límite: la intervención legislativa, límite del límite: principio de proporcionalidad. (Bernal Pulido, 2014).

En la misma línea argumentativa de Pulido, se puede sostener que restringir el acceso a la información contenida en una orden de operaciones, está fundamentada en los siguientes elementos: 1) objeto: el derecho fundamental de petición, 2) límite: la negativa de suministrar la información por razones de seguridad y defensa nacional, 3) límite del límite: la justificación constitucional.

Rubio Correa planea que el principio y test de proporcionalidad, es una alternativa para evaluar las razones que legitiman en una democracia la restricción de los derechos fundamentales de acuerdo a los intereses que, de predominar en un caso en concreto, no es un ejercicio de eliminación de derechos sino de priorización en ciertos supuestos de hecho. (Rubio Correa, 2011).

La Corte Constitucional colombiana identifica a la proporcionalidad como un test de aplicación jurisprudencial al que hay que acudir cuando existe colisión entre los derechos fundamentales:

En la jurisprudencia han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: a. La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución. (Corte Constitucional, 2015).

En Colombia, el ordenamiento jurídico contiene intervenciones legislativas que restringen el derecho de petición cuando los ciudadanos pretendan acceder a información especial o que por su naturaleza está sometida a reserva, además que el artículo 23 constitucional faculta al legislador para regular este derecho fundamental:

Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, era el marco jurídico aplicable a los asuntos relacionados con el derecho de petición, sin embargo, la Corte Constitucional sacó del mundo jurídico los artículos en comento, porque la regulación debió haberla hecho el legislador por medio de ley estatutaria tratándose de un derecho fundamental, es así como se expidió la Ley 1755 de 2015, ley especial que se refiere puntualmente a la materia de peticiones.

Lo relacionado con las órdenes de operaciones puede enmarcarse dentro la categoría del artículo 24 de la ley 1755 de 2015 referente a la información de documentos reservados, es un claro ejemplo de una intervención legislativa que restringe el derecho fundamental de petición, pero incorporando las razones jurídicas de su limitación, así a modo ejemplo, la enunciada en el numeral 1: Los relacionados con la defensa o seguridad nacional.

El artículo 24 la Ley 1755 de 2015 es el fundamento normativo que justifica que la información contenida en las órdenes de operaciones no sea facilitada a los ciudadanos y que no sea de dominio público, lo que la convierte en un acto administrativo que no es sujeto del tradicional control de legalidad propio del Estado de derecho francés, lo genera la necesidad de definir la orden de operaciones como un acto administrativo de carácter especial.

Ahora bien existe un marco de normatividad especial que modula, gradúa y clasifica la información de los organismos de inteligencia y contrainteligencia lo cual representa una restricción justificada al derecho fundamental a ejercer el control judicial de los actos administrativos de contenido militar, por prevalencia de principios constitucionales de seguridad y defensa nacional, el Decreto 1070 de 2015 regula la información sometida a reserva en los artículos 2.2.3.6.1 y 2.2.3.6.2, esa modulación legal establece los niveles de restricción, lo cual deberá analizar un juez administrativo en caso de que se enjuiciara ante su competencia una orden de operaciones.

La ley 1712 de 2014 de transparencia y acceso a la información pública preexistente antes de la ley estatutaria del derecho de petición, también restringe el derecho fundamental de petición por razones de seguridad, lo que permite concluir que existe un andamiaje normativo asaz para justificar racionalmente la imposibilidad de acceder a la información.

4. La orden de operaciones un Acto Administrativo con naturaleza especial

La orden de operaciones es un acto administrativo en el ejercicio de la función militar, emanado de la autoridad competente que pretende generar efectos jurídicos en el ámbito de las funciones de las FFMM y que, por tener finalidades intrínsecas de garantía de la seguridad nacional, no puede ser demandado como los demás actos de la administración.

Existen posiciones doctrinales diversas que niegan la calidad de la orden de operaciones como acto administrativo, porque no cumple con sus elementos tradicionales: susceptibilidad de ser un

acto controlado judicialmente, ni con los parámetros de publicidad y notificación del procedimiento administrativo tradicional.

Sin embargo, la administración pública militar en el ejercicio de sus competencias constitucionales especiales emite decisiones que tienen efectos jurídicos, su validez y fundamentación depende del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho constitucional como es el caso de las órdenes de operaciones.

La actividad militar es ante todo administración pública con funciones especializadas, así lo entiende el profesor Aurelio Guaita cuando sostiene que:

En sentido objetivo, entendemos por Administración militar el sector de la actividad de la Administración que provee a la seguridad y defensa exterior e interior del Estado. En sentido objetivo, el conjunto de órganos públicos cuya competencia estriba y consiste fundamentalmente y de modo excluyente en la realización de aquella defensa. (2003, p. 107).

Las dinámicas de la función pública en el campo militar no deben ser analizadas con un enfoque reduccionista de derecho administrativo tradicional, sino que, su categorización y fundamentación epistémica están ligadas al derecho operacional, entendido como un marco jurídico descriptivo y explicativo de la realidad del que hacer de la fuerza pública en lo sustancial y en lo procedimental, de ahí que la orden de operaciones es un acto administrativo pero sujeto a estándares y parámetros del derecho aplicable a la actuación militar. (Dempsey, R., y Chavous, 2013).

De hecho, existen actividades especializadas de la administración que deben encontrar soporte legal en otras categorías formuladas por un derecho administrativo contemporáneo, a modo de ejemplo: la gobernanza digital, la relación de la ciudadanía con las tecnologías de la información y la comunicación, la regulación del ejecutivo sobre las prácticas biomédicas, la permisividad de intervenciones sobre el medio ambiente y porque no la toma de decisiones en la actividad militar.

El profesor Briceño plantea la necesidad de que el Estado asuma su rol regulatorio con criterios técnicos y científicos, asociando la validez del acto administrativo a la racionalidad, hoy por hoy la justificación jurídica de una manifestación de voluntad de la administración pública no solo se deriva de la legalidad sino de su pertinencia técnica:

La responsabilidad política del Estado en la organización e incorporación de dos dimensiones de racionalidad (científica, y jurídico-social) para lograr la concreción de los principios democráticos del Estado moderno, comprende: la necesidad de crear confianza a la sociedad respecto a la ciencia, a las tecnologías, técnicas e innovaciones. (Briceño Chávez, 2017).

Siguiendo la línea del profesor Briceño, se puede afirmar que la actividad militar es ante todo técnica, que las órdenes de operaciones son actos administrativos a los cuales debe aplicarse el derecho operacional, por el contenido especializado de sus disposiciones y porque su control de legalidad implica un ejercicio de autotutela de las FFMM y no un control externo vía judicial, no obstante, el derecho procesal administrativo colombiano sí contempla acciones para exigir la reparación cuando el Estado causa un daño con ocasión de una orden de operaciones.

La orden de operaciones no es un acto administrativo tradicional porque esta mediada por criterios de inteligencia militar, el aseguramiento de los principios de seguridad y defensa nacional intrínseco en estas disposiciones, le revisten de un carácter especial que justifican su reserva legal, pero sin duda deben crearse mecanismos de control interno de legalidad *ex ante*⁶ y no *ex post*, primero, porque hacerlo de manera previa asegurará una cautelara acción de la actuación militar y segundo porque de hacerlo de manera posterior se estaría generando un riesgo de causación de daños derivados de la infracción al derecho operacional.

El carácter científico de la actividad militar no está en discusión, la literatura del derecho operacional que en el contexto colombiano es escasa, sostiene que las operaciones militares son producto de una estrategia construida interdisciplinariamente, no es un asunto de

6 No se puede desconocer que, en la actualidad, la mayoría de los comandantes militares acuden al asesoramiento jurídico operacional, como mecanismo de control previo.

decisión de mando únicamente sino una concertación a partir de la experticia: En ese sentido, la toma de decisiones en el nivel estratégico operacional es tanto un arte como una ciencia, ya que involucra las capacidades propias de la fuerza pública, como movimientos aéreos, motorizados, a pie, el consumo de combustible, los efectos de las armas, los efectos del liderazgo, el grado de dificultad de las operaciones y la incertidumbre relacionada con las intenciones del enemigo. Estos escenarios de la estrategia, corresponden a una secuencia analítica, singular, sistemática y comprobada de variables normativas, políticas y fácticas que en su integridad constituyen el Derecho operacional -DOPER-. (Chiquiza Gómez & Gil Osorio, 2019). En este escenario el derecho operacional debe otorgar una respuesta consolidada respecto a cómo controlar una orden de operaciones, atendiendo su particular situación de reserva y de manejo de datos sensibles, y los intereses jurídico-sociales que pueden verse afectados con su puesta en marcha sino se atiende a la legalidad, siendo un deber de la administración pública militar garantizar la estricta aplicación de los estándares internacionales y convencionales de DDHH y de DIH.

En ese sentido, el derecho operacional tiene una función en doble vía: dotar de juridicidad las órdenes operacionales y controlarlas ante la imposibilidad de que los ciudadanos puedan demandarla ante el juez contencioso administrativo como sería el caso de un acto administrativo sujeto a las reglas del derecho administrativo tradicional.

Bouthol respecto de las funciones del derecho operacional, señala que “Generalmente, el Derecho Operacional contextualiza adecuadamente el quehacer bélico, ayuda a entender la interpretación sobre el uso de la fuerza, y se erige en una herramienta polemológica esencial” (Reyes Paz, 2016, p. 69). Esa polemológica propia de las órdenes de operaciones debe ser analizada en detalle al momento de establecer su naturaleza jurídica, al ser producto de la inteligencia militar no se la puede circunscribir a un mero acto ejecución, sino que es una expresión de voluntad tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos en el ámbito castrense, esa definición la muestra como un acto ubicado en una estructura basada en la racionalidad científica de la guerra.

El derecho operacional como marco jurídico de las órdenes de operaciones es incluso un criterio técnico y jurídico para juzgar la legalidad de su ejecución y la conducta de los miembros de las FFMM, ello corrobora su especialidad por lo cual se asegura que: el Manual de Derecho Operacional, además de dar claridad a los comandantes de las fuerzas sobre procedimientos, también se convierte en una guía indispensable para la justicia ordinaria, pues provee herramientas que ayudan a los miembros de las FFMM a asegurar la juridicidad de las operaciones y facilitan el acceso a un compendio que presenta de manera ordenada las normas nacionales e internacionales y la doctrina operacional aplicable a la conducción de operaciones militares. (Melo Lugo, 2016).

La orden de operaciones como acto administrativo especial por sus características tiene sus propios dilemas, por ejemplo es importante determinar quién hace su respectivo juicio de legalidad, si quien la expide es quien está facultado para determinar su ajuste con el ordenamiento jurídico o si debería haber alguien más que cuestione la OP, ¿Cuáles son los mecanismos para ejercer el control de legalidad de las órdenes de operaciones, ya que no pueden ser conocidas por la ciudadanía para el ejercicio de las nulidades?

El anterior interrogante es una de las principales preocupaciones para el derecho operacional en la actualidad, en la medida en que se le reconoce naturaleza jurídica de acto administrativo a la orden de operaciones, lo que hace sumamente necesario establecer baremos o parámetros de control, de acuerdo a cada caso en concreto.

La legalidad de las órdenes de operaciones está ligada a la legitimidad de las actuaciones de las FFMM, así lo sostiene el profesor Mejía cuando afirma:

Igualmente se ha aprendido por parte de los miembros de la Fuerza Pública, que cumplir con la misión, neutralizar el objetivo militar, y al mismo tiempo satisfacer las exigencias del DIH y el DICA, no es para nada contradictorio ni excluyente, todo lo contrario los Ejércitos en el sentido amplio del término, se legitiman aplicando el derecho a la guerra, no violándolo como algunos todavía piensan. (Mejía Azuero, 2008, p. 22).

De modo que, garantizar la legitimidad de las órdenes de operaciones genera mayores retos para la actividad militar porque se debe sostener la eficacia de las actuaciones y la impecable coherencia

con los derechos humanos, de ahí que la racionalidad del derecho operacional es un elemento clave para controlar y asegurar que no se vulneren los principios del Estado constitucional de derecho.

La espina dorsal de un acto administrativo es la voluntad, el elemento cognitivo es el factor racional para la producción de efectos jurídicos dirigido a los ciudadanos, así la orden de operaciones es una expresión decisoria, racional y técnica con efectos jurídicos en el ámbito de la guerra. Diferente es el caso de los hechos administrativos o de las vías de hecho que producen efectos en el mundo jurídico, pero no son producto de un acto inteligible ni reflexivo sino de una falla de la administración, lo cual nunca podría relacionarse con la orden de operaciones.

Así las cosas, la orden de operaciones tiene una estructura y requiere de unos pasos procedimentales para su emisión y ejecución⁷ (CEDOE- Ejército Nacional, 2017):

1. Determinación del rango de quién profiere la orden, dentro de la estructura de las Fuerzas Militares.
2. Organización para el combate. Se establece quién ejecutará la orden y la organización que la unidad llevará para llevar a cabo el cumplimiento de la misión, de acuerdo con el tamaño como: determinación del enemigo, determinación de aspectos puntuales de las propias tropas.
3. Misión: es un párrafo que debe resolver los siguientes interrogantes (quién, qué, cuándo, dónde, para qué).
4. Ejecución: intención del comandante, propósito de la operación, concepto de la operación y determinación de la normatividad. Siendo este aparatado el que responde el interrogante para qué.
5. Mando y comunicaciones.
6. Firmas: del comandante y la de quien autentica. En este punto se identifica la responsabilidad del quién, o del agente que da la orden.

7 Si bien es cierto en la Doctrina Damasco se establecen los pasos o PRODOP, también lo es que, esta Doctrina aún no puede aplicarse del todo a nivel táctico, por tal razón, aún continúa vigente el Reglamento de Operaciones y Maniobras de Combate Irregular 3-10-1, donde se establece el PMTD y el procedimiento de Comando.

De los anteriores elementos se extrae que, en efecto, la orden de operaciones cumple con las características tradicionales del acto administrativo a la luz de la doctrina ius administrativista, con particularidades propias de las lógicas de la actividad militar, pero sustancialmente se enmarcan cada uno de sus elementos estructurales.

El planeamiento, preparación, ejecución, evaluación y seguimiento de una orden de operaciones es una responsabilidad del oficial de operaciones, quien recibe e integra las partes o párrafos que deben ser preparados por el estado mayor o plana mayor, bajo la acción coordinada. La aprobación del documento es facultad potestativa del comandante, quien la protocoliza firmando de su puño y letra el original de las órdenes y anexos escritos o gráficos; en cuyo caso el oficial de operaciones autentica con su rúbrica las copias correspondientes.

Esta comprensión epistemológica de la orden de operaciones se acompaña con lo afirmado por la Corte Constitucional respecto a lo que es un acto administrativo donde sigue siendo resaltado el factor de la voluntad:

Recuérdese que la regla general es que los actos administrativos no tienen un modelo específico, la excepción es que algunos la tengan, que no es el caso de la autorización que debe proferir la entidad que aquí se acusa. Así, teniendo en cuenta que los actos de la administración pueden revestir una u otra forma, lo importante es que en ellos se puede identificar una manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos, para que los mismos sean catalogados como actos administrativos” (Corte Constitucional, 2000, pp. Sentencia T-807 de 2000).

En esa misma línea de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado colombiano recalca los elementos del acto administrativo, haciendo un juicio de contraste entre lo dicho por estas dos corporaciones y la estructura de la orden de operaciones, se puede concluir que la segunda es una modulación especial de la primera:

El sistema colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Lo único que importa, que reúna los requisitos esenciales que la doctrina y la jurisprudencia le han venido indicando, esto es que sea una declaración de la voluntad administrativa con consecuencias jurídicas. (Consejo de Estado, 1999).

Contrario a lo anterior, Vásquez Hincapié niega la naturaleza jurídica de acto administrativo inherente a la orden de operaciones por la imposibilidad de su control judicial, asunto que resulta rebatible porque aun cuando esta no pueda ser demandada por los particulares si debe haber mecanismos para el control de su legalidad mediante alternativas de auto control:

Está claro que la orden de operaciones hace parte de las actuaciones de poder del Estado que no pueden ser controladas por él mismo, pues estaría negándose a sí mismo; hacen parte de las actividades de poder del Estado a las que se aplican los principios y normas especiales del derecho administrativo, y los litigios que de allí se generan, serían de competencia del Consejo de Estado. (Vásquez Hincapié, 2018, p. 12).

Se desconoce que la orden de operaciones puede ser auto controlada por quien la emite, a partir de una estrategia de autocrítica de la decisión de la actividad militar que conste de los siguientes parámetros: i) contraste de la decisión con las obligaciones internacionales, que se tiene el Estado en materia de DDHH y DIH, ii) cumplimiento de los requisitos del derecho operacional, iii) la posibilidad de la no ejecución o no cumplimiento de los subordinados, frente a ORDOP contrarias a los DDHH-DIH.

La orden de operaciones debe comprenderse y entenderse como un acto administrativo militar tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos en el ámbito de la seguridad y la defensa nacional, regida por estándares del DIDH, el DIH y el DOPER, producto de un acto intelectual, estratégico y reflexivo, susceptible de auto control de legalidad por los intervinientes presentes en su faceta decisional.

Conclusiones

El acto administrativo es un tema secular del derecho administrativo contemporáneo, sin embargo, hoy debe analizarse si hay otras de sus modulaciones que merecen un tratamiento jurídico especial como el caso de las órdenes de operaciones de las FFMM, determinando sus características y especificidades. La orden de operaciones al responder a necesidades de defensa y seguridad nacional no puede ser susceptible de control judicial posterior por parte de los ciudadanos, lo que comporta para las FFMM una obligación de autotutela de

sus decisiones. Las órdenes de operaciones son actos administrativos producto de la estrategia militar, racionalidad e inteligencia de las FFMM, los intereses constitucionales intrínsecos en estas actuaciones de la administración pública militar justifican su reserva, o al encontrarse información confidencial, lo cual impone mayores deberes de auto control de legalidad; requiriéndose un análisis desde el DIDH, el DIH, el derecho constitucional y el DOPER para determinar validez y legitimidad. El derecho operacional es el punto epistemológico de partida de las órdenes de operaciones, dentro de un contexto jurídico que comprenda la actividad militar como técnica, es plausible crear un mecanismo de control previo de legalidad de las ORDOP, garantizando la legitimidad de la FFMM.

La orden de operaciones como verdadero acto administrativo, incorpora los pasos del proceso de operaciones: planear, preparar, ejecutar y evaluar, y las actividades del comandante: entender, visualizar, describir, dirigir, liderar y evaluar, como parte de la auto tutela. Los comandantes, apoyados en sus estados mayores y planas mayores, emplean el proceso de operaciones a fin de dirigir el planeamiento conceptual y el planeamiento detallado necesarios para entender, visualizar y describir su ambiente operacional, lo que significa que dicho proceso permite articular las decisiones, y dirigir, liderar y evaluar las operaciones, reconociendo así, la importancia del auto control.

El hecho de que un comandante emita una ORDOP de forma verbal o escrito, no desnaturaliza su carácter jurídico, en cuanto que, el ordenamiento jurídico colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Es entonces lo que determina, el carácter de acto administrativo de la ORDOP, es el que se trate efectivamente de una declaración de la voluntad de la administración con consecuencias jurídicas; presupuesto que indudablemente cumple la ORDOP.

Caracterizada la ORDOP como acto administrativo, se reconocen en esta todos los elementos que caracterizan a cualquier manifestación unilateral de la administración pública tendiente a generar, modificar o extinguir efectos jurídicos.

Finalmente, y como derrotero de sus actuaciones, las FFMM han incorporado en la ORDOP de manera acertada, tanto el derecho administrativo, como el DOPER a su doctrina, a la luz de las experiencias nacionales, mediante un conjunto de concepciones derivadas de principios, normas y valores que el Estado ha considerado necesario para garantizar el desarrollo integral del hombre y de la colectividad nacional; resguardándolo de interferencias o perturbaciones de cualquier origen y todo ello, en últimas, para preservar el compromiso de respeto a los derechos de los ciudadanos.

Pese a lo considerado por muchos, las FFMM como parte integral del sector defensa, han desarrollado y fortalecido sus actuaciones en el ámbito operacional, teniendo como marco referencial por naturaleza los DDHH-DIH-DOPER. Las FFMM nunca han sido ajenas a esta temática, la cual está presente como pilar fundamental en el proceso de formación de todos sus integrantes, pero más aún, se encuentra presente en todas las operaciones que realizan las unidades militares, permitiendo la consolidación del Derecho Operacional como una muestra especializada de su competencia profesional.

REFERENCIAS

- ALEXY, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. 2005
- BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (Cuarta ed.). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2014
- BERROCAL GUERRERO, L. E. Manual del Acto Administrativo. Bogotá, D.C.: Librería Ediciones del Profesional. 2009
- BOCANEGRA SIERRA, R. Lecciones sobre el Acto Administrativo (Cuarta ed.). Navarra, España: Aranzadi S.A. 2012
- BRICEÑO CHÁVEZ, A. M. El principio de precaución en una sociedad de riesgos ambientales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017
- CABEZAS, N., & MAYORGA, D. La génesis del derecho administrativo: ¿fenómeno y derecho de la administración romana? Revista Digital de Derecho Administrativo, 1(1), 59-72. 2016. [Consultado el 28 de mayo de 2020] Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n16.14>
- CAJAS SARRIA, M. La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991, *Tomo II*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2015
- CALAFELL, J. E. La teoría del acto administrativo jurídico anuario. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 24, 121-148. 1995. [Consultado el 29 de mayo de 2020] Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11228/10280>
- CASSAGNE, J. C. Derecho administrativo. Tomo II (Novena ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2009
- CHEVALLIER, J. El Estado Posmoderno. (O. Pérez, Trad.) Bogotá. D.C., Trad. Pérez, Oswaldo.: Universidad Externado de Colombia. 2014
- CHIQUIZA GÓMEZ, A., y GIL OSORIO, J. F. El derecho operacional como una categoría dentro de la taxonomía del derecho. Revista Vniversitas, 68(139). 2019
- DEMPSEY, R., y CHAVOUS, J. El concepto de operaciones y la intención del comandante. Soldados del 2º Equipo de Combate en el nivel de Brigada, 1ª División de Infantería, del Fuerte Riley, Kan., cerca de sus vehículos de combate Bradley, en el entrenamiento nacional en el. *Fuerte Irwin, estado de California*. David Vergun, Army News Service. 2013
- ESCOBAR MARTINEZ, L. M. La actividad Constitucional del Consejo de Estado Colombiano. Revista Vniversitas, núm. 111, 65-94. 2006 [Consultado el 18 de abril de 2020] Disponible en <http://hdl.handle.net/10554/32360>
- FUENTES, C. Montesquieu: teoría de la distribución social del poder. Revista de Ciencia Política 31(1), 47-61. 2011. [Consultado el 19 de abril de 2020] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2011000100003>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. El Acto administrativo en modelo Español. Comillas. 2002

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Problemas de Derecho Público al Comienzo de Siglo. Madrid: Civitas. 2003
- GASNELL ACUÑA, C. El acto administrativo y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá. *Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.*, 2-474. 2015
- GUATIA, A. La Administración Militar. *Revista de administracion publica*, núm. 7, 105-128. [Consultado el 20 de abril de 2020] 2003
- LÓPEZ CADENA, C. A. Mutación de los Derechos Fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015
- MARTÍNEZ GARNICA, A. Orígenes del Consejo de Estado. Artículo de investigación. *Revista Precedente. Universidad ICESI.* 2017 [Consultado el 18 de abril de 2020] Disponible en <https://doi.org/10.18046/prec.v13.3022>
- MEJIA AZUERO, J. C. Armas de precisión y respeto al derecho operacional en Colombia. Tiradores escogidos, garantía del cumplimiento del derecho internacional de los conflictos armados. *Revista Prolegómenos: Derechos y valores*, 11(21), XI, 1-29. 2008. [Consultado el 19 de abril de 2020] Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602103>
- MELO LUGO, J. A. La legítima aplicación del derecho operacional en los procesos contra militares a propósito de la jurisdicción especial para la paz. *Revista Ciencia y Poder Aéreo*, 11(1), 82-91. 2016. [Consultado el 20 de abril de 2020] Disponible en: <https://doi.org/10.18667/cienciaypoderaereo.527>
- MOLINA BETANCUR, C. El control de legalidad de los actos administrativos en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*, 1(2). 1999. [Consultado el 18 de mayo de 2020] [Consultado el 23 de mayo de 2020] Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1297>
- MONTAÑA PLATA, A. Fundamentos de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010
- PALACIOS, M. Entre la Legitimidad y Violencia. Colombia 1875-1994. Bogota D.C.: Norma, p. 67. 1995
- PAREJO ALFONSO, L. Derecho Administrativo. Ariel. 2003
- PÉREZ ORTIZ, R. É. Eficacia y Validez del Acto Administrativo. *Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Colombia.*, 1-151. 2013 [Consultado el 20 de agosto de 2020]
- REYES PAZ, Y. Colombia: Nueva concepción del derecho operacional para las fuerzas terrestres en la era del Posconflicto. *Revista Ciencia y Poder Aéreo*, 11(1), pp. 1-16. 2016. [Consultado el 28 de agosto de 2020] Disponible en: <https://doi.org/10.18667/cienciaypoderaereo.526>
- RODRÍGUEZ, L. Derecho Administrativo General. Bogota D.C.: Temis. 1994

- RUBIO CORREA, M. A. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Perú: Fondo de la Universidad Católica del Perú. 2011
- VÁSQUEZ HINCAPIÉ, D. J. La orden de operaciones militares y el acto administrativo: aclaración de los conceptos y repercusiones. *Revista Republicana*, núm. 24, pp. 83-103. 2018. [Consultado el 28 de agosto de 2020] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2018.v24.a41>
- VELASCO CABALLERO, F. Las cláusulas accesorias del acto administrativo. *Tesis Doctoral presentada para optar al título de Doctor en Derecho*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. 1994
- VIDAL PARODY, J. Procedimientos administrativos y su influencia en los actos administrativos en los trabajadores del Decreto Legislativo 276 del Gobierno Regional de Ancash. Universidad Cesar Vallejo. 2017

JURISPRIDENCIAL

- Consejo de Estado, Providencia. Rad. Núm.: 2074 C.P.: Roberto Medina López. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, 25 de febrero de 1999.
- Consejo de Estado, Dpt. Antioquia Vs. CNSC. Sentencia No. 11001032500020160107100. C.P.: Rafael Francisco Suarez Vargas. Consejo de Estado 18 de Julio de 2018.
- Corte Constitucional, Sentencia T-807 de 2000. Ref.: Expediente T-298.017. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra] Corte Constitucional. Sala Plena de Constitucionalidad 29 de junio de 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia C-144. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. 6 de abril de 2015

NORMAS O INFORMES

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Constitucion Polica de Colombia*. Santefe de Bogota: Temis S.A. 1991
- CEDOE- Ejército Nacional. Manual Fundamental de Referencia del Ejército, MFRE 5-0 Proceso de Operaciones, Público. Bogotá D.C.: Imprenta Ejército. 2017
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1886. [Consultado el 8 de septiembre de 2020] 5 de agosto de 1886