



La interpretación actual de la obediencia debida y su
impacto sobre la organización militar

Sergio Alfonso Narváez López

Trabajo de grado para optar al título profesional:

Curso de Estado Mayor (CEM)

Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto"

Bogotá D.C., Colombia

CD ESDEGUE
1078

**LA INTERPRETACIÓN ACTUAL DE LA OBEDIENCIA DEBIDA Y SU IMPACTO
SOBRE LA ORGANIZACIÓN MILITAR**



ANEXO "D" ACTAS REFORMA CODIGO PENAL MILITAR

TEMA : OBEDIENCIA DEBIDA

SERGIO ALFONSO NARVÁEZ LOPEZ

**ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA
CENTRO DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS PARA LA DEFENSA NACIONAL
CURSO DE COMANDO Y ESTADO MAYOR CCEM 2001
SANTAFE DE BOGOTA, D. C.**

2001

**TRANSCRIPCION DEL ACTA No. 12, DEL 06 DE JUNIO DE 1995,
SEGUNDA PARTE - TEMA : OBEDIENCIA DEBIDA**

MG. RAMON EDUARDO NIEBLES USCATEGUI

Antes de comenzar en la segunda parte, la DRA. PILAR, tiene una lectura.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO

Yo había omitido una carta del DR. GUSTAVO GALLON, porque venía dentro del sobre y voy a leerla y la otra carta la leemos también.

Señora Doctora
PILAR GAITAN DE POMBO

Señor Presidente y Mayor General
RAMON EDUARDO NIEBLES USCATEGUI
Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal Militar.

Señora Presidenta y Señor Presidente:

Con el objeto de que sean conocidos por distintos miembros de la comisión me complace hacerles llegar los siguientes documentos relacionados con el tema de obediencia debida, que amablemente fueron aportados por el juez EDUARDO LUIS DUALDE, experto argentino al seminario sobre sistemas comparados de justicia penal militar que realizamos el pasado 31 de mayo con el auspicio de la Defensoría del Pueblo, el CINEP y la Comisión Andina de Juristas, Seccional colombiana, voto del DR. BAQUEMAN suministrado a la corte Suprema Argentina sobre inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida.

Según el DR. DUALDE, esta importante pieza jurisprudencial disidente en su momento constituye hoy la doctrina predominante en derecho Argentino, dos extractos del libro Sancinetti y Marcelo sobre obediencia debida y Constitución Nacional, acompañó, también los siguientes documentos que nos envió la Embajada de Canadá sobre la Justicia Penal militar en ese país con lo cual su ilustre gobierno quiso unirse al seminario, a pesar de que no fue posible que asistieran al mismo los expertos contactados para el efecto porque ya tenían otros compromisos contactados para la fecha, los cita y aquí se anexan son dos documentos.

En el curso de las próximas semanas y tan pronto como se encuentren transcritas espero poder entregar a usted también las ponencias presentadas por el propio DR. DUALDE y por los expertos portugués y españoles, el auditor de la guerra, Cándido, no se como se pronuncia esto, es como Rhudehia y el abogado especializado en derecho militar, Félix izquierdo; sea propicia la ocasión para agradecer y celebrar la nutrida presencia que hubo de miembros y asociados de

esta comisión en el mencionado seminario y hace votos porque la experiencia transmitida por dichos expertos, al igual que la compartida por los importantes oficiales estadounidenses invitados por el ministerio de defensa en los días pasados, contribuyen a enriquecer las discusiones y los trabajos materiales de nuestro encargo.

Cordialmente

GUSTAVO GALLON GIRALDO.

Yo quisiera aprovechar este momento, porque está relacionado con esto, para informarles a nombre de la Presidencia y la coordinación del jueves próximo, eso es el 15 a las 5 de tarde, están cordialmente todos invitados para que existan a la Escuelas de Guerra, a una charla, a un seminario de discusión, como el que tuvimos tanto el miércoles como con los invitados americanos que estará a cargo del General BRUNO OTERO, es el asesor del Ministerio de Defensa de España y fue uno de los gestores del actual código, el está invitado, entonces todos ustedes también.

EL DR. HORACIO SERPA URIBE , dando traslado a esta comisión, tanto como de la discusión y de la obediencia debida, que se repartió en su momento, pero que considero que deberíamos tenerla como referente, para la discusión de hoy, me voy a permitir leerla.

CASSETTE No. 3 LADO A.

**REPUBLICA DE COLOMBIA
DESPACHO DEL MINISTRO DE GOBIERNO**

Santafé de Bogotá D.C 18 de Mayo 1995

Mayor General
RAMON E. NIEBLES USCATEGUI

Doctora
PILAR GAITAN DE POMBO
Presidente
Comisión Redactora del Código Penal Militar
Y de procedimiento Penal Militar
Ciudad

Respetados amigos:

Como es de su conocimiento, la Comisión de Derechos Humanos, creada mediante el Decreto Presidencial No. 1533 de 1994, en desarrollo de los Acuerdos de Paz con la Corriente de Renovación Socialista, es un escenario para la deliberación y búsqueda de consensos entre el Gobierno los organismos estatales de control y un representativo grupo de Organizaciones No Gubernamentales, en relación de temas de gran importancia para la vigencia penal de los derechos fundamentales.

Para un mejor desarrollo de su tarea, la Comisión creo cuatro grupos de trabajo, con participación de todos los sectores que la conforman. estos son: Políticas de Paz, Derecho Nacional Humanitario, Protección de los Derechos Humanos e Impunidad.

Los Grupos de Trabajo mencionados se reunieron con mucho juicio y dedicación entre septiembre del año pasado y febrero de este año, definieron una agenda de trabajo y procuraron, de manera muy constructiva, la búsqueda de acuerdos en relación con el tratamiento de las problemáticas que abordaron.

El Gobierno Nacional ha estado representando en la Comisión y en los Grupos de Trabajo a los que hemos hecho referencia, por funcionarios de alto nivel de los Ministros de Gobierno, Defensa, Justicia y Relaciones Exteriores, la Oficina del Alto Comisionado por La Paz y las Consejerías Presidenciales por la Defensa y Seguridad Nacional y para los Derechos Humanos.

El Grupo de Trabajo que se dedicó a analizar la problemática de la impunidad, incluyó dentro de su agenda la Justicia Penal Militar; en desarrollo de tales discusiones profundizó en el concepto de OBEDIENCIA DEBIDA y concluyó en recomendar a la Comisión de Reforma de la Justicia Penal Militar, la inclusión del siguiente texto en su propuesta de Código Penal Militar.

“No podrá invocarse la obediencia debida como eximente de responsabilidad cuando se trate de graves violaciones de los derechos humanos, tales como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, sumarios o arbitrarios y la tortura”.

Es de anotar, que el Gobierno Nacional, representado para el efecto, por los Ministros de Defensa y de Gobierno, opinó en este sentido sobre la desaparición forzada, en el debate que a finales del año pasado se cumplió en el Senado de la Republica.

Los representantes del Gobierno Nacional en la Comisión de los Derechos Humanos, se reunieron durante varias sesiones de trabajo para estudiar las recomendaciones de los Grupos de Trabajo y elaborar un documento que contiene las observaciones y compromisos del Gobierno Nacional en relación con tales conclusiones.

En tal documento, el Gobierno se comprometió a trasladar oficialmente a la Comisión de Reforma de la Justicia Penal Militar la propuesta del Grupo de Trabajo, para su discusión.

Por las anteriores consideraciones, en mi condición de Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, me permito solicitarles someter a la deliberación de la Comisión de la República a la Justicia Penal Militar la propuesta del texto sobre la obediencia debida que propuso el Grupo de Trabajo sobre la Impunidad, antes citada.

Con un cordial saludo,
HORACIO SERPA URIBE.
Ministro de Gobierno.

Anexos:

“Informe final del grupo de trabajo de Impunidad de Comisión de Derechos Humanos”.

“observaciones y compromisos del Gobierno Nacional sobre los consensos alcanzados en los Grupos de Trabajo de Impunidad, Derecho Internacional Humanitario y políticas de la Paz de la Comisión de Derechos Humanos”.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Bien, muchas gracias considero entonces que debemos con base a la solicitud del Señor Ministro de Gobierno considerar como ponencia también esta que acabamos de leer, que dice no podrá invocarse la obediencia debida como eximente de la responsabilidad, cuando se trate de graves violaciones de derechos humanos tales como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias y la tortura.

Hay una ponencia que también se trajo, la traje personalmente para ponerla en la mesa para discutirla que dice: “el subalterno puede abstenerse de cumplir una orden impartida por un superior cuando su ejecución implique la manifiesta e

injusta violación de los derechos de otra persona”, con base en unas observaciones que he recibido, aquí en el descanso, pues yo agregaría que es cuando su ejecución implique la grave, manifiesta e injusta violación de los derechos humanos y aquí además no debe quedar como artículo si no más bien como habría que buscar la forma de que no fuera un eximente sin embargo, antes de que se inicie cualquier discusión, yo me permito leer el Art.91 de la Constitución Nacional que dice lo siguiente:

Únicamente en el superior que da la orden” entonces conociendo el texto Constitucional del Art. 91 y no conociendo las ponencias presentadas solicito empecemos la discusión.

MG. RODOLFO TORRADO QUINTERO.

General, yo tengo otra ponencia además.

MG. RAMON NIEBLES USCATEGUI.

Entonces quisiera leerla.

MG. RODOLFO TORRADO QUINTERO.

Yo diría que cuando tratamos el problema de la obediencia debida, llegaríamos casi igual a la discusión que se presentó sobre la definición o no del acto del servicio; entonces yo voy hacer una aproximación aquí definiendo obediencia debida, para concluir también que no debe definirse, porque nuestro problema como Comisión es que no podemos modificar la Constitución, el Art. 91, entonces tenemos que recomendarle al Gobierno pues para que quede incluido en el Código pues habría que modificar al Constitución o se somete la obediencia debida, entonces decimos lo siguiente:

OBEDIENCIA DEBIDA: “Es la ejecución de la Voluntad de quien manda dentro de los Límites de su competencia, obedecer es someter a Voluntad ajena y ejecutarla”.

Eso ocurre dentro de nuestra organización militar, lo explicamos de la siguiente manera: La Constitución Política, en el inciso dos del Art. 95 de la Constitución, impone a toda persona, la obligación de cumplir la Constitución y las leyes, es la obediencia en su mandato, el Art. 91 dispone, lo acaban de leer, que en caso de infracción manifiesta de un precepto Constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta y explica, pues lo que yo digo, lo que se hablaba ahí en caso de los militares exactamente, estas normas guardan absoluta concordia, con el Art.6, que establece la responsabilidad civil, de los particulares por infracción de la Constitución y las leyes, de los servicios públicos por la misma causa y dos más

para ella, por omisión en el ejercicio de sus funciones y por extralimitación en las mismas, queda consagrada tanto la norma superior que da una orden, como la responsabilidad de un subalterno que la cumple cuando es ilícita, la de excepción para el inferior se encuentra en el inciso final del artículo citado, donde se dice los militares en servicio activo queda exceptuados de esta disposición. Respecto a esto la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden, no se impone aquí la obligación de obedecer en forma irreflexiva, las ordenes de los superiores, a ese deber no se la norma y sería ilógico, que la misma Constitución autorizara el cumplimiento de una orden contra la Constitución y contra la ley, por el contrario, esta reconocimiento de ante mano la de la misma desde las primeras palabras utilizadas en la redacción, del Art. 91, lo que está diciendo en forma expresa es que si el inferior cumplió una orden delictuosa, es responsable el superior y la dio y debe ser sancionado, porque es el autor inmediato del delito y utilizó al inferior como instrumento, para cometerlo, hay que aclarar que se trata del derecho punible es decir del hecho típico, antijurídico y culpable, porque si a la dar la orden y obedecerla, es decir se da el primer elemento, es decir la tipicidad pero no se da la antijuridicidad, o la culpabilidad, es absolutamente innecesario analizar la orden, a la luz del Art. 91, circunscrito así el tema al estudio se observa que la orden es delictuosa y es causa de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, con la siguientes características; es dada por un superior, es cumplida por el inferior, tiene relación con el servicio, por la misma razón genera irresponsabilidad penal, los hechos ya se cumplieron, es decir la hipótesis Constitucional y legal se dio en realidad , quisiera agregar otras tres que trae aquí la jurisprudencia española, que dice que además los elementos que configuran además esta situación de la obediencia debida, dice cuyo requisito y estructura, subordinación por la ley, mandato legítimo y que corresponda a las atribuciones de quien los expide, las conclusiones son las siguientes: se infringió un precepto Constitucional en perjuicio de una persona, al dar y obedecer una norma la norma general y al responsabilidad para el superior y para el inferior, veamos como opera la excepción: la Constitución no deja duda, ni admite discusión, ni interpretación posible distinto de lo que ella manda, la responsabilidad recae sobre el superior que da la orden, tampoco admite interpretación gramática o sistemática, en relación con el inferior que la cumplió, no e responsable porque así lo quiso el constituyente, es absolutamente aceptado por todos los juristas, que las normas de excepción, son de interpretación restrictiva frente a la norma general, amenos que acepte que por vía de interpretación, deje de ser norma de excepción, para convertirla en regla, finalmente, es admisible afirmar que el constituyente creó una fuente de impunidad o justificó el delito, la norma es clara, el superior delinquirió es responsable del mismo y debe sufrir la consecuencias señaladas por la Constitución y por la ley, otra cosa, es que hacía el futuro sea posible y necesario tomar las medidas legislativas reglamentarias o administrativas para evitar las ordenes ilegales que conduzcan a la Comisión de un delito y entonces se tiene lo siguiente: El Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, el decreto 89 de 1989, ante la necesidad de conservar el principio de la obediencia jerárquica, de acuerdo con los mandatos superiores de la Carta Fundamental, el Art. 12 dispuso que todo aquel quien se atribuye una función de Comando, es competente para recibir ordenes, que los limites de esta competencia se señaló en

los reglamentos del servicio en Art. 13, dispuso, que toda orden militar, debe ser lógica, clara, precisa, concisa y oportuna; en su Art. 14 dice que las ordenes deben cumplirse en el tiempo y el modo indica por el superior, cuando al ejecutar la orden, aparecen circunstancias de fuerza mayor o cosa fortuito, que modifique el tiempo, o el modo previsto para su ejecución, su cumplimiento puede ser delatado, o modificado siempre que no pudiera consultarse al superior, a quién se comunica la decisión tomada tan pronto fuera posible, en el Art. 15 estableció la responsabilidad de toda orden en quien la emite y no en quien la ejecuta, sin embargo, el inciso final dijo lo siguiente; " cuando el subalterno que la recibe, advierta que su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar, o falta constituida de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior, si este insiste, el subalterno está obligado a explicarla previa confirmación por escrito"; en el Art.16 pone que antes de impartirse una orden reflexionará si sobre su contenido está dentro de las facturas inherentes al cargo, si no invade atribuciones ajenas, si no es contraria al espíritu o letra de las normas y preceptos, reglamentos u ordenes superiores, si está bien concedida y si no habrá lugar a contraórdenes; en conclusión al examinar las distintas disposiciones dictadas podemos llegar a la siguientes condiciones: a) la obediencia es la base fundamental de la disciplina así lo consagran las normas de derecho positivo en Colombia; b) para las Fuerzas Militares o la Fuerza Publica, se consagran el principio de obediencia debida, que es la que se observa frente a un superior y exime de responsabilidad al inferior, por la inflexiones en que puede incurrir, es distinta de la obediencia ciega, en la cual el inferior sin examinar la ilicitud de la orden, la cumple con violaciones; c) para la Policía Nacional se consagra el principio de la obediencia reflexiva; d) los delitos cometidos como consecuencia de una orden dan lugar a una orden dan lugar a una responsabilidad en los términos establecidos en la Constitución y de los códigos penales; e) ni la Constitución ni la ley, consagra las impunidades de la República están instituidas para proteger una persona, residente en su vida, en sus bienes, en sus derechos y en sus libertades, esa es la ponencia que hace al respecto al Cómanos del Ejército, teniendo encuentra que se demuestra que el Art. 91 es muy claro. Según que sí había que definir la obediencia debida pues proponemos una definición, como la que expuse ahí y que no estaría de acuerdo con la que esta presentando el MG. NIEBLES , en el sentido que puede ser por injusta violación de derechos humanos de otra persona; a ver otra persona es cualquiera, en el sentido de que si estamos en el combate y el hombre dice que no cumple orden de disparar, entonces aquí en esta parte donde dice violación de los derechos de otra persona, en el caso de nosotros que tenemos la disciplina y que estamos hechos y hay que decirlo, el ejército es para la guerra, pues ahí no estaría bien explicada esa parte de ese artículo en esa proposición.

En cuanto a la del Señor Ministro de Gobierno, yo hago parte de esa Comisión yo creo que con el DR. RODRÍGUEZ quien fue quien redactó esta ponencia pues diría yo, los mismos de cuando se hable de genocidio, de desaparición forzada, de ejecución extrajudiciales, sumarios, arbitrarios y la tortura, esos son delitos muy claros , pero la obediencia debida en el Art. 91, es una parte de nuestro Esfuerzo

Militar y es una base fundamental para la disciplina de la Fuerza pública entonces de pronto no la mezclamos por ahí en donde no debe quedar, si no que se defina muy bien para que esos delitos, y estoy de acuerdo soy el primero en decirlo hay que clasificarlos, deben, diría yo, quedara, pero no entremos en un debate largo prolongado como el acto del servicio.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO.

Una pequeña moción de orden, para recordar algunos parámetros ya que habían marcado acá; esos parámetros son los siguientes, por si se van a seguir yo simplemente hago algunas observaciones en primer lugar la discusión nació a petición del DR GALLON, en el momento en que nosotros estamos estudiando las causas excluyentes de responsabilidad, allí en las causas excluyentes de responsabilidad hay una orden que es la orden superior jerárquica cuando no está de por medio la vida militar, aquí la cosa es muy sencilla, cuando se trata de ordenes de superiores de la vida civil, la orden superior debe ser de un superior jerárquico con competencia y con todas las formalidades legales, si no se hace con todos los requisitos pues indudablemente que la cuestión no es excluyente de hay que distinguir esa orden superior, que es legal, en el sentido formal y sustancial con esta orden, que tiene un rango Constitucional; primero que todo la única excepción que existe es la legislación Colombiana para orden entre civiles que está claramente registrado en el Código Fiscal es que se ha llamado inasistencia del ordenador, en donde el ordenador del gasto que tiene una disponibilidad jurídica, de la orden de hacer un gasto que tiene una disponibilidad jurídica, que la orden de hacer una orden ilegal por ejemplo, que podría construir un peculado por destinación diferente, Verbi gracia, el inferior en tramite de régimen fiscal lo que tiene es que pasar por escrito la insistencia y decir: yo insisto y la cumpla, si el superior insiste por escrito, el inferior puede cumplirla y se legaliza, en el campo fiscal es la única excepción que existe para la causa general.

El superior que da la orden dando a entender, que el inferior queda exento de responsabilidad, esto ha dado lugar para que haya una serie de discusiones, racionalizando el concepto, sistematizando la Constitución y diciendo que la orden no puede ser ciega, y así sea una orden impartida entre militares, existe responsabilidad cuando hay una violación manifiesta; dicho esto, quiero manifestar que el derecho comparado, no nos sirve mucho, no nos sirve, porque las demás Constituciones no traen una norma como la nuestra, en materia Constitucional, de tal manera que el planteamiento ha sido un poco diferente, nosotros podríamos ejemplo mirar el Art. 623 del Código Militar Venezolano, que dice; " cuando se haya cometido un delito por una orden del servicio, del superior que la hubiera dado, es el único responsable salvo el caso de concierto previo", es el ingrediente que yo quiero que analicemos, porque es muy interesante. Puede ocurrir que a pesar de la subordinación, esta misma se diluya o desaparezca un poco, cuando hay un concierto, es decir donde desaparecen un poco los grados, se reúnen los Generales, el Coronel y no nace propiamente aunque el superior maneje la situación, si no que hace un concierto, esto es muy importante tenerlo en cuenta,

es precisa la orden como orden, aparece un poco diluida, por decir por decir algo es un tratamiento que de el Código de Justicia Penal Militar Venezolano, salvo concierto previo, en el cual serán responsables todos los concertadores, lo digo para que lo tengamos encuentra, porque es muy interesante, es decir en estos casos, la orden como algo impositivo, nace porque hay previamente una deliberación, un acuerdo de libertades y ni impera tanto la orden como el acuerdo, yo quiero que lo tengamos en cuenta, porque eso suena muy interesante , por otra parte, estas definiciones negativas y otra serie de fenómenos aparecen; por ejemplo en el Código Cubano, se dice: se entiende por obediencia debida, la que viene impuesta por la ley al agente, siempre que el hecho realizado se encuentra dentro de las facultades del que ordena etc, entonces se define que se entiende por obediencia debida más o menos en el espíritu que quiere dar la definición el MG. TORRADO, la práctica jurisprudencial ha dicho que lo importante, es que a orden sea ilegal, pero relativamente ilegal, esto aparece un poco inseguro propio, desde un rigorismo que se exige en la seguridad jurídica pero que por vía de ejemplo sirve mucho. Digamos los siguiente , es un peculado por destinación oficial diferente el Comandante del Batallón, le dice al B4 del Batallón, que es el encargado de la parte económica, que haga una compra de unos alimentos para el Batallón, entonces, dentro del presupuesto de la Brigada, se va a utilizar un dinero, que es para transporte, desde el presupuesto hecho y dice, que haga el cambio de destinación, el militar lo hace, entonces la orden es legal, el militar la cumple, tiene que cumplirla la responsabilidad recae en el superior, porque hay una cierta relatividad en la ilegalidad, no es una ilegalidad manifiesta, quiero advertir que algunos Códigos Militares hablan de la orden superior que se debe cumplir, pero poniendo como requisito "sine quanon" en que la orden sea del servicio, es decir únicamente sería para cierta clase de delitos, que se relacionen íntimamente con la actividad Militar, esto debilitaría un poco el concepto, pero también lo digo porque vale la pena tenerlo en cuenta, en cuanto a las definiciones que se han dado por ejemplo, la que propone el Señor Ministro de Gobierno, pues es muy buena, pero notan ustedes como, equivaldría a decir, que cuando se trate únicamente de graves violaciones de derechos humanos ,a mi me parece que es corta, peca por defecto porque puede haber una gravísima contradicción, sin que se refiera a los derechos humanos exclusivamente, yo creo que la definición que hay acá es uno de los casos porque puede haber una manifiesta contradicción, sin que se toquen los derechos humanos, en el sentido escrito del término en sentido clásico del término de tal manera, que a mi me parece principio, una posición donde se diga que la orden debida, que la orden entre militares, pues se debe cumplir por el inferior, para responsabilidad del superior, siempre y cuando no exista una manifiesta contradicción, una obra y clara representación de un delito, que quebranto a la legalidad, como lo ha venido diciendo la doctrina y sobre toda Colombia, desde un concepto muy importante, que creo, que aquí tendríamos que repartir, que es el CARLOS LOZANO LOZANO cuando era Ministro de Gobierno, en donde pone de presente otra definición del profesor REYES ECHANDIA, en donde habla de que al orden entre militares, debe cumplirse, exime de responsabilidad al inferior, pero siempre y cuando no sea manifestante a la ley o sea, suscriptiva de un delito, esa sería, más o menos, mi posición pero lo digo así en líneas generales, para que siga la discusión.

DRA. KAREN KUHfeldt SALAZAR.

Es para comentarle a los miembros de la Comisión, cómo fue que llegó este texto de la comunicación del 18 de Mayo a al Comisión Redactora del Código Penal Militar; para aclarar que no fue propuesta del Ministro de Gobierno; los antecedentes datan incluso del debate en el congreso, sobre las obligaciones de la administración GAVIRIA, al proyecto de la ley que tipificaba la desaparición forzada en este caso específico GAVIRIA consideraba que al proscribir como lo hacía el proyecto de la aplicación de la obediencia debida, como excluyente de responsabilidad, se estaría violando la Constitución, la administración SAMPER o sea el Gobierno Nacional solicitó específicamente al Senado desestimar esa objeción que habría sido presentada por la anterior administración, en virtud de que consideraba que la nueva Constitución, imponía una Interpretación del tenor literal de la eximente de responsabilidad, contenida en el Art. 91 de la Constitución, en ese caso apoyándose también en una jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente, creo que la sentencia T-40 del 92 del Magistrado MARTINEZ CABALLERO. Según la cual, la obediencia es un estado social de derecho cuyo eje central lo constituye la dignidad humanos los derechos fundamentales de los individuos. Nunca puede entenderse que la obediencia debida, como excluyente de responsabilidad, pueda ser absoluta, ni ciega, por el contrario, como lo señaló en esa ocasión la Corte Constitucional, se dijo que la obediencia, el subalterno que recibiera una orden manifiestamente contraria a la Constitución, tendría el derecho y el deber de no cumplirla; posteriormente a este suceso, se integraron los grupos de trabajo, como lo comenta el Señor Ministro de la Comisión 1533, específicamente se trato de ese tema, con representantes que también se encuentran aquí en la comisión, el texto que contiene la comunicación del Señor Ministro es un texto de consenso logrado al interior de un grupo, en el que estaban representantes de organizaciones no gubernamentales, de entidades estatales y de entidades gubernamentales, Ministro de Defensa y Gobierno, específicamente. Así que este texto, que propone el Señor Ministro de Gobierno, no es un texto de su autoría, ni más faltaba, sino el resultado del grupo, y que el Gobierno se comprometió, como respuesta a los resultados, a las conclusiones de los grupos en esta Comisión se comprometió en dar traslado a la Comisión, para que ella conociera de él y evaluara su conveniencia o no de preverlo en el Código, en el proyecto de Código que debe trabajar. Entonces, en todo caso, pues yo quería subrayar que ha sido constante la posición del Gobierno, por lo menos desde el inicio de su administración, de que la obediencia debida, si bien es, y lo respetan de esa forma es estructural y es connatural a la disciplina militar, en ningún caso puede dar lugar, a que los subalternos se escuden en ella, para cometer graves violaciones a los derechos humanos; quisiera adicionar que este texto se ofrece en ese sentido. Quizá pudiese obedecer por eso de carencia por lo que la comisión 1533 se dedicaba específicamente al tema de derechos humanos y el de impunidad, el grupo era el tema en derechos humanos por eso la especificación de las conductas que deberían quedar excluidas.

DR. LUIS ANTONIO MUNEVAR.

Iba a hacer un agregado en su ponencia que hace sobre obediencia debida, haciendo hincapié en que para la Policía Nacional, obra es la obediencia reflexiva, y la modificación que yo propondría a Comisión sería la siguiente “ el subalterno debe”; utilizo la palabra “debe”, porque la palabra “puede” es optativa, puedo o no, si quiere o no quiere, el subalterno debe abstenerse de cumplir una orden impartida por un superior, cuando de su ejecución implique manifiesta, grave e injusta violación de la ley y de los derechos humanos de las personas, porque hablaba en primer lugar de que puede ser optativo, pero como no tenemos como se dice, enteramente una obediencia, entonces, si el subalterno sabe y ve que esa orden impartida por su superior es clara y manifiestamente violatoria de la ley y de los derechos humanos, debe no cumplir esa orden, porque si la cumple, esta implicado como especie de cómplice o coautor del delito que se comete.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Quedaría entonces como?.

DR. LUIS ANTONIO MUNEVAR.

Obediencia debida: el subalterno debe abstenerse de cumplir una orden impartida para un superior, cuando de su ejecución, implique la manifiesta grave e injusticia violación de ley”.

DR. LUIS ANTONIO MUNEVAR.

De acuerdo su ejecución, se agrega “el de”; bueno entonces si quitamos el de , cuando su ejecución implique la manifiesta grave e injusta violación de la ley y de los derechos humanos de otra u otras personas.

MG. RODOLFO TORRADO QUINTERO

Tengo una consideración para solicitar, que se explique el alcance de esta definición, que están dando, porque ya la están modificando, pero no hemos tenido una ampliación, una sustentación de esa propuesta.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Por eso les dije muy claro desde el principio, que era simplemente una ponencia para empezar a abrir la discusión, usted tiene una ponencia, también la ponencia que fue sometida a consideración por parte del DR. SERPA, pero yo tenía el compromiso de traerla aquí, bien es muy sencillo, aquí ya viene el primer debate

que le dieron; dijeron que no debía ser como artículo, si no como un eximente de responsabilidad, que se debía tratar dentro de lo que es la exonerabilidad, la eximencia o no de la responsabilidad, la obediencia debida, entonces ya tenemos una discusión al respecto, ahora sigamos discutiéndolo, tenemos varias ponencias, tenemos esta adaptando a lo que es, si es eximente o no de responsabilidad la que representa el DR. SERPA y la que representa usted para empezar la discusión.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO.

Pero yo tengo una moción de orden, yo creo que debemos resolver si vamos a colocarla dentro del capítulo de eximentes de responsabilidad, para decir por ejemplo, la orden superior exime de responsabilidad, salvo dos casos, es decir y la colocaríamos allí sistemáticamente, a mi me parece bastante conveniente eso de manera que discutamos un momento donde va a quedar ubicada, si va hacer una aclaración complementación o norma, en relación con los eximentes de responsabilidad.

MG. RAMON NIEBLES USCATEGUI

Yo pienso que como la presenté, como artículo precisamente cambiar lo que estoy diciendo, no que en caso de dar una definición sobre esto vamos a tratarlo como un eximente de responsabilidad.

DR. HERNANDO VALENCIA VILLA.

Yo creo que la pregunta del DR. CANCINO es muy pertinente, pero se podría responder en la medida que entremos en materia, aquí tenemos fuera de la exposición muy interesante, que sobre el particular ha hecho el MG. TORRADO, que nos sirve como marca muy adecuada para toda discusión, unas dos formas, dos propuestas concretas; la una la del MG. NIEBLES, que me parece un excelente punto de partida, está presentada en la forma de un decreto del subalterno, que de acuerdo con la sugerencia que acaba de hacerle, sería más bien una obligación, podría verse como una obligación, el subalterno puede abstenerse; o debe abstenerse de cumplir,. La otra forma es la que nos ha transmitido el DR. SERPA y que nos explicaba la DRA. KAREN, ese es el resultado del trabajo de la Comisión de 1533, a través de su grupo de impunidad y está formulada más bien en la forma de un eximente de responsabilidad; yo quisiera recordar un par de puntos; que parecen útil traer a colación en este momento, aunque están implícitos en lo que decía el MG. TORRADO, creo que hay que subrayarlos con fuerza.

Primero, de acuerdo con la norma Constitucional, que nos guía en esta materia, si de orden militar se sigue la comisión de un delito, el superior siempre es el responsable, sobre esto espero que no haya la menor duda, ni el menor equívoco, si de la orden militar, se sigue un delito, el superior siempre es responsable no hay ninguna excepción, ningún matiz, ningún atenuante. Segundo, a partir de esta regla general, o norma general, que nos forma en forma inequívoca el Art. 91 Constitucional, la pregunta entonces es cuándo la orden militar puede ser invocada por el inferior; para eximirse de responsabilidad penal?, creo que esa es la pregunta metodológicamente hablando que deberíamos poner en el centro para guiar toda la discusión. Sobre la fórmula del MG. NIBLES, yo quisiera avanzar un par de comentarios, me gusta la adición que se ha propuesto, yo creo que mucho más que una factura optativa del subalterno deberíamos hablar de una obligación legal, por parte de todos los miembros de la Fuerza Publica, frente a ordenes que implique violaciones de los derechos humanos o infracciones de la ley como se ha seguido. Tercero, el MG. NIBLES nos propuso dos objetivos y luego los añadió a un tercero para calificar el concepto de violación, la fórmula dice: "manifiesta e injusta violación", es la presentación que se ha hecho; yo quisiera llamar la atención sobre la gravedad y el carácter manifiesto de la violación, pienso que hay poco que discutir, pero la injusticia, el que la violación sea injusta, me resulta problemático, me resulta difícil de entender, porque en determinadas circunstancias podría invocarse, la injusticia de ciertas violaciones, la justicia entre comillas, o mejor dicho la justificación de ciertas violaciones o de ciertas conductas que afectan los derechos de otras personas y en cualquier caso, me parece un concepto difícil de manejar en derecho, no sé que opinen los otros colegas, la materia es altamente opinable, pero si bien podemos ponernos de acuerdo pienso yo, con relativa facilidad, sobre lo que es grave o sobre lo que manifiesto, veo mucho más difícil que en torno a la categoría de injusticia, podemos encontrar un criterio más o menos concreto o más o menos objetivo, que nos permita distinguir entre otras cosas por la principal razón de que toda violencia de los derechos humanos, es injusta, no todo es grave, sin embargo, ni toda es manifiesta, si toda es injusticia en mi opinión, pero en cualquier caso, pues quiero aportar estas ideas al debate.

DR. ALEJANDRO HERNÁNDEZ.

Como en la oportunidad se discutió el tema de las causas excluyentes de responsabilidad se acordó suspenderlo o aplazar para la oportunidad en que se discutiera el tema de obediencia debida, aquel relacionado con la orden legítima de la autoridad competente, expedida por las formalidades legales, creo que oportuno considerar que la propuesta del MG. TORRADO, cabría perfectamente con las modificaciones que se propone; yo preferiría que se hablara de la grave y manifiesta violación de la Constitución y la ley, de todas maneras, que busquemos una redacción, en que se comprendiera, todo el tema de obediencia debida en que lo propone el General, pero que se ubicará dentro del campo del capítulo correspondiente a las causas excluyentes de responsabilidad, porque indudablemente el tema, tanto el punto de vista Constitucional, como desde el

punto de vista penal, cabe más en el campo de la exclusión de responsabilidad que dejando un artículo al aire, en el campo del código donde en el que no encontraríamos finalmente, en que capítulo lo podríamos colocar, o no ser, que fuera un principio general, una norma rectora, que se yo perfectamente estaría muy bien ubicada, creo que en el capítulo relacionado con los excluyentes de responsabilidad.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Aclaro que esta ponencia la pasaba no como artículo, si no la representaba como eximente de responsabilidad, en lo cual tengo toda la razón como usted, en eso en que sea pues necesario definirla, habíamos dicho, yo tengo también una pequeña modificación, entonces quiero que quede claro que la ponencia queda de la siguiente forma: " como eximente de responsabilidad" bajo el siguiente texto: " no podrá invocarse la obediencia debida cuando la ejecución de una orden implique la grave, manifiesta e injusta violación de la ley y los derechos de la persona humana". Sería la nueva redacción de la ponencia para la redacción.

DR. LUIS ANTONIO MUNEVAR.

Si General, yo estoy de acuerdo con el sentido de que se excluya como eximente de responsabilidad, por cuanto la Constitución es muy clara al decir; respecto de ellos, los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición respecto de ellos, la disposición recaerá únicamente, esa palabra es definitiva únicamente en el superior que da al orden luego está de acuerdo con la propuesta que cuando digo que se puede reemplazar la palabra "puede" por "debe" tiene la obligación de no cumplir esa orden.

DR. ALEJANDRO HERNÁNDEZ .

El problema es por el lado de la coautora, y por el lado de que de acuerdo con la formula del Código Venezolano, decirse debe o puede, es intrascendente en la medida que si no lo hizo, el problema lo vemos que si pudiendo hacerlo no lo hizo o debiéndolo hacer no lo hizo, de todas maneras la fórmula de coautora o de participación del evento.

MG. RODOLFO TORRADO QUINTERO.

Para solicitar a la Presidencia, que le permita al DR. SACHICA hacer una pequeña aclaración desde el punto de vista constitucional.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Si, pero le habíamos concedido la palabra al TC (r). LOPEZ.

TC (r). RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ.

Es decir, como yo entiendo que se trata de insertar una norma más del Código Penal, es de difícil ubicación y es lo que nos tiene pensando en el capítulo o de parte específica del Código Penal Militar tendría cabida; yo entiendo que no obstante el texto Constitucional que es la reproducción de la Constitución del 86, a pesar de que pudiera dar a entender de que el militar en servicio activo puede cometer hechos de cualquier naturaleza y le basta para quedar exento de responsabilidad la invocación de obediencia debida, la jurisprudencia y la aplicación de los jueces hay hechos de tanto el precepto Constitucional como de las causales excluyentes de antijurisdiccional no ha dado margen porque se admite en Colombia, la teoría de la obediencia ciega, absoluta e irreflexiva por el contrario en la medida que está consagrada como causal de excluyente y antijuridicidad cumplimiento de orden legítimo de autoridad competente dentro de ese marco el juez analiza cada uno de los comportamientos si es o no es admisible la invocación del cumplimiento de la orden y esto no es solo para el simple empleado público es para toda persona incluyendo el militar en servicio activo y de ahí su consagración como excluyente también en el Código Penal Militar y si no cupiese dentro de ese concepto cabría dentro de las causales de culpabilidad porque si el subalterno actuara bajo la condición errada invencible de que está amparado bajo una causa de justificación, es la otra oportunidad en que tiene el juez para admitirla ; yo veo peligroso prohibir la invocación de la defensa legítima como causal de excluyente de antijuridicidad o de limitar su invocación porque pecaría contra el principio de igualdad ante la ley; es distinto que se invoque a que se admita, yo puedo invocar como cualquier otra causa la obediencia debida que significa que se cumpla una orden emanada de autoridad competente y que este revestido de legitimidad, porque es una de las características de la orden en la medida de que esta orden no sea legítima y provenga de orden de autoridad competente no tendrá cabida su invocación y mucho menos su aceptación y prohibirla también sería limitar la potestad del juez de aplicar la Constitución y la ley, entonces estaríamos restringiendo la facultad que tiene todo sindicato de invocar en ejercicio de su defensa cualquier circunstancia que le resulte favorable , otra cosa es que la admita. Entonces si un soldado actúa como la sugirió el DR. CANCINO en concierto previo concomitante y aún subsiguiente no pude invocar el acatamiento de una orden o la obediencia debida como excluyente porque ahí está ya tratándose de coautoría coparticipación así sea previa, concomitante y aún subsiguiente; es decir está haciéndose partícipe de la conducta el autor intelectual es el superior y el otro es un ejecutor de una orden que debía resultaba violatoria de un derecho de una norma en forma flagrante o en forma leve si lo estaríamos abriendo pasa a que se instaure la desobediencia en las instituciones militares porque su pretexto de reflexionar y de analizar si esa orden se ciñe o no a la Constitución a la ley o si resulta violatoria de cualquier derecho, porque también resulta indefinido el número de hechos que quedarían comprendidos

dentro de la infracción o violación de derechos humanos y todas esas son actitudes que se especifican. Entonces mi manera de pensar digo pues por experiencia que tengo que jamás se ha admitido en los tribunales la obediencia debido si no se prueban los elementos estructurales de la misma; cuando se esté cumpliendo una orden emanada de autoridad competente y que esté revestida de legitimidad, orden en principio ilegítima, no debe ser obedecida y eso lo entiende todo ciudadano y eso lo entiende el militar en servicio activo y eso lo entiende el agente y es lo que entiende el empleado público. Entonces para que definir, para que consagrar como precepto algo que está inserto y extendido por todo el texto del Código Penal Militar y de las normas penales en vigencia. Entonces yo propongo por ahora considerar que no requiero consagrar un precepto que diga que no puede invocarse o que el que recibe una orden debe abstenerse de cumplirla precisamente si la cumple, pero de contexto y del comportamiento humano concreto y específico materia de análisis se deduce que antes que el cumplimiento de una orden, hubo fue una coparticipación o un concierto es decir concurre con su voluntad, intención o en el fin concurre con ese hecho punible como va a aceptarse. Yo entiendo que haya un juez en la República que acepte el cumplimiento de una orden legítima; entonces si el juez tiene la oportunidad de valorar en cada conducta humana e independiente, lo hizo ciegamente sin reflexión alguna y llega a la conclusión que es humanamente tampoco le es admisible la invocación, entonces no hay porque consagrarla; entonces no limitamos la facultad del juez de valorar en cada caso si incurren o no las causales excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad; ni tampoco la del sindicato de poderla invocar, que el uno al alegue y el otro la valore en cada caso sin cortapisas legales ni si quiera de la misma Constitución se podría invocar en cada caso cuando es manifiesta, pero es que esa manifiesta violación de los derechos en cada caso se reduce es del proceso respectivo y no anticipadamente y si el militar debe cumplir órdenes las debe hacer dentro del marco Constitucional y legal y el militar no puede ser invitado a que no cumpla las ordenes militares ni al superior se le puede limitar el derecho de impartirlas, porque entonces ya quedamos jugando entre dos extremos, el militar que considera que debe dar la orden y el subalterno que estima que no la debería cumplir. Pero entonces que ocurriría en el medio Militar en donde debe haber una relación directa entre el que manda y el que obedece desde la orden para que vuelo y repito tenga legitimidad para que constituya una relación vinculante debe estar revestida de licitud de legitimidad y con todas las características que reglamentaría y legalmente tiene una orden es decir lógica, oportuna, concisa, clara y desde luego no encaminada directa y manifiestamente a violar o desconocer derechos; lo demás son desviaciones de la conducta, son desviaciones del comportamiento son vicios de persona en el cumplimiento de sus deberes. Es que el militar no está para cometer delitos; con desviaciones de los acontecimientos que están en su cargo, los que eventualmente se constituyen en hechos punibles eso es lo que yo pienso acerca de las propuestas, y mi idea de que mientras exista la excluyente de antijuridicidad, cumplimiento de orden legítima, no hay porque limitarla, el juez tiene la facultad de interpretarla, y el sindicato el derecho de invocarla, si no también se podría por ley limitar el no invocar el estado de necesidad, o de no invocar la legítima defensa, depende de la naturaleza del hecho, entonces si se

consagra es para que frente al principio, igualdad ante la ley y la facultad que tiene el juzgado de analizar en cada hecho de administrar justicia y de decirlo que es cada caso, puede decir en derecho y frente a los hechos, que se someten a su consideración es mi manera de pensar frente a este tema.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Yo creo que el Coronel tiene razón en algunos aspectos, como por ejemplo, en que hasta el momento realmente no se ha aplicado la Obediencia debida estricta, si no que siempre el juez ha analizado eso es la practica en realidad en cuanto al derecho de invocarla pues yo creo que tiene toda la razón. Entonces yo la voy a cambiar aquí en donde dice que no podrá invocarse voy a poner que no podrá aplicarse eso ya es en realidad con el juez ahí ya vendría la discusión de la segunda parte de la propuesta de la observación de mi Coronel, pero por lo pronto vamos a cambiar donde dice invocarse, por no poder aplicarse.

DR. JAIME VARGAS.

Que es la obediencia debida; en primer término pues hemos observado que nos encontramos frente a una atadura de orden Constitucional, atadura en el sentido, de que el artículo que Constitucionalmente, contempla la única eximente de responsabilidad, de ese orden y en donde presenta una delimitación, respecto de los militares, hacia el superior. Esto podría presentarse igualmente, como un derecho al debido proceso, del militar en el sentido que el podría exigir dentro del proceso, entre canon Constitucional, tal como lo presentó el TC (r). LOPEZ sin embargo, pues en aras a contribuir de alguna manera con la decisión, consideramos que el capítulo de obediencia debida, en su ubicación en el Código Penal Militar, debe hacer parte de los eximentes de responsabilidad, doctrinalmente, esto data de muchos años y a través de los tiempos se han presentado muchísimas discusiones en relación, sobre si se trata, sobre una causa de justificación, o si se trata de una causa de inculpabilidad; una persona de algunos Códigos Penales Militares, se le establece como una atenuación, para la aplicación de la pena, la obediencia debida ha sido clasificada inicialmente como una causa de justificación, pura y simple, también se le ha presentado por los que la consideran que se están ante una causa de justificación, pero advierten en su estructura, elementos que la acercan a la inculpabilidad por error, a través de la equivocación de quien realiza la orden, el cual cree conforme derecho, el acto mandado que ejecuta la aprecian como una causa de justificación, pero no lo aprecian autonomía, esa es la conceptualización SEBASTIÁN SOLER en lo que se refiere a error, los doctrinales la dividen, el error respecto de quien de la orden, y el error respecto quien la recibe también, se le ha ubicado como una causa pura y simple de inculpabilidad, otros la ubican como inculpabilidad por error, también la clasifican como causa de inculpabilidad por coacción, en el sentido de que el superior inferior de tal manera en el subalterno, que no le ofrece oportunidad, para reflexionar y en ese sentido debe cumplir la orden, otras como causa específica de

inculpabilidad, también se le clasifica como causa de exclusión de voluntad en el acta, también como causa de exclusión de la culpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta del inferior, y finalmente aquellos que la clasifican como causa mixta de inculpabilidad digamos este recorrido nos permite predicar que necesariamente, la obediencia debida debe ubicarse, dentro del capítulo de eximentes de responsabilidad teniendo en cuenta la unificación que hizo la comisión, en relación con las causas de justificación y con las causas de culpabilidad; eso queda claro, hay otra situación, no se como se manejaría, es sobre aquellos que la consideran como circunstancia de atenuación de la pena, esto para efectos de la ubicación dentro del Código, nosotros es decir con las advertencias Constitucionales, con el problema de orden Constitucional, que se ve venir en el sentido, de que si se regula dentro del Código, puede meterse el legislador, en un problema de orden Constitucional, con el Art. 91, si vamos a poner a consideración una definición, quedaría ubicada dentro del capítulo de los eximentes de responsabilidad y después de que se trate lo relacionado con la eximente que aparece en el numeral 2 del Art. 26, la propuesta diría así: "No constituye eximente de responsabilidad o de atenuación de pena", ahí quedan combinadas las dos circunstancias que hablamos para los militares, en el sentido a que los miembros de la policía podrían quedar comprendidos, cuando la orden sea manifestadamente ilegal o constituye delito.

DR. YESID REYES ALVARADO.

En los puntos de partida, yo estoy básicamente de acuerdo con el TC (r) LOPEZ; en este sentido, el dice que no cree que haya un funcionario judicial, que esté en condiciones de aceptar como eximente de responsabilidad el cumplimiento de una orden ilegítima, es decir, que no cree que haya alguien quien puede reconocer como eximente de responsabilidad el cumplimiento de una orden emitida por fuera del marco Constitucional legal; sin embargo, a partir de esos presupuestos el TC (r) LOPEZ dice que sobraría una limitación a la orden, puesto que esas limitaciones no deben haberse a las eximentes de responsabilidad, como no se deberían hacer y no se hacen a los eximentes de culpabilidad, o a las causas de justificación; yo creo que eso depende en buena de parte de cómo se entienda el concepto de limitación; si el concepto de la limitación lo entendemos como poner límites, no sólo que se de puede sino se debe establecer un límite a cualquier eximente de responsabilidad, de antijuricidad o de inculpabilidad; fíjese usted que las causas de justificación como el estado de necesidad o la legítima defensa tiene limitantes legales; y como cada una tiene un par, existe por lo menos treinta limitantes legales; solo dentro de ese marco, dentro de esos precisos límites que ha establecido el legislador, puede invocarse con efectividad una legítima defensa o un estado de necesidad; entonces no es cierto, que no valgan las limitaciones a las causas de justificación de culpabilidad o eximentes de responsabilidad, como se las quiere llamar; yo tampoco creo que sobre este caso (a pesar de que pueda haber consenso en la práctica, en cuanto a no reconocer como eximen de responsabilidad e incumplimiento de ordenes institucionales), sobre la limitación, porque en la propuesta del MG. NIEBLES, lo que se pretende es puntualizar muy

bien, como una guía para el juez, que las ordenes manifestadoras ilegales o las ordenes que implique una manifiesta grave violación de la ley y de los derechos de otra persona, no pueden ser invocados como eximentes de responsabilidad; pienso que eso no supone, que un poco el temor del TC. (r) LOPEZ, que se abra la puerta a cualquier oficial o a cualquier miembro de las Fuerzas Militares, para negarse a acatar las ordenes de acuerdo con la propuesta del MG. NIEBLES, se pueden negar a acatar esas ordenes cuando su cumplimiento implique una manifiesta y grave violación de la ley y de los derechos humanos; fíjese que no se abre una puerta a la impunidad; que están estableciendo clarísimos límites a los casos en los cuales, como lo reconoce la práctica de acuerdo con el mismo concepto del TC.(r) LOPEZ; en síntesis, no creo que sobre una limitación a esta eximente de responsabilidad; por el contrario creo que limitación es conveniente para evitar excesos en cualquier sentido; es decir que contrariamente a lo que piensa el TC. (r) LOPEZ, yo creo que esa limitación con las muy puntuales precisiones del MG. NIEBLES, sobre la existencia de una violación manifiesta y grave, (yo excluyo lo que injusticia), resulta conveniente general para las Fuerzas Militares.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Vamos a dar antes de este tema y pasar también a lo que tenemos pendientes como última intervención al DR. CANCINO.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO.

Simplemente iba a decir lo que dijo el DR. REYES y estoy plenamente de acuerdo con él, que el término injusto, es supremamente maleable y tiene el contenido de lo antijurídico luego yo creo que se puede quitar, lo que podría agregar simplemente es que la referencia a la norma como causal excluyente o dentro del sistema de tratamiento del excluyente de responsabilidad podría obviarse un poco no haciendo referencia ni al juez ni a la persona, a mí me parece un poco peligroso en el Código enviar el mensaje a la persona, ya sea en el término debe o puede porque nos arma un problema probatorio bastante grave, podía o debía que son factores que más bien dicen relación y no sobrar en el análisis de culpabilidad en el sistema dogmático tradicional entonces queda solucionado por ese lado dejando el problema al juez no se aplicara referido al juez también puede ser peligroso, yo creo que podríamos optar por una posición neutra,; es decir como una mensaje dogmático; no será causal de excluyente de responsabilidad o algo por el estilo y así solucionamos los problemas de carácter subjetivo, por demás yo tengo que advertir que a mí me parece muy atinada y hay que felicitarlo esta propuesta del MG. NIEBLES, yo lo felicito muy sinceramente además por encima de algunos conceptos estrictamente dogmáticos parece que tengamos una especie de compromiso internacional y a ese hay que pararle bolas, hay veces en

que la redacción de un Código conlleva algunos matices no propiamente depurados de toda dogmática, pero que llevan un mensaje, hay una situación grave en la doctrina Colombiana en la aplicación dogmática de la doctrina militar y decir esto es un fenómeno político que hay que hacerlo de tal manera que aprovechemos la oportunidad que se ha presentado una solución bastante importante y aprovechémosla para dar ese paso así nos parezca en principio que la norma no se dogmáticamente necesaria, pero conlleva un mensaje muy importante.

MG. RODOLFO TORRADO QUINTERO.

Si el que al decir únicamente, que cuando se trata de injusta violación de los derechos de otra persona, yo creo que el problema de la obediencia debida es ante todo delito.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Es que se hizo una corrección tal vez tu no la escuchaste y es no podrá aplicarse ahora en el caso de la observación que hace el Doctor, no será causal de obediencia debida cuando la ejecución de una orden implique la grave, manifiesta e injusta violación de la ley y de los derechos de la persona humana.

MG. RODOLFO TORRADO QUINTERO.

Porque yo dejo constancia aquí, de otra que podría reemplazarse la obediencia es debida cuando el que manda lo hace en virtud de sus atribuciones y el que obedece en obra dentro de sus deberes entonces, no estamos especificando aquí de ninguno sino se está hablando de la obediencia debida.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Podemos discutirlo de todos modos, dejemos la discusión para mañana.

Se termina la sesión siendo las 8:45 p.m., y se convoca nuevamente, para el miércoles 07-JUNIO – 95 a las 4:00 p.m.

**TRANSCRIPCION DEL ACTA No. 13, DEL 07 DE JUNIO DE 1995,
PRIMERA PARTE - TEMA : OBEDIENCIA DEBIDA**

DR. LUIS CARLOS SACHICA.

Referente a la propuesta que se presentó en la reunión de ayer, sobre OBEDIENCIA DEBIDA, estableciendo que esta no será causal eximente de responsabilidad, para los militares en servicio activo, cuando se cumplan órdenes en forma manifiesta y grave, digo que se deben hacer estas consideraciones desde el punto de vista constitucional, respecto de esa propuesta; una, viola el artículo 91, de la Constitución, ya que esta disposición es lo que algunos doctrinantes llaman una cláusula cerrada, que no admite desarrollo legislativo, porque el Constituyente agotó la materia, la reguló integralmente, y tan cierto es esto, que no remitió a la ley, para que esta determinara ninguno de sus aspectos, de tal manera, que creo que el artículo 91, tanto el primer inciso, como el segundo inciso, ambos no son susceptibles de ningún tratamiento, de ningún desarrollo legislativo, porque lo dijo todo el constituyente, de manera que cualquier desarrollo legislativo, nos lleva a una confrontación entre la norma legal y la norma constitucional, en que cualquier desfase de la ley implica inconstitucionalidad;

tanto es así, que, nótese bien, tampoco su primer inciso, admite regulación legal alguna, que limite o modifique en ningún sentido su preceptiva. Me pregunto, será que puede variarse el principio de responsabilidad de los particulares y de los funcionarios civiles limitándolos?. Intentemos la redacción de la una fórmula parecida a la propuesta del señor MG. NIEBLES, para la primera, se podrá cambiar el inciso primero del artículo 91?, se podrá reinterpretarlo, yo no creo, porque el constituyente no dejó esa posibilidad, ese es el primer reparo a la propuesta que está en discusión; pero encuentro otro, que a mí me parece tiene más fuerza todavía, y ésta, el inciso segundo del mencionado artículo 91, es una excepción a la regla del primer inciso, el primer inciso del 91, dice: Quién cumple una orden inconstitucional o legal, que causa daño, responde tanto, como quien la impartió; el inciso primero es una regla sobre responsabilidad del artículo 91, entonces quienes ejercen función pública, si son civiles, responden conjuntamente, el que dio la orden y el que la cumple, cuando esa orden se da en detrimento o daño de alguien, en cambio, si de trata de militares, no sucede lo mismo, porque solo responde el militar que da la orden; entonces digo yo, esa excepción, no admite esguince alguno; en cuanto al caso en ella previsto, notemos el adverbio, “únicamente”, que no da alternativa constitucional y la responsabilidad recae en el superior que da la orden, de manera que si la ley, ignorando que se trata de una excepción a la regla, e ignorando el adverbio “únicamente” establece una alternativa, en que la responsabilidad, ya no recae únicamente en quien dio la orden, sino que puede recaer también, en quien la ejecutó, creo que evidentemente hay una violación constitucional. Por tanto como es evidente que la fórmula propuesta, que se está comentando introduce una excepción a la excepción, su efecto no es otro que el de confirmar la regla, lo que equivale nada menos, que a eliminar la excepción establecida por la constitución, sin exclusión alguna de no dejar salida del adverbio, “únicamente”, es decir a modificar la constitución violándola; para así, en una clara violación de la constitución; una fórmula así, solo valdría, si se propone como norma constitucional, que adicionara el inciso segundo del artículo 91, sería perfecta, como norma constitucional, “responderá únicamente, el superior que da la orden, a menos que se trate de una orden injusta”, ahí quedaría perfecta como norma constitucional, pero como norma legal, está violando el inciso segundo del artículo 91, porque le está introduciendo una excepción a la excepción y toda excepción de excepción; no es otra cosa, que la confirmación de la regla. Tercer reparo, esa fórmula al dejar sin efecto la excepción del inciso segundo, porque deja sin efecto, el inciso segundo de la Constitución, del artículo 91, equipara totalmente el tratamiento de la responsabilidad de los funcionarios civiles, con la de los militares en servicio activo, dejando sin sentido dicha norma, o sea que se acabó la diferencia que estableció al artículo 91; si sugerimos y alentamos esta modificación por una ley, no habría diferencia alguna, sería idéntico el funcionario civil y el funcionario militar, en cuanto a responsabilidad, un desarrollo con tales consecuencias, es inconstitucional.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

Yo me permito disentir completamente de esa posición, yo creo que la interpretación se puede hacer, la Corte Suprema de Justicia, en materia de obediencia debida, interpretó claramente y dio una definición que perfectamente, por ser interpretación, se puede trasladar a una ley, sin que se pueda llamar inconstitucional, porque la misma Corte Constitucional, está diciendo que esa es la interpretación de la Constitución, de tal manera que trasladar el pensamiento, de los magistrados que tienen competencia para interpretar la Constitución, no me parece que pueda ser institucional, esa es una discusión que aceptándola objetivamente, cerradamente, nos llevaría a consecuencias funestas; decir que la Constitución no se puede interpretar, es una posición, supremamente conservadora, para el legislador; en materia constitucional el artículo 91, no está hablando de delitos, está hablando de infracciones manifiestas de preceptos constitucionales, que perjudiquen a una persona que pueden ser delitos, pero pueden no ser delitos; puede ser infracción de cualquier naturaleza; porque el legislador aquí no lo dijo, de donde nosotros únicamente vamos a trabajar con el delito, pero como una de las infracciones a la Constitución, es el delito, entonces aquí es donde tenemos que ser ágiles y recordar que también la Constitución se debe interpretar sistemáticamente, y como se dice que respecto de ello, la responsabilidad recae, únicamente, y el hecho de que haya un artículo que se lea exegéticamente, y como se dice que respecto de ello, la responsabilidad recae, únicamente, en el superior, pues claro que recae en el superior, pero hay que interpretar ese artículo, con otras normas de la Constitución y con el contenido mismo de la norma, la norma en ningún caso, esta diciendo que se refiere a la infracción delito, sino a la infracción. En segundo lugar, yo me agarraría de muchas normas, pero vamos a hacer una, para qué están instituidas las autoridades de la República, para defender a los ciudadanos en su vida, honra y bienes, no para cometer delitos a través de órdenes, entonces ya tengo otra norma de rango constitucional, antes de descender a la ley, que me permite empezar a interpretar esta norma, diciéndole si la orden superior, cuando es una orden que quebrante un precepto constitucional, pues indudablemente que lleva la responsabilidad superior, incluso habría que interpretar otro aspecto, órdenes que se relacionan con el servicio y órdenes que no se relacionan con el servicio, hay un problema de interpretación, porque hay que mirar en forma sistemática la Constitución, y cuando se está hablando de órdenes y de actividad militar y de relación con el servicio hay que pensar también en esas cosas; de tal manera que a mi me parece que la orden militar hay que entenderla dentro del contexto militar, nosotros en la propuesta simplemente, estamos interpretando una norma, en correlación con otras constitucionales y en este caso concreto con un pensamiento de la Corte Constitucional.

DR. LUIS CARLOS SACHICA

Con todo respeto por las apreciaciones del DR. CANCINO, una precisión, los alcances de los fallos de Constitucionalidad de la Corte Constitucional, son limitados, los fija la propia Constitución, y no van más allá, porque no se puede, son dos los efectos de una fallo de inconstitucionalidad la norma declarada

inconstitucional, no puede volverse aplicar nunca, y por lo tanto no se puede reproducir mientras esté vigente la norma que fue violada en el sentir de la Corte, de manera que es muy distinto que en las motivaciones de su fallo, diga lo que diga, y otras cosa volverlo norma legal en un código, porque así lo dice la constitución, en el artículo 243, que dice: Efectos. Los fallos que la Corte dicte en el ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y que es cosa juzgada constitucional, la define enseguida, ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la carta las disposiciones que sirvieron para ser la confrontación entre la norma legal y la constitución, eso no se puede volver ley, las consideraciones no se pueden volver ley, son las apreciaciones que hizo el ponente, a la corte que acompañó esa opinión para motivar y justificar la parte resolutive, yo no creo que hagan tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte motiva del fallo, sino solo la parte resolutive, como lo ha enseñado siempre la doctrina segundo, DR. CANCINO, es obvio que la interpretación debe ser sistemática, pero lo que si no podemos es acudir al derecho comparado, porque no hay una constitución como la colombiana que tenga un artículo como el 91, y tercero, la Constitución es norma de normas, y si es norma, esa no puede ser desacatada por nadie y volvemos al tema; la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, no tiene más alcances que el del fallo, pero lo que diga la Corte no es vertible en la ley, ese es el punto de vista que yo tengo.

DR. HERNANDO VALENCIA VILLA

Este es un debate trascendental, por supuesto las autorizadas opiniones del DR. SACHICA, son de mucho peso para todos nosotros, sin embargo, yo tampoco comparto su lectura que encuentro muy apreciable, pero me parece que es una entre varias posibles lecturas del artículo 91 constitucional, en primer lugar, el maestro SACHICA nos dice que en su opinión tanto el artículo 91, como muchos otros, de la actual ley fundamental, es una cláusula cerrada, yo no estoy de acuerdo, yo he venido siguiendo muy de cerca todo el proceso de desarrollo, de la carta del 91, y he sostenido en muchas conferencias públicas, que aunque la Constitución del 91, se puede considerar como una constitución analítica, es al mismo tiempo una constitución abierta; me explico, en esta clasificación de las constituciones, según su textura, se dice que las constituciones sintéticas, tienden a ser abiertas, mientras que las constituciones analíticas, tienden a ser abiertas, mientras que las constituciones sintéticas, tienden a ser cerradas, las constituciones sintéticas son las constituciones breves pero suelen considerarse abiertas, al mismo tiempo, porque hay que llenarlas de sentido, hay que adaptarlas, hay que permitir que se acomoden a las cambiantes circunstancias a la sociedad que gobierna, en cambio las constituciones analíticas, como la brasileña, se consideran cerradas porque tienen pretensiones de código; sin embargo creo que la Constitución Colombiana, aunque tiene 450 artículos, 380 permanentes y 60 transitorios, por la forma en que fue adoptada y por la textura misma de la mayor parte de las normas de la constitución llena de cabos sueltos,

llena de lagunas y de posibilidades de interpretación, de reglamentación y de aplicación y en cualquier caso, en abandono de esta tesis la Corte Constitucional, ha venido haciendo unas interpretaciones tales de este artículo 91, y de otros artículos, que no tenemos más remedio que concluir que en opinión del tribunales constitucional, que tenemos, estamos en presencia de una norma constitucional abierta, de una norma constitucional, que puede y debe interpretarse de manera sistemática o contextual, porque si nos atenemos a una interpretación como lo que propone el maestro SACHICA, pues la consecuencia, inequívoca, no lo dijo, pero está implícito en sus palabras, la consecuencia que yo deduzco de su lectura del artículo 91, es que la obediencia sería ciega y no habría ninguna excepción, yo me atrevería a calificarla porque de su planteamiento se deduce que no habría ningún caso, bajo su lectura del artículo 91, particularmente de su segundo inciso, en el cual el inferior podría ser encontrado responsable por el cumplimiento de la orden, siempre que la orden venga del superior, exime completamente al inferior, yo no estoy de acuerdo con esa lectura y la corte constitucional, en su sentencia de mayo 18 pasado, sobre el protocolo II de Ginebra, piensa lo mismo, y si ustedes me permiten, yo no quisiera leerles media página, justamente sobre este tema, que me parece que puede enriquecer el debate "Estas consideraciones dice la corte, muestran que no se puede interpretar el artículo sobre obediencia debida, en forma aislada, sino que es necesario determinar su sentido de manera sistemática. Es pues necesario poner en relación este principio con los otros principios, derechos y deberes consagrados por la Carta y en relación particular se requiere armonizar su alcance con las obligaciones mínimas impuestas a las partes en conflicto por el derecho internacional humanitario con el fin de proteger, en todo momento, la dignidad y la integridad de la persona humana, puesto que la obediencia militar no puede ser ciega frente a órdenes claramente contrarias a estos valores. Ya esta Corporación había señalado que la fuerza irradiadora de los derechos fundamentales. "Por el lugar prioritario que ocupan en el orden político, económico y social justo, limita entre otros, el alcance del artículo 91 de la Constitución".

En tales circunstancias, una conclusión se impone: no se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los derechos humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición e penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes. Esta conclusión no sólo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el derecho internacional humanitario sino que, además coincide con lo prescrito por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano. Así lo consagra, por ejemplo, la "Convención contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes" de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita por nuestro país el 10 de abril de 1.985, aprobada por la ley 70 de 1986, ratificada el 8 de diciembre de 1987, y por ende, en vigor para Colombia desde el 7 de Enero de 1988. El artículo 2º. Ordinal 3º. De esta Convención, la cual prevalece en el orden interno, puesto que reconoce derechos que no pueden ser suspendidos en los

estados de excepción (CP art. 93), establece inequívocamente que no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

Esto demuestra, que el artículo, es interpretable, segundo, que la Corte Constitucional, lo ha interpretado, y lo está interpretando, tercero, que lo está interpretando en el sentido, de no considerar que se trata de una excepción absoluta, o sin fisuras, o sin límites, como se nos ha sugerido aquí, sino que se trata de una excepción cualificada, de una excepción que tiene condiciones de aplicación y en concreto viene a decir la corte, en su referencia clarísima, y muy pertinente a la convención sobre la tortura, que en ningún caso podría haber una orden superior de torturar, que pueda eximir de responsabilidad al inferior que la ejecuta, o que la cumple, por que en mi opinión, y esto hay que mirarlo, en el contexto de toda la sentencia, que trae una referencia muy clara y contundente, sobre el llamado bloque de constitucionalidad, que formarían los tratados internacionales, de derechos humanos y de derecho humanitario, junto con la propia Constitución, la corte viene a decir aquí, que en materia de tortura, hay una excepción a la excepción, para responderle, directamente al maestro SACHICA, la Corte nos está diciendo aquí con todas sus letras, que en materia de tortura, hay una excepción el inciso segundo, el artículo 91, porque no puede haber en ningún caso, orden superior de tortura, o para torturar que exima al inferior de responsabilidad que ejecute la orden, pero en últimas el mensaje aquí es que la Constitución debe ser leída, el maestro SACHICA, la lee, con su gran sapiencia, pero la lee, otros la leemos también, y lo que tratamos de hacer en esta comisión, es leer el artículo, para efectos de disponer lo pertinente, en un proyecto de código de Justicia Penal Militar, que estamos preparando, para el Gobierno y hay algunos de nosotros, que pensamos, que el artículo no puede leerse, en el sentido, de que se trata de una excepción absoluta, sin fisuras o sin límites.

DR. LUIS CARLOS SACHICA

DR. VALENCIA, me perdona una pequeña precisión, si es posible que la corte, reconozca que existan excepciones, pero fíjese usted, que no emanan del derecho interno, sino del derecho internacional, es un fallo, en el cual se está revisando la Constitucionalidad, para ver si es compatible o no con la norma constitucional, y es a propósito de eso, que dice la corte, que el artículo 91, no ese absoluto, pero no, frente a normas del orden jurídico interno, sino frente a normas de origen internacional, entonces hay que leer completa la sentencia, de la Corte Constitucional, en su exacto sentido.

DR. HERNANDO VALENCIA VILLA

Perdóneme, pero sobre esto, tengo una lectura diferente, lo que la corte ha dicho, es que las normas internacionales de derechos humanos, tienen rango

constitucional, por tanto cuando nosotros leemos el 91, para redactar nuestro proyecto de ley, tenemos gobernarnos, por el bloque de constitucionalidad, que incluye normas internacionales, eso es lo que nos manda la jurisprudencia dominante de la Corte Constitucional.

DR. GUSTAVO GALLON

Yo quisiera hacer dos comentarios, a las muy interesantes apreciaciones del DR. SACHICA, para discrepar con todo respeto de ellas, la primera controversia que quisiera plantear es la de que no es cierto que el artículo 91 de la Constitución Nacional sea una norma cerrada y la segunda controversia que quiero plantear, que no es cierto, que la cosa juzgada, constitucional, derivada, de las decisiones proferidas de la corte constitucional, se restrinja a lo contenido en la parte resolutive, sobre el primer punto, el DR. SHACHICA, nos ha propuesto, que leamos el artículo 91, de un manera literal, con prescindencia del resto de la Constitución; varios de quienes me ha precedido en la palabra, han referido a la necesidad de adoptar una postura diferente, y es la de integrar la lectura de ese texto con la constitución, posición que yo comparto pero además de compartirla, quisiera agregar un elemento adicional, y es que esta posibilidad de leer el artículo 91 de la Constitución, junto con otras normas de la misma, no es solo una posibilidad, sino una obligación del interprete, y podría discutir, cuales son esos artículos con los cuales se debe leer en conjunto la Constitución, pero hay un artículo de la Constitución del 91, que es incontrovertible, en cuanto a la necesidad de leerlo conjuntamente con el 91, que es el 93 que me voy a permitir leer:

“Artículo 93, Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

Este artículo ha conducido a la Corte Constitucional, a asumir que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, y la Corte Constitucional, ha expresado reiteradamente, esta tesis, a través de la figura del bloque de constitucionalidad. Ahora bien, que dicen los tratados internacionales de derechos humanos, al respecto, la convención internacional contra la tortura dice en su artículo 2º. Ordinal 3º. Lo siguiente: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior, o de una autoridad pública, como justificación de la tortura, no se trata en este caso, de un mandato del derecho internacional, sino de una norma incorporada al derecho internacional, contrariamente a lo que ha sostenido el DR. SACHICA, por virtud de la ley 70 de 1886 de una norma de

carácter legal, basada en un tratado internacional, elevada a rango constitucional, por virtud del artículo 93 de la Constitución, por consiguiente es claro, que el artículo 91 de la Constitución debe leerse por lo menos, en la siguiente forma:

Inciso primero. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional, en detrimento de alguna persona, el mando superior no exime de responsabilidad, al agente que lo ejecuta.

Inciso segundo. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición, respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

Inciso tercero. No podrá invocarse la orden de un funcionario superior, o de una autoridad pública, como justificación de la tortura.

Esa es la consecuencia del bloque de constitución, esa es la consecuencia del artículo 93 de la Constitución del 91, que además se amplía con el artículo 94, que dice: La enunciación de los derechos y garantías, contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos, lo cual equivale a decir, que la prohibición contra la tortura, de la invocación de la orden de funcionario superior, para justificar la tortura, debe entenderse como prohibición de la justificación de funcionario superior, para otras graves violaciones derechos humanos y derecho humanitario; por consiguiente y respecto a este primer punto, concluyo, que es evidente, que el artículo 91, no puede ser una cláusula cerrada según el mandato preciso de la Constitución, expresamente dispuesto por el artículo 93, de la misma; el segundo punto, al cual quiero referirme, es a la pertinencia, que a través de la ley, se consagre lo que la Corte Constitucional, haya declarado con autoridad de cosa juzgada, respecto de esta materia, el DR. SACHICA, nos dice que la cosa juzgada constitucional, solamente puede estar referida a lo contenido en la parte resolutive de las sentencias; con todo respeto me permito discrepar de esta tesis, basado en una jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, que han señalado, que dicha cosa juzgada, no se restringe a la parte resolutive de la sentencia, sino también a aquella parte motiva, que guarda relación directa con la parte resolutive, de tal manera que si la corte ha dicho tanto en la sentencia relativa, el estudio de constitucionalidad de Protocolo I, adicional a los convenios de Ginebra de 1944, como con ocasión del estudio del Protocolo II, o de la constitucionalidad de Protocolo II, que no puede invocarse, la obediencia debida, para justificar delitos que constituyan actos de grave violación a los derechos humanos y derecho humanitario, es claro que el legislador perfectamente puede indicarle al juez, cuales son los parámetros dentro de los cuales debe marcar la aplicación del principio de obediencia, contenido en el artículo 91, y con ello, no hará más que transcribir en el texto legal, lo que la

Corte con autoridad de cosa juzgada, ha decidido en un texto jurisdiccional, por último, esto no sería cosa distinta, que aplicar lo que han dicho los autorizados miembros de la Comisión, que han ejercido funciones jurisdiccionales en la Justicia Penal Militar, en el sentido de que no se ha entendido, por el contrario, como una disposición, que no debe ser aplicada, en el caso de violación manifiesta y grave, de los derechos humanos y de preceptos constitucionales y legales.

DR. YESID REYES ALVARADO

Yo estoy en principio de acuerdo con las apreciaciones que ha hecho el DR. GALLON, respecto de la fuerza vinculante de las providencias constitucionales; sin embargo, conviene recordar que lo que estamos discutiendo es si esa eventual norma, sería o no constitucional, o dicho de otra forma, nos preguntamos, qué irá a decir la Corte constitucional, sobre una norma que nosotros vamos a redactar sobre obediencia debida; y si es así, me parece que resulta muy conveniente tener en cuenta las apreciaciones que ha hecho la corte Constitucional, respecto de ese artículo sobre obediencia debida, porque nos está indicando lo que la corte diría en el evento de que aprobemos una norma como la que ahora está en discusión; entonces por lo menos respecto de esa eventualidad de un pronunciamiento de la Corte Constitucional son perfectamente válidas las apreciaciones que el DR. CANCINO hace invocando la providencia de la Corte; y también siguiendo un poco en esta línea entiendo que tiene razón el DR. VALENCIA VILLA, cuando dice que la parte motiva de esa providencia muestra claramente que la norma constitucional, en el artículo 91, no es una norma cerrada, sino que es una norma abierta que debe interpretarse en bloque; es decir, esa norma no puede interpretarse en forma aislada, dejando por fuera el análisis de todo el contexto de la Constitución, como también lo ha advertido el profesor CANCINO; entonces si la excepción del artículo 91 no admite excepciones, como lo propone el maestro SACHICA, entonces tiene razón el DR. VALENCIA cuando dice que la obediencia es ciega, nos guste o no el término; si la excepción no admite excepciones, la obediencia es ciega, pero si la obediencia es ciega, entonces la Constitución, está autorizando la violación de normas constitucionales, como por ejemplo el artículo 11 de la Constitución, que dice que el derecho a la vida es inviolable, y no habrá pena de muerte; pues resulta que sí la puede haber en el sentido de que a través de una orden se puede imponer una pena de muerte, y quien la ejecuta directamente está exonerado de responsabilidad; también se violará el Art. 2º. Que habla de los principios fundamentales, y dice que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad, y garantizar la ejecutividad de los principios, derechos y deberes consagrados en le Constitución; entonces la pregunta es. Podemos aceptar que la obediencia es ciega como lo establece el Art. 91 de la Constitución Nacional y sostener igualmente que a través de esa obediencia ciega, que permite violaciones a normas Constitucionales, el Estado está cumpliendo con uno de sus fines esenciales, que es el de garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución?, yo creo que no.

CF. GERMAN PRIETO NAVARRO

En principio yo estoy de acuerdo con el DR. SACHICA, yo creo que en cualquier lectura que nosotros hagamos, no solo de obediencia debida, sino de cualquier otra, exceptuando la excepción, pues indudablemente va a ser inconstitucional, frente a ese Art. 91, por que entonces nosotros tendríamos que fijar una norma, que diga más o menos así: "El mandato superior, exime de responsabilidad, siempre y cuando no viole manifiestamente preceptos Constitucionales, en detrimento de alguna persona". Esto sería lo que nosotros deberíamos hacer, cuando vayamos a definir la obediencia debida, así como está planteado, es decir todo lo contrario a lo que dice la Constitución Nacional, Art. 91, inciso segundo, eso sería inconstitucional, porque estaríamos negando una afirmación de tipo Constitucional, entonces yo quiero llamar la atención sobre este punto, no sé si lo podríamos manejar de otra forma, por ejemplo que no tratamos de definir, cuando una orden sea ilegítima, y lo podemos colocar en el texto, de la ausencia de responsabilidad, que ya aprobamos, en el numeral segundo, ahí, estamos hablando la orden legítima y autoridad competente, eso ya, no está limitando el Art. 91, y por eso estoy de acuerdo, eso ya, no está limitando el Art. 91, y por eso estoy de acuerdo que en la obediencia ciega, entonces, no se si podemos consagrar una norma, que diga, posterior a ese numeral segundo; "la orden será ilegítima cuando implique violación de derechos fundamentales de la persona" para que de pronto esa norma que vamos a plasmar en nuestro Código, no vaya a ser inconstitucional posteriormente.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI

Si estoy de acuerdo con el CF. PRIETO y pienso que una solución podría ser, complementar el numeral segundo, con esta solución podría ser, complementar el numeral segundo, con esta definición, agregándole a la definición que yo había propuesto ayer, "tales como", entonces yo me permitiría leer en la siguiente forma: Ausencia de Responsabilidad. "No habrá lugar a responsabilidad penal. 1) cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal; 2) cuando se obre en cumplimiento de orden legítima, de autoridad competente, emitida con las formalidades legales, viene el inciso:

"No se aplicará la obediencia debida, cuando la ejecución de una orden implique la grave y manifiesta violación de la ley y los derechos de la personal humana, tales como, genocidio, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y la tortura".

Que es lo que nos solicitó, el Ministerio de Gobierno, que se analizara aquí en esta Comisión.

DR. YESID REYES ALVARADO

Yo no creo que la disyuntiva deba ser tan drástica, como para tener que escoger entre dos normas constitucionales, cuál es inconstitucional; justamente de la lectura de la providencia de la Corte lo que infiere es que hay que armonizar las disposiciones de toda la Carta Constitucional, para no tener que llegar a la conclusión que llega el CF. PRIETO, de que la una es constitucional y la otra inconstitucional; bien interpretadas estas normas, ambas son Constitucionales, ahora, tampoco me parece que ello suponga un radical cambio, en materia de obediencia debida el ocuparnos de la legitimidad de la orden, porque me parece que es quizá una forma diferente de presentar el problema, pero es lo mismo; si vamos a definir cuándo la orden es ilegítima, pues lo hacemos justamente para autorizar al inferior a no cumplirla.

TC. (R) RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ

El Art. 30 del antiguo Código anterior al del 88, traía una norma muy parecida, a lo que voy a decir, dice: "El militar que por cumplir una orden, cometiere un delito, solo será responsable, en caso de concierto previo, simultáneo, o subsiguiente a su ejecución" y en el evento de exceso, es decir, es la tesis, que venimos aplicando; todos entendíamos, de que en la medida de que un militar, diera una orden, manifiestamente contraría a la Constitución, en detrimento de cualquier derecho, podía presentarse la posibilidad de no cumplirlo, ante la expectativa de cometer un delito. Este artículo dice así: "El subalterno que por cumplir una orden del servicio, cometiere un delito, solo será penalmente responsable, en caso de concierto anterior, simultáneo o subsiguiente".

Concierto anterior simultáneo o subsiguiente a la ejecución subsisten hoy dentro de la teoría moderna del derecho; pero nosotros lo entendemos que todavía se puede hablar de eso o en caso de exceso en la misma ejecución, es decir todo causal de justificación puede ser objeto de exceso y es punible y dentro de los causales justificativos del hecho esta la obediencia de una orden legítimamente impartida por autoridad competente esa es la valoración que entiendo yo hace el juez dentro de un proceso determinado; pero sin crear nosotros la posibilidad legal de que cualquier subalterno al recibir cualquier tipo e orden a priori, determine subjetivamente desde luego según su personal apreciación íntima, respetable de que de su ejecución puede derivarse la Comisión de un delito y se sustraiga al cumplimiento de la orden entonces estaría a mi manera de ver y hablando en términos militares resquebrajando la disciplina militar la jerarquización, el deber de mandar, porque también existe el deber de mandar y el consiguiente de obedecer dentro de una relación jerárquica que es la que distingue el medio militar, estamos legislando para un medio militar y por eso digo yo, si se llega a consagrar la prohibición de que un militar pueda invocar o de un juez militar de conocimiento pues a valorar como causal justificativa del hecho la obediencia de

una orden estaríamos limitando también lo que constitucionalmente esta garantizado, primero para el que es procesado de ejercer su defensa ante los estrados judiciales invocando cualquier circunstancia, el hecho de que la invoque, no significa de por si su admisibilidad, el juez que solo está sometiendo al imperio de la Constitución y de la ley, es a quien corresponde valorarla y admitirla, o no, porque se dan los elementos estructurales de esa excluyente antijuridicidad o eximente de responsabilidad, no se, yo entiendo que si se consagra esta disposición no estamos prohibiendo la obediencia de pronto no le estamos haciendo nada nuevo, para que los jueces lo apliquen, pero estamos en cierta forma satisfaciendo la aspiración o ese clamor general, de que se toque el aspecto de la obediencia yo creo que en este artículo interpretado correctivamente con la excluyente de antijuridicidad que se prevé el ordinal segundo del Art. 26 del actual Código y el que quede en el Código proyectado nos daría las pautas, pienso yo para que quedemos todos en cierta forma satisfechos y no es solamente en los delitos de lesa humanidad, ni los que atenten contra el derecho humanitario, es todo tipo, no es solo en el genocidio ni en las torturas, puede ser en las lesiones personales desde que el individuo advierta que va a cometer un delito y hay concierto pues es responsable, no depende a mi manera de ver de la entidad o la magnitud de la gravedad del hecho punible sino de las circunstancias que rodearon la comisión del hecho, si hay un determinador y un determinado y entre ellos hay acuerdo, concierto responden simultáneamente como copartícipes del hecho y no puede admitirse al subordinado que lo hizo en cumplimiento de una orden, puede invocarlo; pero judicialmente en derecho no cabría su admisibilidad, esa es mi manera de ver este aspecto que estamos tratando.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

Bueno considero que la norma pudo haber pasado de incolume por varias razones, a lo mejor porque no se demando y además porque estamos en otro país jurídico del contexto interpretativo de esa norma antes de la Constitución podría ser otra, yo quiero recodar como la comprensión del derecho penal militar con anterioridad a la Constitución, y lo he dicho varias veces era otro muy diferente, llego el momento y lo reitero, la exclusión de obediencia debida, como eximente de responsabilidad en relación con la desaparición forzada, no contraviene las disposiciones de la Carta fundamentalmente. Yo quisiera hacer unos comentarios adicionales: a mi me parece que nos encontramos con la necesidad de hacer valer una serie de valores de naturaleza constitucional, cual es la protección de derechos fundamentales de las personas frente a determinados tipos de conductas, de gran capacidad de lesión de esos valores; teniendo en cuenta esos órdenes de exigencia, me parece que, el hecho de que la obediencia debida pudiera ser cuestionada para los efectos de cualquier tipo de conducta, es complicada, porque nuestra legislación contiene delitos cuya comprensión exige raciocinios complejos, y me parece peligroso, en los múltiples escenarios que se pueden dar, con un conflicto armado interno, incluso en un potencial conflicto armado exterior. Tengo aquí referencias de varias legislaciones, la española, la francesa, la americana, la brasileña, la alemana, que consideran que el subalterno

no debe obedecer órdenes que lo conduzcan a cometer un delito, y que no puede hacer valer la obediencia debida como exoneración de responsabilidad frente a conductas criminales. Creo que, para nuestro caso, deberíamos optar por una posición más restrictiva, deberíamos pensar en términos explícitos, en determinadas conductas de trascendental gravedad, de gran capacidad de agresión, de grandes efectos. Y deberíamos mencionarlas no por los valores de que se trata, sino por las conductas delictivas que atentan contra esos valores. Deberíamos hacer una enumeración taxativa. Entonces yo me inclinaría, buscando la necesidad de conciliar estos dos órdenes de exigencia; la disciplina militar, que es un valor importante para todos nosotros como demócratas, esa exigencia entonces de dar disciplina funcionalidad a la Fuerza Pública, con la necesidad de preservar valores fundamentales a nuestra organización cultural y jurídica. Sobre todo a potenciales lesiones con una devastadora capacidad de agresión, como ciertos delitos. Se puede conciliar, no avalo una forma abierta, como la que se refiere a la protección frente a las violaciones de los derechos de las personas, sino frente delitos que debemos mencionar con carácter rigurosamente taxativo.

DR. LUIS ANTONIO MUNEVAR

Simplemente para referirme, a la ponencia presentada en el día de ayer, por el MG. NIEBLES, donde en intervención sugerí una definición de obediencia debida y decía esa definición de obediencia debida y decía esa definición, "EL SUBALTERNO DEBE ABSTENERSE DE CUMPLIR UNA ORDEN IMPARTIDA POR UN SUPERIOR CUANDO SU EJECUCIÓN IMPLIQUE LA MANIFIESTA GRAVE E INJUSTA VIOLACIÓN DE LA LEY Y DE LOS DERECHOS HUMANOS DE OTRA Y OTRAS PERSONAS", en relación con esta definición quiero hacer una lectura de parte del discurso del Señor Presidente de la República, pronunciado el 23 de Septiembre de 1994, que dice: "la obediencia debida figura sobreviviente en la Constitución de 1986, debe ser interpretada en el contexto de los profundos cambios, que trajo consigo, la Carta de 1991, y entre ellos, la explícita asignación, de unos determinados fines al Estado, servir a la Comunidad, Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, consagrados en la Constitución, que no pueden ser desvirtuados en ningún caso, por otra norma, independientemente de su rango jurídico, por otro lado, no hay que olvidar, que según el artículo 5º., de la nueva Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona u que el artículo 12 consagra expresamente al derecho a no ser sometido a desaparición forzada, los procedimentales fines del Estado, a que se ha hecho referencia, la primacía de los derechos inalienables de la persona y la específica prohibición Constitucional, de desaparecer a otro, no pueden ser desconocidos por el abuso de poder, o la actuación arbitraria de ninguna autoridad, o funcionario público, cualquiera que sea su rango". En relación con este pronunciamiento del Señor Presidente, el DR. MADRID MALO, dice, visto lo anterior, puede asegurarse que todo militar, tiene el derecho y el deber de negarse a cumplir las ordenes, cuya ejecución comporte la realización de conductas, con las cuales, se vulneren

a amenazan los derechos fundamentales, entre esas conductas, figuran las constitutivas de crímenes de lesa humanidad, como el genocidio, la tortura y la desaparición forzada, "ni siguiera la obediencia militar, debe ser ciega e irreflexiva, aunque si, más rígida que la civil", es transcrito del libro de derecho penal del DR. ALFONSO REYES ECHANDÍA, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, página 228; quienes cometen crímenes de lesa humanidad, en obediencia de órdenes superiores, no pueden invocar la obediencia debida, como eximente de responsabilidad penal. Esto con el fin de ampliar el comentario que se hizo y la definición que se propuso ayer, sobre de que el subalterno debe abstenerse de cumplir esta clase de órdenes impartidas por los superiores.

DR. HERNANDO VALENCIA VILLA

Quisiera hacer una breve glosa, a la intervención del MG. TORRADO, es gratisima la coincidencia, acabo de terminar una traducción, del código de Liver, que fue el Estatuto del Derecho de la Guerra, que preparó este jurista alemán , refugiado en los Estados Unidos, de nombre Francis Liver, en la época de la guerra civil, y que fue adaptado a través, de la orden general No. 100 del 23 de abril de 1863, por el presidente Lincon, para todas las operaciones militares, del ejército de la Unión, en todo el territorio, y en el exterior y que desde entonces, forma parte de Derecho norteamericano, hasta nuestros días; que además tuvo una enorme influencia, en la convención de Ginebra de 1884, y en las convenciones de la Haya de 1899 y de 1907, que son por su parte, los orígenes y los fundamentos del Derecho humanitario y del derecho de los conflictos armados; de manera que el ejército norteamericano, si estaba sujeto a precisas regulaciones, durante la guerra del Vietnam; de hecho desde el siglo pasado y hasta nuestros días y este estatuto, que vale la pena, porque resulta profético, en la forma en que se anticipa a los problemas humanitarios que general los conflictos armados, tiene valores muy notables, el artículo 15, dice por ejemplo: "Los hombres que se enfrentan con las armas en combate abierto, no dejan de ser por ellos, seres morales, responsables, los unos frente a los otros y frente a Dios". Y el artículo 16 añade: "La necesidad militar, no admite la crueldad, esto es, la producción de sufrimientos por el gusto de infligirlos, o por venganza, ni la práctica de mutilaciones o heridas, fuera de combate, ni la devastación discriminada, acepta la estratagema, pero rechaza los actos de perfidia, en general, la necesidad militar, excluye todo acto de crueldad, que haga innecesariamente difícil el retorno a la paz.

Valdría la pena aclarar, que el ejército norteamericano y casi todos los ejércitos de los países civilizados, desde hace muchos años, están sometidos a Estatutos de este tipo, que hoy están recogidos en los instrumentos internacionales; no hay que olvidar para terminar, que las normas esenciales del Derecho de la guerra, el derecho de la Haya, están recogidos hoy en el protocolo de Ginebra de 1977, que es ley de la República.

DRA. INES MARGARITA UPRIMNY

Ya se ha precisado en repetidas intervenciones que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 91, admite excepciones sin embargo, yo quiero recordar brevemente una sentencia que muchos de ustedes ya conocen, que es la sentencia T-409/92 que dice: "Bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por un superior, si ella consiste en infligir torturas a un prisionero, o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerir especiales niveles de conocimientos jurídicos lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan con la Constitución", esto lo establece la Corte Constitucional; como ya lo manifestó el DR. GALLON, no solamente la parte resolutive, sino también la parte motiva, de la Corte Constitucional; tienen fuerza vinculante, por eso considero, que hacer una excepción, y consagrar una norma propuesta, puede ser la del MG. NIEBLES, o alguna otra norma, no sería inconstitucional y tampoco afectaría la disciplina, porque todos sabemos el compromiso con las fuerzas militares, por el respeto de los derechos humanos.

MG. RAUL ROJAS CUBILLOS

Considero que este debate es muy importante, que en una u otra forma han intervenido la totalidad de los comisionados, eso indica la importancia y trascendencia del tema; cuando se escucha a los académicos, a los profesores, entendemos la verdad; pero yo quiero referirme a algo, nosotros hemos pensado en el sujeto pasivo, o sea, el que obedece. Es importante pensar en el sujeto activo, que es quien da la orden, es decir, que se debe estructurar al comandante, para que no emita órdenes que vayan contra los derechos humanos, y en eso estamos; pero lo que me afana, es que veo que existe un temor, todos mencionan la disciplina porque en el fondo sabemos que si limitamos las órdenes, nos afecta la disciplina, ese es el temor que yo tengo, ese es el llamado que les hago, la carrera militar, es una organización jerárquica, de estructura sobre el cumplimiento de las órdenes. No podemos tener unas fuerzas disciplinadas, si de pronto no tenemos comandantes competentes preparados profesionalmente para dar las órdenes y hombres disciplinados que las cumplan; yo diría que hay un debate muy intenso, pero yo creo que difícilmente vamos a llegar a un consenso, que es el objeto de esta comisión, yo propondría muy respetuosamente a la Presidencia, que hay suficiente ilustración sobre el tema que se ha debatido, que lo dejemos pendiente para concluir posteriormente, es mi recomendación.

MG. RODOLFO TORRADO QUINTERO

Para el señor asesor de la Policía, usted habla de una definición y la del señor MG. NIEBLES, no define la obediencia debida, yo si estoy de acuerdo, que se defina la obediencia debida, y ayer presenté una propuesta de definición, "ES LA EJECUCIÓN DE LA VOLUNTAD DE QUIEN MANDA DENTRO DE LOS LIMITES

DE SU COMPETENCIA", esa es una definición, también sería agradecerle unas herramientas al subalterno, para que el sepa, qué tiene que hacer, en el momento de que esa obediencia debida, debe rechazarla.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

Si usted trae como solución por ejemplo, una referencia, o una definición a lo que se entiende por orden, es una propuesta que no deja de ser interesante, es decir si la orden, de que va a hablar todo el código penal militar, se define, como usted la define, a lo mejor sería una solución, porque ya tendríamos un elemento normativo, para que cada vez que se hable de una orden nos vamos al artículo de orden, y lo que no esté allí, no es orden, esa sería una conclusión, yo no digo, si la acepto o no, pero muy interesante, entonces la pregunta mía es si esa podría ser la solución, al proponer esta definición de orden, la pregunta es si es una alternativa que usted propone General.

MG. RODOLFO TORRADO QUINTERO

La propuesta mía, no es que se defina la orden, sino que definamos la obediencia debida, entonces estoy dando acá en una propuesta: "es la ejecución de la voluntad de quien manda, dentro de los límites de su complacencia", lo que se le agrega a esta definición, son los elementos que respaldan la legalidad de esa voluntad, de quien manda.

Hay otra: "La que se rinde a un superior jerárquico y descarga de culpa, cuando no se trata de un delito evidente".

DR. GUSTAVO GALLON

Me parece que se deben poner por escrito, las diversas propuestas para que podamos discutir con base en ellas.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI

Yo vuelvo a presentar, entonces ya para terminar esta primera parte, recordarles que tenemos un artículo pendiente, lo que es ausencia de responsabilidad, y por eso modifique mi ponencia en esa forma, para que en el punto dos, se complemente, que era lo que estaba pendiente.

Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal, cuando se obre en cumplimiento de orden legítima, de autoridad competente, emitida con las formalidades legales, Esto habría que complementarlo entonces, con el inciso que

dice lo siguientes: "No se aplicará la obediencia debida cuando la ejecución de una orden implique la grave y manifiesta violación de la ley y los derechos de la persona humana, tales como", y aquí incluyo, la petición que hace el Ministro de Gobierno, que dice: "Tales como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias, o arbitrarias y la tortura". Aquí no se autoriza a que no se cumpla la orden normal en el combate, a que no se cumpla la orden en la emboscada, etc.

En esta forma dejo mi ponencia, con estas modificaciones, que han venido surgiendo a lo largo de la discusión, que nos permite solucionar lo relativo al punto No. 2, sobre ausencia de responsabilidad, así como el punto No. 7.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO

Quisiera proponerles a los señores comisionados, que acojamos la propuesta del DR. GALLON, en el sentido de que con plazo lunes, que es la próxima semana plenaria, traigamos las cinco propuestas, para concluir este tema y seguir avanzando. Le pediría a los comisionados que se pronunciaran sobre esta propuesta. Si es aprobada, entonces el próximo lunes, se estudiarán las propuestas.

MG. RAMON E NIEBLES USCATEGUI

Seguimos en la segunda parte, con el tema del acto del servicio, hay una ponencia que llegó a la presidencia.

**TRANSCRIPCIÓN DEL ACTA No. 14, DEL 12 DE JUNIO DE 1995,
PRIMERA PARTE - TEMA : OBEDIENCIA DEBIDA**

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

Hay una primera propuesta que presentó el MG. NIEBLES que dice lo siguiente:

Dentro de las eximentes de responsabilidad al numeral 2º. Se agregaría un inciso que aclara el concepto de obediencia así: Ausencia de Responsabilidad: "No habrá lugar a responsabilidad penal;

1. Cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber
2. Cuando se obre en cumplimiento de orden legítima de la autoridad competente con las formalidades legales. No se aplicará la obediencia debida cuando la ejecución de una orden implique una grave y manifiesta violación de la ley y los derechos de la persona humana en casos como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias o la tortura".

La propuesta del DR. GALLON, que dice: "El subalterno debe abstenerse de cumplir una orden impartida por un superior cuando su ejecución implique la manifiesta y grave violación de los derechos de otra persona; en ningún caso podrá aplicarse la obediencia debida como eximente de responsabilidad cuando se trate de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario tales como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura o la violación carnal".

La propuesta de la obediencia debida presentada por el Ministerio de Gobierno basada en la propuesta del grupo de trabajo sobre protección de los derechos humanos e impunidad; se propone la inclusión del siguiente texto: "no podrá invocarse la obediencia debida como eximente de responsabilidad cuando se trate de graves violaciones de los derechos humanos, tales como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y la tortura".

Entonces se abre la discusión.

DR. GUSTAVO GALLON

Quiero ser muy breve, simplemente para reseñar lo siguiente; me parece que las tres propuestas son coincidentes, creo que no hay contracción de fondo entre ellas; más aún es curioso ver lo siguiente; la propuesta del MG: NIEBLES creo que está basada bastante en el texto que yo me he permitido presentar a consideración de ustedes y recíprocamente la propuesta que aparece aquí presentada a mi nombre en su primer inciso se basa en la que había presentado el MG. NIEBLES; inciso primero que sin embargo no está recogido en la propuesta del MG. NIEBLES, y la tercera propuesta la del Ministerio de Gobierno, como la que presento yo; así que yo quisiera aclarar que me parece que no hay contradicción de fondo, sino lo que hay son tres fórmulas de una redacción ligeramente diferente pero que apuntan a lo mismo; si no hay esa contradicción de fondo me gustaría que lo verificáramos, me parece que el asunto puede relacionarse rápidamente con alguna fórmula transaccional en la fórmula de redacción, repito incluso la propuesta que yo tengo consta de dos incisos; el primer inciso, corresponde a la autoría del BF. NIEBLES que después no es recogida en su segunda propuesta, si es así, me parece que la posibilidad de avanzar en el asunto sería muy fácil; veo que la propuesta del MG. NIEBLES, denuncia los delitos de genocidio, desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias y tortura y no denuncia otros que están planteados en la fórmula que yo he presentado a consideración de la Comisión, quizás por que estos otros delitos no están en la propuesta del Ministerio de Gobierno, pero quisiera simplemente preguntar si hay una oposición de fondo a ello y me parece que no, me anticipo a pensar que no, tales delitos que no están incluidos en la fórmula son el secuestro y la violación carnal, yo no tendría inconveniente es que no se colocaran pero preferiría que se colocaran por supuesto, pero en caso de que no se incluyeran, me gustaría saber si es por razones de fondo o simplemente; porque se considera que sea una enunciación ya suficiente como para dejarlos comprendidos y no fuera a dar lugar a la interpretación de que se rechazarán, o que se hubiera rechazado para los delitos de violación carnal y secuestro, reitero para terminar, que me parece que estamos en un caso de consenso y que se trataría simplemente de buscar una fórmula que concilie los tres textos propuestos que son en el fondo iguales.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI

Yo quiero hacer una pequeña aclaración con relación a la parte a que se refiere el DR. GALLON, y es que aquí precisamente trajeron a discusión y es que esa propuesta mía inicial fue modificada y contemplada y quedó exactamente como está aquí, como se presentó.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO

Eso quiere decir que no hay consenso sobre esa fórmula dentro de la Comisión, sobre todo completa, tengo entendido que no se ha aprobado totalmente. El MG. TORRADO, había formulado una serie de observaciones y otros miembros de la Comisión también las habían expresado.

DR. GUSTAVO GALLON

No sé si es probable, lo único que he dicho es que las tres fórmulas revelan un consenso entre ellas, las tres propuestas son idénticas en el fondo.

BG. FABIO ZAPATA VARGAS

Bien pues dentro de todas estas sesiones hemos estado interpretando el punto de vista jurídico del acto del servicio, de la obediencia debida pero yo quisiera someramente traer a cuento el punto de vista del combatiente; o sea la persona que vamos a juzgar a través de este Código, porque me parece que es conveniente que interpretemos el sentimiento de esta persona en el campo de batalla cuando enfrenta al bandolero, a la delincuencia, al secuestrador a quien está precisamente ocasionándonos el daño y por lo que justificamos nuestra presencia allá en ese operativo, tengo la certeza de que todos los acá reunidos, entendemos perfectamente y con certeza absoluta, cuál es la razón de la Fuerza Pública; también quisiera confirmarle a todos los honorables integrantes de esta Comisión, que las Escuela de formación de Oficiales, de Suboficiales, han incrementado evidentemente la cultura de los derechos humanos, esto no es nuevo, estamos precisamente coadyuvando con justa razón obviamente, en esta campaña que ha iniciado y que el Gobierno pretende mantener en toda su intensidad, y es así, como hemos colocado en todas las fuerzas alrededor de unos 500.-600 especialistas en derechos humanos, que se encarguen directamente de supervisar el cumplimiento de esta función; además de eso, los años de formación de los Oficiales y Suboficiales se han incrementado, precisamente con el fin de que nuestra cultura crezca y de que toda esta situación, que en un pasado pudo haber representado alguna duda ante la sociedad, hoy en día empiece a corregirse completamente; yo pienso que la proximidad entre la gente buena y la autoridad es cada vez mayor y lógicamente que esta tendencia pues no va a juntar a los buenos y va a aislar a los malos; hay cosas concretas, por ejemplo lo de San Vicente de Chucurí. Debemos definitivamente sacar, yo diría, eliminar fantasmas como el que nos ha creado libros, como el terrorismo de Estado, y otros, donde acusaciones infundadas han venido precisamente a crear ese clima, a deteriorar ese clima de convivencia para el buen entendimiento que se quiere mantener entre la parte civil y la parte militar, también pienso que la inspiración que debemos tener nosotros para definir en la forma más justa posible este Código pues no puede ser la desconfianza que organismos internacionales tienen sobre la justicia penal militar y yo diría que no puede ser así porque entonces nos estaría negando el derecho de la reivindicación y esto no es justo; a mi me parece que las Fuerzas Militares, las Fuerzas de Seguridad, la Policía Nacional, todos

estamos creciendo en este sentido y no está muy lejano el día en que vayamos a tener una confianza absoluta por parte del estamento civil para creer que no estamos prolongando la impunidad de los crímenes de lesa humanidad dentro de las Fuerzas Militares como se pretende o se ha pretendido demostrar en algunas oportunidades; bien, entonces regresando ya a lo que me propuse inicialmente, a mi me parece que encerrar el acto del servicio o tratar de limitar el Fuero Militar, a lo único que nos va a llevar es crear un clima de desconfianza entre el combatiente y los que estamos elaborando este Código de Justicia Penal Militar. La obediencia debida se supone, o supone que quien esta dando la orden es una persona estructurada, culturalmente educada para dar estas órdenes y responsable; entonces me parece, que cuando pensamos en colocarle una cantidad de artificios a lo que ya está establecido en la Constitución; estamos simple y peligrosamente trasladando una situación de desconfianza al combatiente y allí se nos puede originar, como ya lo hemos comentado con anterioridad en estas sesiones, un acto de insubordinación, un acto de incumplimiento de órdenes, porque definitivamente nuestra estructura militar descansa en las órdenes y en la confianza entre el subalterno y en quien emite la orden, y por otro lado, me parece a mi, encerrar el acto del servicio, no darle la libertad que debe tener, pues simplemente va a limitar esa iniciativa que debe tener el combatiente en el área, en el campo de batalla, seguramente pues todos aquí conocemos algunos por experiencia, por la prensa o por películas, todas estas cosas de que un combatiente cuando esté enfrentado a un enemigo debe tomar muchas alternativas y debe utilizar toda la habilidad para salir adelante y cumplir su misión, pero si nosotros encerramos el acto del servicio, si le ponemos una mordaza pues que vamos a lograr, que esa iniciativa del combate se limite y de pronto, en cualquier momento, ante una buena alternativa o un buen resultado que pueda obtener, le toque regresar, llamar por teléfono, buscar el medio de comunicación más apropiado para pedirle a su Comandante autorización de utilizar una alternativa que perfectamente podría él aplicar.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

Una moción de orden con todo respeto, es que la discusión en este momento es sobre obediencia debida, nos morimos de la pena, pero la Presidencia me ha dado una orden que debo cumplir.

BG. FABIO ZAPATA VARGAS

Mi solicitud es entonces que el contenido de este cassette lo pasen a la segunda parte, de todas maneras la obediencia debida a que me refería tangencialmente, me disculpan, pero la intención mía simplemente es decir que quienes emitimos órdenes dentro de las Fuerzas Armadas somos personas estructuradas, somos personas que nos hemos educado dentro de un sistema existente la intención de proteger la impunidad o de simplemente tapar lo que nosotros podemos hacer mal, no: estamos equivocados, entonces a mi me parece que las fórmulas que

están proponiendo en este momento para limitar o digamos encerrar esa obediencia debida no serían justas ni con la educación que hemos tenido los militares ni con la cultura que hemos tenido nosotros para emitir órdenes ni mucho menos con la iniciativa que pudieron tener los combatientes en el campo de batalla.

TC. (R) RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ

Yo ya había hecho mis observaciones, creo que por lo menos para mi hayan quedado en el vacío, seguramente constan en el acta y tratando de recogerlas y resumirlas, quiero expresar que ellas mismas me impiden aceptar el planteamiento de que ha habría consenso en torno de que si debemos precisar el concepto de la obediencia debida. Realmente como dice el DR. GALLON, las tres propuestas guardan cierta similitud y al aceptar esa similitud no significa que se est e aceptado su inclusión en un proyecto de Código Penal Militar que creo sinceramente no requiere de una precisión de lo que es la obediencia debida, se que para aplicar el concepto de obediencia debida se ha tenido en cuenta a través del tiempo desde la vigencia del Art. 21 de la Constitución del 86, y lo que lleva el Art. 91, lo que la jurisprudencia y la doctrina han interpretado por la obediencia debida que de por si significa la imposibilidad  tica, jurídica y moral de predicar en cualquier medio incluyendo el castrense, la obediencia ciega absoluta o pasiva, es a través de esa jurisprudencia y de la doctrina como se ha decantado a mi manera de ver, y hoy no ofrece dificultad en su aplicación el concepto de la obediencia debida, cómo se aplicará?; cómo se tiene como obediencia debida en determinado caso?; cuando el del respectivo proceso encuentre el juez que si se invoca el cumplimiento de orden legítima y autoridad competente tiene respaldo en el proceso es admisible y si no aún se invoque cabe la valoración para en determinado momento desecharla, no es la nueva, no es la Corte Constitucional con todo el respeto que se merece la primera entidad que ha venido a hablar sobre el alcance de la obediencia debida y lo han hecho tratadistas ilustres como el DR. REYES ECHANDIA, y esos son conceptos y apreciaciones y planteamientos que han tenido acogida hasta el punto de que no encuentro en el Código Penal Militar una norma que puede servir de sustento a la afirmación de que resulta violatorio de la Constitución Nacional o est e instaurando la obediencia absoluta, la obediencia ciega, la obediencia pasiva, sin ninguna otra consideración.

Yo vuelvo por los Fueros de la justicia penal militar en el sentido de que no conozco ningún caso en el que con violación flagrante de la Constitución Nacional o de los derechos humanos en actos que impliquen manifiestamente la violación de un preceptos supremo, la trasgresión y desconocimiento de los Derechos Humanos el juez haya admitido que se actuó bajo el principio de la obediencia debida; entonces yo siento contrarias, si es que eso es cierto, de que ya hay un consenso sobre ese aspecto para manifestar que mi posición al cabo de las apreciaciones que se han hecho, es repito, en la que no ay que consagrar ningún precepto aparte del que contiene el Art. 26 numeral segundo del Código Penal

Militar y su correlativo al penal colombiano para dar cabida al criterio jurídico que significa la obediencia, no obstante el texto claro y preciso del Art. 91 de la Constitución Nacional, sin embargo vuelvo y repito jurisprudencial y doctrinalmente se ha aplicado razonablemente y con límites propios del concepto lo que significa la obediencia debida, yo hice una propuesta conciliatoria en donde se decía precisamente por consagrar lo que el Código Penal Militar tenía, de que el militar que por cumplir una orden del servicio, era responsable en caso de concierto previo simultáneo o subsiguiente, y en caso de exceso, inclusive la palabra exceso se interpretó, yo se que más bien con cierta sorna, como si yo estuviera cuantificando el concepto del exceso, de que si se daba la orden de matar y se uno mataba a dos se desvirtuaba en el concepto de exceso.

A cualquiera de las causales excluyentes de antijuridicidad que es la que consagra el Art. 27 del Código Penal Militar y el concordante del Código Penal Militar concepto también tradicional y que jurisprudencial y universalmente se ha sostenido y que permita no aceptar tampoco en forma absoluta ninguna de las causales de eximente de responsabilidad que ahora estamos denominando así, también le cabe a la obediencia debida, entonces quiero ser expreso en eso. Yo por lo menos de mi parte no creo que aya consenso, lo que si estimo porque ya llevamos varias sesiones, es como lo planteó el MG. ROJAS Y EL BG. PULIDO, que hay suficiente ilustración en ese aspecto, no comparto ninguno de los tres proyectos de definición sobre la causal excluyente de responsabilidad que contemple la ley penal militar, que es a mi manera de ver suficiente para que el juez que actúe rectamente, la aplique en determinado caso sin limitarle al acusado como sujeto pasivo de la acción penal, la posibilidad de invocarla, ni al juez limitarle la capacidad para analizarla en cada proceso, en cada situación que sea sometido a su consideración u deteniéndonos un poco en el texto mismo de la propuesta yo no veo porque tiene que limitarse esa prohibición a determinados delitos; vuelvo e insisto, ningún militar como tal, ni debe dar una orden de cometer un delito no importe su naturaleza, porque desde ese mismo momento está perdiendo la legitimidad el mandato esta perdiendo la relación vinculante entre el superior y el inferior, aquel, cuando la impone y el inferior cuando la recibe para su ejecución, si la orden no es legítima no tiene porque cumplirla, luego sobre esta prohibición expresa, y porqué a determinados delitos y sobre todo a algunos delitos, yo les pregunto Señores Comisionados si todos están consagrados en el ordenamiento positivo colombiano como delitos; se ha propuesto tipificar el genocidio, la desaparición forzada y hay una definición internacional de genocidio, cuáles son los juicios sumarios? Pregunto yo si el Código Penal Militar los contempla?; los contempla el ordenamiento positivo común entonces porqué estamos estableciendo esa limitante, respecto a infracciones que aún no se han tipificado y de ahí y entonces no le podemos hacer agregaciones? Porque la enumeración no es taxativa ni excluyente sino que deja el campo, el margen suficiente para que cualquier otro delito, que seguramente no son estos los únicos violatorios de los derechos humanos, ni el derecho humanitario; seguramente con el desarrollo de los preceptos internacionales habrá muchas otras conductas de mayor o menor entidad, que de por sí intrínsecamente aplicarían la violación de

derechos humanos, entonces quedaría casi como una norma abierta para que el intérprete y el juez aplicador de la ley la extienda de acuerdo con su criterio.

Ahora finalmente es cierto que la Honorable Corte Constitucional ha hecho y ha reiterado su pronunciamiento de pronto no directamente sobre la materia, sino en forma tangencial, pero eso no significa que necesariamente debe consagrarse en el Código Penal Militar precepto semejante acogiendo esa tesis, lo obligatorio sería consagrarlo si es que existe un pronunciamiento de inexequibilidad, pero es que la situación es diferente, no ha habido norma en el Código Penal Militar que en lo tocante a obediencia debida haya sido declarado inexecutable en tal forma que nos obligue a no incluirla, es que no ha estado jamás incluida ni nosotros vamos a proponer una norma que a la postre, como lo alcanzó a plantear el BG. ZAPATA, nos va a limitar y en eso quiero ser reiterativo, nos va a limitar la acción, la actividad militar propiamente dicha que se estructura sobre el concepto de disciplina de mando y subordinación; son dos relaciones que guardan coherencia e íntima cohesión y sin las cuales no funciona la institución Señores Comisionados; yo creo que nosotros estamos aquí para fortalecer la justicia penal militar y de contera a la institución castrense, no para debilitarla.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO

Antes de dar el uso de la palabra se señaló o se dio que hay consenso sobre las tres propuestas que se han presentado, no que hay consenso sobre éstas tres, ni que hay consenso en la Comisión sobre ellas; por eso están ustedes haciendo uso de la palabra y la discusión continua.

DR. CARLOS VICENTE DE ROUX R.

En ánimo constructivo quisiera pedirle una ilustración al TC. (R) LOPEZ que me ha antecedido en el uso de la palabra. El, si he comprendido bien, nos informaba que la jurisprudencia ha aplicado de una manera muy racional, muy rectamente lo que es la obediencia debida, de manera que esta figura no se convierte en un medio para que se configure la impunidad en relación con delitos especialmente graves. Y, desde luego pues, a mi me merece toda la credibilidad lo que dice el TC. (r) LOPEZ. Yo pediría.. si se nos puede ilustrar para efectos de la deliberación de esta Comisión, sobre dentro de qué marcos se ha dado esa aplicación de la figura por parte de la jurisprudencia, de qué manera se ha aplicado; que se nos ilustre qué límites, qué fronteras, qué manera se ha aplicado; que se nos ilustre qué límites, qué fronteras, qué marco se le ha dado a la aplicación de la figura, de manera que no sea un instrumento que permita la impunidad y que al mismo tiempo no atenté contra la disciplina y contra la debida obediencia. Me pareció entender que la aplicación que había hecho la jurisprudencia no se limitaba a ceñirse a la disposición del anterior Código de Justicia Penal Militar, el decreto 250 del 58, respecto al hecho de que, cuando hubiera concierto previo, en el caso no se aplicaría la obediencia debida, sino que

la jurisprudencia había hecho una aplicación que iba más allá de esa previsión. Digamos , una aplicación más rica, más llena de determinaciones concretas. Entonces, yo creo que ilustraría a esta Comisión ese manejo que la jurisprudencia ya le ha dado al tema. Después pondremos continuar la discusión sobre si conviene o no llevar a la ley esos criterios que ya viene usando la jurisprudencia, un poco como lo hemos hecho en el caso del acto relacionado con el servicio. Pero me parece que la experiencia de los jueces penales militares en esta materia podría ilustrar.

Yo anuncio desde ahora que soy partidario de que esos criterios se lleven al texto de la ley. Bueno... el Coronel ha sido claro en el sentido de plantear que el no es partidario de que se lleven, pero creo que ilustra a la Comisión como ha decidido en casos concretos la jurisprudencia y me parece determinante que esta Comisión cuente con la rica experiencia que se trae sobre la materia como formulación de la jurisprudencia penal militar. Quisiera pedir eso.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO

Coronel por favor usted quisiera ilustrarnos sobre este punto.

TC. (R) RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ

Donde se implique una recopilación de pronunciamientos por lo menos de segunda instancia, pero yo no se y no quiero eludirla, pero yo devolvería la inquietud en el sentido de que también me gustaría que de parte del DR.. DE ROUX o de cualquiera se trajeran aquellos casos los cuales la Justicia Penal Militar lo pretexto de la invocación del anterior Art,. 21 de la Constitución, ha exonerado de responsabilidad a algún militar que indebidamente y sin sustento procesal alguno haya aducido la obediencia debida para cometer un crimen de cualquier naturaleza y más de aquellos como los que representa la magnitud de la misma expresión de genocidio o de los que queremos comprender bajo el vocablo ejecuciones sumarias; que serían fusilamiento sin fórmula de juicio que serían realmente crímenes atroces desde luego que no eludo la invitación que se me hace y, en la medida que las consiga, las traeré. Pero sin variar mi posición en el sentido de que sino se ha citado en lo que significó la vigencia del Art. 21 de la Constitución del 86, y lo que significó hasta ahora la vigencia del 91, y no se ha requerido de un precepto expreso en el Código Penal Militar para no incurrir en ese que sería un absurdo legal y jurídico institucionalmente inadmisibles, jurídicamente rechazables, estrictamente imposibles de predicar, así fuera tangencialmente ni siquiera de que la obediencia debida se ha aceptado en el medio jurídico penal castrense, como un argumento para dar y cumplir órdenes irreflexivas.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

A título de información, deseo manifestar que dentro de la Constituyente hubo una propuesta, a mi manera de ver, digna de tenerse en cuenta, del DR. SERPA FLOREZ, a la cual ya me voy a referir; por lo demás yo creo que la jurisprudencia viene en últimas a ser de una fuente de legislación, el legislador está en la obligación perentoria por mandato Constitucional incluso, de recoger una serie de fenómenos históricos entre ellos los que han fallado los tribunales, para llenar los vacíos que existen, en aras de perfeccionar la ley; precisamente la ley se ha venido reformando a través de lo que ha dicho la jurisprudencia, la problemática concreta que se va presentado en la historia doctrinal y jurisprudencial debe necesaria e imperiosamente volverse ley, ahí ay una fuente de autoridad y de sabiduría; podríamos poner mil ejemplos sobre el particular, yo recuerdo uno que no dice relación con el tema pero, durante mucho tiempo se presentaron problemas de concurso en relación con la falsedad en documento privado, que la jurisprudencia de la Corte por más de 30 años estuvo planteando y finalmente y se plasmó en una norma que es la falsedad en documento privado a la cual se le agregó el uso, precisamente para perfeccionar la diferencia de la falsedad en documento público que es per se, para referirme a uno de los mil ejemplos que podríamos tomar de la jurisprudencia, que en un momento histórico el legislador plasma en la ley precisamente el perfeccionamiento de lo que dijo la jurisprudencia; por otra parte, sin ánimo polémico o de ninguna naturaleza cuando puse el ejemplo a que se refiere el Señor TC (R) LOPEZ, en ningún momento estaba de mi parte un ánimo ridiculizante, ni más faltaba, simplemente manifiesto que una conducta que es fruto de un acuerdo está excluyendo la orden, primer ejemplo, y en caso de exceso, consideré muy gráfico un ejemplo, que en ningún momento tenía un ánimo burlesco no de lastimar a nadie, yo creo que he tratado en la medida de lo posible de venir a esta Comisión bien preparado, para hablar con seriedad cuando sostengo una tesis, esa cuestión de ánimo burlesco podría ser valida en caso de que yo viniera improvisando y tuviera que acudir a esas cosas superficiales, de tal manera que si en algún momento se entendió en tono burlesco pues solicito muy comedidamente al Doctor que me disculpe esa objetividad que estuvo cargada de subjetividad. El DR. SERPA en la Constituyente se refirió a una definición que es del siguiente tenor: el 23 de mayo de 1991 se presentó la proposición constitutiva No. 14 que a la letra dice: "En caso de infracción manifiesta de un precepto Constitucional en detrimento de una persona el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, los militares en servicio activo quedan exceptuados de esta disposición siempre y cuando no hayan incurrido en violaciones de los derechos humanos esenciales". Es una definición que a mi particularmente me gusta, pero simplemente la presento a título informativo y una pequeña observación: sostener que la orden debe ser legal, como creo habérselo entendido al TC (R) LOPEZ,. No es cierto, la orden es que realmente hay dos clases de órdenes en la Constitución; cuando la orden es legítima entre civiles, salvo el caso único y excepcional del régimen fiscal del ordenador, todas las demás órdenes deben ser legales, es decir se cumple la orden con las formalidades legales, hay un tipo penal pero este tipo penal es decir

la tipicidad no está nunca acompañada de antijuridicidad; el caso de la orden entre militares tiene una característica, parte de la base de una manifiesta violación a la Constitución en detrimento de otra persona; luego hay que partir de la base de que la orden si es ilegal, porque o sino el legislador no habría tenido porque hacer distinciones; lo que pasa es que hay casos de casos, o si no se hubiera producido tan profundo que en su momento dio el DR. CARLOS LOZANO Y LOZANO, ni tampoco el pensamiento muy claro que aquí se repitió de el profesor REYES ECHANDIA, miren ustedes las cosas dentro de ese concepto de relatividad interpretativa, si el encargado del S4 o del B4, el encargado de la logística de la economía de un Batallón recibe una orden legal de hacer una inversión económica para el servicio un apoyo logístico, eso no es ningún problema porque la orden es legítima y debe cumplirla, sino se cumple, habrá el delito de desobediencia, el problema nace en el caso de que la cumpla; por ejemplo, el Comandante del Batallón da la orden a su B4 de que haga una inversión económica que él sabe que puede quebrantar algunos principios jurídicos; es decir es relativa o absolutamente ilegal, pero esta dentro de unos parámetros lógicos, es decir no están de por medio los derechos fundamentales esenciales de que hablaba el DR. SERPA. Entonces yo si quiero dejar esa aclaración; el problema es cuando la orden entre militares tiene un grado relativo de ilegitimidad porque de lo contrario sobraría la disposición, por eso se emplea el término manifiesto en este orden de ideas pues informo a la Comisión sobre la propuesta del DR. SERPA, porque yo también creo que podría en un momento determinado la enumeración resultaría peligrosa, por exceso o por defecto como todas las enumeraciones, para mi la propuesta del DR. SERPA en su momento se cogió lo que se refiere a los derechos esenciales, fundamentales de la persona humana.

MG. RAUL ROJAS CUBILLOS

Realmente entiendo la magnitud de esta discusión un tema que nos lleva 4 reuniones y todos tenemos la mejor buena voluntad, al leer las ponencias de acertar en lo que corresponde a la obediencia debida; quisiera retomar las palabras del pasado miércoles para decirles que la orden como piedra angular, como columna vertebral de la carrera militar y de policía no puede tener la menor ambigüedad para quien, como sujeto activo la emite, lo cual le permite al subalterno dudar o llegar a discutir esa esencia de la carrera militar, les decía entonces, que el superior se prepara desde el momento mismo que llega a la carrera para emitir órdenes, es la esencia de nuestra carrera, ética, moral y estructuralmente nos preparamos para hacerlo, recuerdo las palabras del MG. TORRADO en este sentido y eso debemos tomarlo como marco de esta importante discusión, considero yo en estas ponencias que e visto en donde se nota el esfuerzo de cada uno de los Comisionados que ay necesidad de darle el mérito que se merecen, sin embargo en ellas que se abren campos importantes para limitarla, si la limitamos caemos en el error de que la estructura militar y policial sufre su resquebrajamiento, entonces considero yo que la orden siempre implica por parte de quien la emite, la capacidad para hacerlo pero principalmente capacidad ética y moral reitero y de quien la ejecuta, la capacidad para lo cual se

prepara que es la capacidad de obedecerla en su verdadera magnitud, quizás surjan muchos ejemplos; sería importante analizarlos pero realmente no conozco en donde haya existido una mala interpretación y no haya sido conocida y suficiente juzgada una mala interpretación de una orden, esto me parece importante considero que hoy cuando ustedes y Colombia requieren unas Fuerzas Militares bien estructuradas, una Policía Nacional de iguales características es necesario fortificar el que sean una garantía de cumplimiento del deber para el militar y para el policía.

DR. HERNANDO VALENCIA VILLA

Frente a las últimas intervenciones me vienen a la cabeza dos o tres cosas que quisiera compartir con ustedes. Primero, el punto de partida de todo nuestro trabajo, como ustedes recordarán no fue ni ha sido análisis empírico, es decir, de realidad, de resultados, de decisiones de la justicia penal Militar. Si hubiera podido ser, era otra estrategia metodología legítima, pero en tanto en que la convocatoria que nos hizo el Señor Presidente al distinguirnos con el honor de formar parte de esta Comisión y realizar esta tarea, cuanto en nuestra propia discusión inicial fue claro que partíamos de otro punto de vista, de un terreno, de un espacio eminentemente normativo para actualizar y poner al día para hacer lo que los italianos dicen un aggiornamento del Código Penal Militar a la luz de la nueva Constitución, es de los principios y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos que esa nueva Constitución hace prevalecer en el orden. Interno por tanto, yo reiterar una vez más con todo respeto, con todo comedimiento que proponer la inclusión de normas como estas no significa de ninguna manera, ni por ningún motivo, ni bajo ninguna circunstancia descalificar o desconcepar o sugerir un mal funcionamiento de la justicia penal militar, porque no hemos entrado en este debate y probablemente no vamos a entrar, primero, repito, porque no fue eso lo que nos convoco, no fue ese nuestro punto de partida; segundo porque no hay tiempo; y tercero, porque probablemente no es conveniente, podríamos poner sobre la mesa cifras sobre resultados sobre decisiones de la justicia penal militar y hablar de impunidad pero no ha sido nunca por parte de nosotros el enfoque no la perspectiva, ni el terreno de análisis, ni el terreno de discusión; nuestra discusión ha sido eminentemente normativa, jurídica, de cotejo entra estas normas del Código Penal Militar actual, las de la nueva Constitución y los preceptos internacionales que pasan por ella y las nuevas normas que hemos ido formulando, que hemos ido codificando. Por tanto a lo que dice el TC ® LOPEZ mi reacción inmediata es la siguiente: aquí estamos en presencia de una decisión sobre estrategia normativa, sobre política criminal del Estado. Qué más conveniente desde el punto de vista de a política criminal del Estado, tanto de su concepción de su formulación y de su aplicación: que mantengamos un sistema indeterminado abierto librado por entero de la casuística del juez de conocimiento y del Tribunal de Conflictos o que como preferimos algunos que hemos sido reiterativos también en es postura, le demos al juez de conocimiento y al Tribunal de Conflictos unos marcos de referencia que no descalificación ni invalidan, ni descapa citan, ni deslegitiman la justicia penal

militar, sino que le permiten un funcionamiento mucho más adecuado, en primer lugar, porque esta acorde con la nueva Constitución y con los preceptos internacionales que ella hace prevalecer en el orden interno y segundo, porque le da mucha más transparencia en la crisis de derechos humanos del país, como tantas veces se ha puesto sobre la mesa estas semanas, ¿a la justicia penal militar? Entonces, esa es la pregunta que pienso yo debemos hacernos frente a la muy interesante del TC @ LOPEZ; cuál es la estrategia normativa que vamos a adoptar en esta materia como en la materia del delito relacionado con el servicio?, y cual es el mandato de la comisión y cual es el ámbito de nuestro debate?, yo quisiera que no se mal interprete ninguna de nuestras propuestas, como ninguna de nuestras observaciones, como una descalificación o como una desconsideración con la justicia penal militar por su funcionamiento, por su resultado, porque repito, no hemos planteado ese debate ninguno de nosotros, ni para bien ni para mal, ese no ha sido el lenguaje, ese no ha sido el terreno de la discusión. Y una segunda observación: el TC @ LOPEZ preguntaba porqué los ejemplos, que tanto la propuesta del MG. NIEBLES, como la propuesta del DR. GALLON, como la propuesta de la Comisión del decreto 1533 que nos ha sometido el Ministro SERPA mencionan?, pues porque se tratan de las características de violaciones de derechos humanos e infracciones del derecho humanitario que tienen hoy virtual consensos internacional y no están tipificadas todas en la legislación penal colombiana, ni en la legislación penal común, ni en la legislación penal militar actual. Eso, permítame decírselo con franqueza y con cordialidad, sería un argumento incluso a favor de incluirlas, precisamente porque no están tipificadas como delito, la desaparición forzada por ejemplo debido al impase parlamentario en que se encuentra el proyecto respectivo, y el genocidio como tal. Sobre el concepto de ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria podríamos entrar en un debate, podríamos entrar en una larga discusión algunas dicen que es equivalente al homicidio fuera de combate, pero evidentemente se trata de una categoría mucho más amplia, más excluyente. La tortura esta tipificada en el Código Penal Militar actual, aunque no descrita, esta mal tipificada en mi opinión, el tipo es perfectamente abierto, no se indica con precisión en que consiste la tortura como sí lo indican los instrumentos internacionales de los cuales es parte el Estado colombiano. Entonces la razón por la cual estas propuestas, incluyen estas referencias a título de ejemplo o de ilustración es porque se trata de las mayores, de las más graves, de las más atroces violaciones de los derechos humanos y de las infracciones al derecho humanitario tal como están acogidos por la casi totalidad de la comunidad internacional, y el hecho de que no están tipificadas en la ley ordinaria o en la ley penal militar, las hace tanto más aconsejables precisamente porque ilustran al juez y dan un parámetro, una especie de umbral alto, de umbral máximo de que es violación de derechos humanos para que no haya el menor equívoco, para que no se entienda que cuando hablamos de violación de derechos humanos no nos referimos a un empellón, ni siquiera a una detención arbitraria que de por si es delicada, nos referimos a conductas atroces que repugnan. Estas tres fórmulas no son caprichosas, ni son superfluas, ni son gratuitas, ni están enderezadas a debilitar o a deslegitimar la justicia penal militar. Al contrario lo que buscan es aclarar, precisar, delimitar con mayor precisión para que los juzgadores proceden con

mayor justicia y con mayor eficiencias, nociones que tienen hoy una altísima jerarquía normativa en nuestra carta fundamental y que están implícitas en el mandato que hemos recibido todos al ser nombrados miembros de esta Comisión y haberlo aceptado así. De otra manera, yo creo que no justificaría más estos medes de arduo trabajo por puro amor a la práctica que hemos sustraído de nuestras múltiples ocupaciones, porque aquí todos somos muy ocupados y todos tenemos inmensas responsabilidad sobre nuestros hombros, de suerte que si no cambiamos a fondo, en serio, con voluntad política de hacer un aggiornamento digno del Código Penal Militar, yo no se que estamos haciendo aquí. Una simple adecuación técnica, yo no creo que estuviera en el designio del Gobierno, no es eso lo que se deduce del discurso de instalación del Señor Presidente el día en que se echa a andar esta Comisión, ni esta en múltiples intervenciones que todos nosotros hemos hecho aquí durante todos estos meses. Se trata, pues, de un debate normativo por el mejoramiento, la actualización, la democratización de la justicia penal militar a la luz de las nuevas instituciones Constitucionales e internacionales del país.

DRA. KAREN KUHFFELDT SALAZAR

Recogiendo los mimos argumentos que ha expresado el DR. VALENCIA VILLA y teniendo muy presente que el decreto que convocó a esta Comisión, entere los mandatos que le impuso era acomodarlos a los mandatos si tiene el deber de tratar de adecuar la norma de la obediencia a estos nuevos postulados Constitucionales; como decía el TC ® LOPEZ, el actual Código no tiene ninguna exclusión de la aplicación de la obediencia debida, hasta el momento se había hecho por vía jurisprudencial, no obstante ya existe un tratado internacional ratificado por el Congreso, incorporado al derecho interno por el Congreso y ratifica por el Gobierno de Colombia, es la convención sobre la tortura no me acuerdo en este momento el número de la ley en la cual expresamente se prohíbe la invocación de la obediencia debida como eximente de responsabilidad, es una ley que ya vigente en Colombia, y si bien no esta incluida en el actual Código Penal Militar, cualquier juez tiene que acudir a esta norma en caso de una pretensión de eximirse de responsabilidad en un caso como el semejante, si esto ya esta previsto para la tortura existe la misma razón jurídica para aplicarlo a los demás contravenciones de carácter internacional de violaciones del derecho internacional humanitario, en este sentido, yo creo pues, que si ya tenemos que aplicar en la actualidad, lo mínimo que tenemos que hacer es recoger esta interpretación con carácter de ley en el Código Penal Militar.

DR. CARLOS VICENTE DE ROUX

Una breve anotación. Yo quisiera advertir que pedía esta ilustración sobre esta evaluación de la jurisprudencia penal Militar en torno a la obediencia debida, no como un recurso polémico. Y, si di esa impresión, le ruego me excuse al TC ® LOPEZ. Yo quería simplemente que empezáramos en explorar la formación cómo

la justicia penal ha tratado ya el tema. Porque me parece de mucho sentido, y lo celebro, una afirmación que él planteaba con toda claridad al decirnos que la obediencia debida no se ha aceptado dentro del marco de la justicia penal militar como un argumento que permitía dar y cumplir órdenes irreflexivas, o sea es algo que ha construido la justicia penal militar. Entonces, me parece que si ese resultado ya se ha producido, pues están abiertas las avenidas para que lo consagremos, legislativamente y normativamente en el texto del Código.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

La presidencia quiete someterla Comisión la suficiente ilustración.

DR. GUSTAVO GALLON

Quiero un último argumento muy brevemente para referirme a varias intervenciones; recuerdo la del BG. ZAPATA, la del DR. LOPEZ, tal vez la del MG. ROJAS, quienes han hablado del riesgo que con una norma como esta se introduzca un criterio, o más bien una fisura, en el cumplimiento de las órdenes que constituyen uno de los pilares de la institución militar, por cuanto se podría dar lugar a ambigüedades en la orden, se podía dar lugar a las discusiones por la cual la propuesta incluye una enunciación de aquellas conductas aberrantes a ojos de todo el mundo, respecto de las cuales no se podría predicar la obediencia y es una enumeración por vía de ejemplo como se ha dicho; el TC® LOPEZ decía que no entendía porque se hacía esa enumeración en vez de entender que la orden no tener un objeto cualquiera que el fuera pues es justamente que no puede cumplirse una orden que implique la ejecución de un delito, se daría lugar a una discusión en relación con algunas conductas con las cuales si puede haber niveles técnicos de operación, acerca de si se incurre en un delito o no, creo que el DR. CANCINO ha mencionado el caso del peculado, cuando un superior da la orden a otra persona para que se ejecute o se cumpla determinada acción orientada a producir un gasto y se puede discutir acerca de ese gasto, puede haber criterios técnicos de diferencia de apreciación de las normas que rigen el asunto y si no existiera este principio de obediencia debida probablemente eso si se conduciría a una dificultad de ejecución de las operaciones militares; por esa razón no se trata de cualquier delito, o puede también el caso de un allanamiento en caso de la flagrancia y el superior de la orden de allanar, el inferior puede exigirle al superior la orden de allanamiento por escrito y al superior considerando que hay un caso del flagrancia insiste en la orden, ahí podría pensarse que no se trata de un caso en el cual la obediencia debida no tiene aplicación de manera absoluta, pero en donde sino debe haber duda, es en estas conductas que se mencionan; yo no veo de que manera se puede minar la disciplina militar cuando se prohíbe que respecto a la violaciones invoque la obediencia debida, es decir, es claro que cuando un superior, Dios no lo quiera, dé la orden de violar carnalmente a una mujer, pues es evidente, que el inferior de resistirse a cumplirla y decir no, cómo

es posible que usted me pida eso?, si eso no ocurre nunca, pues, despreocupémonos, no es problema, pero como se trata de prever que esas barbaridades ocurran, lo mejor es preverlo en el Código; por consiguiente la obediencia, yo simplemente, respecto al argumento de que esto minaría la obediencia y el funcionamiento de la institución militar se debilitaría por el contrario, se fortalecería la institución de la obediencia bien entendida y claridad de las órdenes; o sea que no puede discutirse ningún aspecto menor de una orden, sino solamente cuestiones que evidentemente repugnan la conciencia humana.

CF. GERMAN PRIETO NAVARRO

Haciendo eco de lo manifestado por el MG. ROJAS y mi Coronel LOPEZ, yo quiero molestarlos a ustedes con la lectura de unos artículos del decreto 89, que es nuestro reglamento de régimen disciplinario, donde se le da la altura y la magnitud que tiene el cumplimiento de órdenes y que tiene la disciplina militar. En el Art. 3º. Está la definición de lo que es la disciplina y dice lo siguiente: "Es la condición esencial para la existencia de toda Fuerza Pública", que creo que era lo que nos decía lo que nos decía aquí el MG. ROJAS, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones del subalterno, fíjense en la importancia tan trascendental que tiene el cumplimiento de las órdenes militares y continúa", contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación implica la observancia de las normas y órdenes que consagran el deber profesional". El art. 7º. Manifiesta la siguiente; "La disciplina se mantiene cumpliendo los propios deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos". Me tome el trabajo también de consultar algunas definiciones con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, teniendo en cuenta que el Art. 91 Constitucional habla de mandato yo no he visto la verdad por ninguna parte que se hable de la obediencia debida, no de la obediencia ciega, pero si habla del mandato y cuando se habla del mandato el diccionario nos dice que "es una orden o precepto que el superior impone a los subalternos", habla de súbditos pero entendemos que es a los subalternos; en este orden de ideas, entonces iríamos a verificar lo que significa la orden, y la orden es el mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar, y para que no tengamos ningún problema de pronto de conciencia o de mala interpretación resulta que la obediencia debida y la obediencia ciega son dos cosas totalmente, absolutamente diferentes, no los podemos confundir tampoco; y entonces hablamos que la obediencia debida, es la que se rinde a un superior jerárquico y es circunstancia eximente de responsabilidad en los delitos, y la obediencia ciega si es totalmente diferente; es la que se presta sin examinar los motivos o razones que manda; dentro del mismo reglamento de régimen disciplinario hay unos requisitos fundamentales que debe tener toda orden, así lo habla el Art. 13 que dice: toda orden militar debe ser lógica oportuna clara, precisa y concisa; yo la verdad después de analizarlo hice una propuesta en la sesión pasada y la verdad es que el fin de semana estuve demasiado inquieto y analice suficientemente lo que significaría alguna definición militar momento diferente a como se encuentra actualmente un elemento de

responsabilidad de tipo Constitucional como el que nosotros tenemos entendí que el mismo reglamento del régimen disciplinario permite el disenso para los militares en sus Art. 15 que fue demandado por el Defensor del Pueblo hace muy poco tiempo y resulta que este artículo dice lo siguiente: "la responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no de quien la ejecuta, es la repetición del artículo Constitucional, pero más allá dice: cuando el subalterno que la recibe advierte que de su ejecución pueda derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de mala conducta debe exponerlo al superior", o sea que en este momento permite la legislación actual que el subalterno disienta sobre esa orden que se le esta dando, si determina que hay una Comisión de un delito y le dice al superior, aquí estamos en presencia de un delito, yo no le voy a cumplir la orden y cuando sigue el artículo diciendo que si este insiste, el subalterno esta obligado a cumplir previa confirmación por escrito; yo siempre lo he entendido siempre lo hecho, de que esta confirmación que le da al superior, es lo que se llama la obediencia debida que es la orden que se debe cumplir, más no la obediencia ciega, porque de esa obediencia ciega ya ha habido suficiente material jurisprudencial que nos determina que la obediencia ciega no se debe cumplir, es así de fácil y así hemos entendido, yo de pronto me ánimo en la última parte de la intervención a dales un ejemplo de los que se estaban pidiendo acá, respecto de cómo se ha tratado ese problema, por esa razón yo considero de que la exime de responsabilidad del numeral segundo cuando dice cuando se abre en cumplimiento de Orden legítima, y aquí también vamos a definir lo que significa legítima; que es lo legítimo, legítimo simplemente es lo que está conforme a la ley, y lo que no está conforme a la ley pues simplemente es un delito entonces cuando nosotros vamos a interpretar y así hacemos, los que administramos Justicia Penal Militar, cuando la orden no es legítima pues es simplemente cuando se emite contra una disposición militar entonces considero que ese segundo punto es suficiente para interpretar el mandato constitucional yo creo que no debemos de agregarle absolutamente nada más a esto. Hay un ejemplo del DR. ROUX, en la Armada Nacional la verdad es que es difícil conseguir un caso donde se haya dado una orden ilegítima o una orden que determine la comisión de un delito, pero me viene a la mente un ejemplo, que pasó al sur en Puerto Leguizamón, ahí también hay algo de error y hay algo de orden en el sentido de que un oficial comandante de batallón fue molestado por una personal tal vez desequilibrada mental en un momento determinado con amenazas, estando en la plaza pública con un cuchillo, lo persiguió etc. Este señor fue capturado y se impartió una mandato que no era muy claro la musicalización de esa persona, entonces, la musicalización de esa persona en el ambiente, del país, es casi similar a la muerte, es a musicalización resulta que se le impartió a un sargento, el sargento llevó al individuo río arriba donde estaban puestas una equis y allí se le transmitió a un oficial y a otras personas de que se fue el individuo, en definitiva y para no alargar porque este es un problema bien complacido, se emitió esa orden y a la orden en definitiva se le dio cumplimiento, pues señores, se hizo un consejo de guerra verbal por esa situación y tanto al sargento que transmitió la orden, el oficial que transmitió la orden, los soldados que dispararon, todos fueron condenados; aunque se alegó la eximente constitucional de la obediencia debida, esta no se tuvo en cuenta porque

no se podía tener en cuenta; la verdad es que nadie, ninguna persona puede matar a otra así sea bajo orden, así se entendió este numeral segundo de eximente responsabilidad claro que nosotros hemos venido aplicando y es el único caso que tal vez yo conozco en la armada en 18 años que se pudo dar, ese caso porque no encontró ningún otro, creo en esta forma doy mi intervención. Gracias.

DR. YESID REYES ALVARADO

Simplemente para ahondar un poco en el planteamiento del DR: GALLON, en este sentido; si la delimitación del cumplimiento de órdenes supone una fisura en los estamentos militares me temo que la fisura ya existe; en efecto; tanto por la exposición muy completo que ha hecho el Coronel López, como por el muy ilustrado ejemplo del CF: PRIETO me temo que la fisura ya existe, pues la orden, está clase de órdenes dice el CF. PRIETO con toda razón, no se puede cumplir; según el mismo CF: PRIETO, el cumplimiento de esa clase de órdenes no están dispuestas las Fuerzas Armadas a tolerarla, de tal manera que la fisura, seamos honestos, existe y lo que conviene preguntarnos desde el punto de vista de las Fuerzas Militares es qué clase de fisura, es decir, qué clase de delimitación al cumplimiento de las ordenes brinda mayor seguridad a los estamentos militares; una fisura o delimitación establecida por una vía como la jurisprudencial, que no es vinculante y siempre volátil en el sentido de que puede cambiar, o una fisura, es decir una delimitación impuesta por el legislador con vocación de permanencia y vinculante?, yo pienso que es mucho más segura, establecer esta fisura o delimitación por vía legislativa.

DR. JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Es que de alguna manera yo si entiendo que hay suficiente ilustración sobre el tema y por lo tanto voy a ser muy breve, en consecuencia me voy a limitar a señalar cómo el artículo 91, constitucional, que aquí se ha dicho que es norma suficientemente clara y completa para resolver todas las eventualidades a los casos que se discuten en el órgano judicial un asunto relativo a la obediencia debida, pues si se mira con detenimiento no está referido exclusivamente a materia penal se trata de la responsabilidad en general de los servidores públicos y por ninguna parte hay una mención expresa a la ley penal o responsabilidad de carácter penal; primer argumento que nos dice como el legislador si debe regular esa materia en el ámbito penal militar que es a lo que estamos convocados; segundo, me parece que también la pregunta quisiera hacerlo un poco en el mismo tono que el DR. REYES ALVARADO, es si nosotros vamos a admitir con la no inclusión de la definición de la nación de obediencia debida si la ejecución cumplida por órdenes superiores de actos de tortura, de desaparición o aún de acceso carnal violento o de ejecuciones extrajudiciales si a la luz del derecho interno, de los tratados internacionales, de la Constitución Política, si excluyen o no la responsabilidad. Si estamos de acuerdo en eso es porque estamos aceptando que en Colombia no rigen unos principios y unos valores y una concepción ética de la universal aceptación y entonces Colombia simplemente se está sustrayendo de ese consenso universal, sobre esa materia y yo creo que es

el problema que subyace en ese sentido; en tener lugar se había señalado aquí que la jurisprudencia y tal vez la doctrina invocando inclusive la memoria del DR. REYES ECHANDIA, ya había sido suficientemente claros sobre este punto de la jurisprudencia ha esclarecido de tal manera la obediencia debida que hace imposible que se pueda admitir el órgano judicial la exclusión de responsabilidad cuando se cumplen cierto tipo de órdenes pues si eso es así, yo no le veo ningún problema, de que esa tradición doctrinaria y esa tradición jurisprudencial, se eleva la norma a la categoría de una norma jurídica, DR. CANCINO invocaba ya unos ejemplos, pero hay muchos en el ámbito penal, como la propia jurisprudencia ha llevado con buen criterio al convencimiento del legislador de que se eleve esos avances a norma jurídica; por otro lado se dice que no hay ninguna necesidad de definir este asunto porque tal vez nunca se ha presentado un caso extremo, claro es que la ley no solo está para regular los casos que se pueden presentar en la realidad sino los que hipotéticamente se puede presentar . Yo me preguntaría qué sentido tiene por ejemplo la tipificación de la conducta del menoscabo de la integridad nacional, en el artículo 70 del actual código Penal Militar, cuando nunca jamás un militar ha sido juzgado por ese delito, entonces porqué no lo suprimimos y así habría muchísimos ejemplos, entonces se trata precisamente que la ley penal cumpla la función de carácter preventivo, finalmente se ha dicho que, y creo yo que no se trata de traer casos de un lado a otro, pero como se plantea la hipótesis de que nunca la obediencia debida ha sido utilizada para excusar la responsabilidad de actos de esta naturaleza, pues habría que recordar un caso muy doloroso para la historia nacional, como el propio caso del Palacio de Justicia, en donde uno de los elementos fundamentales que se alegó para excusar la responsabilidad de altos oficiales de la Fuerza Pública fue la invocación de la orden superior, nada más ni nada menos que del Comandante y jefe de las Fuerzas Militares como es el presidente de la República, entonces yo creo que no conviene traer casos de lado y lado porque la historia abunda en ejemplos y no se trata de eso como lo decía el DR. VALENCIA VILLA, no se trata de confrontar ese tipo de características sino, de permitir que la comisión avance en una norma que en definitiva sirva para el país. Me relevo de contestar, no de contestar sino de aludir a la mención que hizo el CF. PRIETO, respecto a las normas del Código de régimen disciplinarios de las Fuerzas Militares porque de alguna manera respecta de esas normas ya es muy conocida la posición del Defensor del Pueblo. Muchas Gracias.

DR. CAMILO GRANADA

Yo quisiera muy brevemente tratar de hacer un llamado a todos mis colegas de la Comisión, en el sentido de que creo que estamos muy cerca de una posibilidad de consenso en este ámbito por las razones expuestas por el Señor Defensor del Pueblo, hace un instante que comparto plenamente, pero también y sobretodo por la forma misma en que han presentado sus exposiciones, tanto el MG. ROJAS, como el CF. PRIETO como el CR. LÓPEZ, en el sentido de que esas órdenes tan abiertamente ilegales, tan abiertamente ilegítimas que chocan con la conciencia humana, el mismo estamento militar se rehúsa a contemplar la posibilidad de su

ejecución y de su convalidación, es que me parece que estamos todos de acuerdo en que hay una serie de normas que permiten conciliar esta voluntad y ese valor ético y moral de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, con el principio de la obediencia debida, es que lo que más me ha impactado durante el curso de estas discusiones durante las varias sesiones que tenemos es que fundamentalmente todos estamos de acuerdo que no es aceptable ni para los civiles, ni para los militares el que se dicten órdenes contrarias a la dignidad humana, por otro lado, otro punto que me parece muy cercano el consenso es efectivamente la experiencia jurisprudencial que señalaba el CR: LÓPEZ, como lo señalaba tanto el DR, CANCINO como el DR, CORDOBA, justifican precisamente la existencia de esa jurisprudencia el hecho de que ahora en un nuevo código se exprese esto de manera normativa y clara, dado que precisamente no presenta una ruptura con la jurisprudencia, sino por el contrario la convalida en un acto jurídico superior como es una ley, el ejemplo que citó el CR. PRIETO, me parece clarísimo a ese respecto citando precisamente el Código disciplinario señala como el artículo en mención no solo reproduce el artículo 91 de la constitución Nacional, sino que además presente la posibilidad del disenso cualificado en qué momento esa obediencia, no es una obediencia ciega limitada por el ordenamiento jurídico y Constitucional Nacional que tiene el país, por ende yo quiero hacer un llamado en consideración la propuesta de la presidencia de declarar suficiente ilustración de ese punto para que efectivamente nos concentremos en la redacción ya más concreta y precisa de esa fórmula que no pretende en ningún momento menoscabar la disciplina y que por el contrario debe ser la expresión, no dicha formalmente que ha encontrado acá un consenso real entre todos los miembros de la comisión en torno de la necesaria limitación del concepto de la obediencia debida como eximente de responsabilidad. Muchas Gracias.

DR. JAIME VARGAS

En pasadas oportunidades la Fuerza Aérea, ha hecho una serie de consideraciones en relación con la obediencia debida, y dentro de esa serie de consideraciones, habíamos hecho un intento de definición que fue puesto a consideración de ustedes, la primera consideración que hicimos era lo siguiente; que nos encontramos frente a una atadura de orden constitucional y que muy posiblemente, cualquier delimitación o definición del concepto de obediencia debida, nos podría introducir en honduras de orden constitucional.

En la eximente de responsabilidad establecida en el artículo 91 de la Constitución Nacional, es de orden, constitucional y nosotros seguimos pensando que se debe mantener esa categoría; pensamos igualmente que no se le puede rebajar, y trasladar a la ley, porque sencillamente estaríamos posiblemente elaborando una norma que podía ser demandada y declarada inconstitucional, hacíamos en ese entonces, una consideración que respecto del subalterno muy posiblemente este eximente de responsabilidad, hacía parte de su debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución. En la Justicia Penal Militar, se ha entendido siempre que la obediencia no es ciega, los ejemplos que han puesto sobre la

mesa, explican el manejo que se ha dado a la figura, la Fuerza Aérea considera reposando la idea que habíamos adoptado la semana pasada, que la norma debe conservar su rasgo constitucional; en segundo lugar, que nunca en la justicia Penal Militar, se ha entendido la obediencia como obediencia ciega, que fuera de eso, la Corte Constitucional en sentencia pasada, ya hizo una explicación del sentido de lo que es la obediencia debida y ese es el sentido con que se debe adoptar al interior de cada proceso, por lo tanto, consideramos que no se puede trasladar un eximente de responsabilidad de orden constitucional y quitarle la categoría para trasladarlo a la ley. Gracias.

DR. CARLOS VICENTE DE ROUX.

Yo había pedido la palabra. Con la venia de la Presidencia, quiero solicitar que se oiga de una asesor de la Consejería, pero antes quiero hacer dos breves consideraciones. Yo quisiera invitar a los miembros de la Comisión a que se hagan cargo de una situación un poco complicada que nosotros tenemos en el escenario internacional. En el escenario internacional, como ustedes saben, Colombia está colocada en la mira de la comunidad internacional en materia de derechos humanos y en particular ha sido objeto de reiterados informes de unos funcionarios muy particulares que son los relatores o grupos de trabajo temático en materia de derechos humanos. Estos relatores han venido al país; ha venido el Relator contra las Ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias; ha venido el Relator contra la Tortura; ha venido el Grupo de Trabajo contra la Desaparición Forzada; han venido otros relatores sobre otros temas como el de la detención arbitraria, etc... perdón, éste no ha venido, está por venir. Han sido invitados por el Gobierno. Todos estos relatores han llamado la atención sobre este tema de la obediencia debida como un tema que facilita la impunidad del subalterno. Yo creo que sería muy de recibo por la comunidad internacional, en un momento en el que en el país requiere mostrar su compromiso con estas temáticas, el que lleváramos los desarrollo de la jurisprudencia en esta materia a la ley, que le diéramos la fuerza de un texto legal. Eso sería, quiero plantearlo así, algo que nos colaboraría mucho a quienes como la Chancillería tiene que moverse en estos escenarios internacionales. Entonces, si ya hay un desarrollo jurisprudencial que ya trabaja en esa dirección con la claridad que nos han expuesto en estas sesiones, plantearlo legislativamente tiene también el elemento de conveniencia que es muy importante para el país. La otra consideración que quiero hacer brevemente en función del subalterno que recibe ordenes, por que es un punto que creo que está bien traído por el BG. ZAPATA, el hombre militar o la mujer también que cumple una orden. Me parece que hay que pensar en las condiciones de seguridad jurídica para ese subalterno que recibe órdenes, porque si lo he entendido bien, la jurisprudencia ha sido firme en el sentido de no tolerar la obediencia ciega, la obediencia que llevo a cometer conductas delictivas, y este desarrollo de la jurisprudencia que yo saludo y celebro como muy positivo, podría llevar a confusión al subalterno, que simplemente se atuviera al tenor literal del artículo 91. Entonces me parece que también, en función de la seguridad jurídica para ese subalterno, es muy conveniente que la ley precise los alcances de la obediencia

debida en relación con este tipo de conductas atroces que estarían contempladas en el artículo que ha sido traído a cuento y discusión. Quisiera ahora Señora Presidenta pedirle con su venia se escuche el parecer de un asesor de la Consejería, como se ha hecho con otros temas.

DR. ALEJANDRO HERNÁNDEZ.

Brevemente quiero poner sobre la mesa unos elementos de interpretación y otros que han sido considerados y que de pronto los penalistas podrían considerar sobre este punto y que la Comisión no a considerado. El primer, es que voy a aportar un elemento de interpretación para ir en la vía de que el artículo 91 no debería ser interpretado como una fórmula absoluta, como una fórmula cerrada sino que se amerita una interpretación sistemática. Y es que el artículo sexto de la Constitución nos habla de que los particulares son responsables por infringir la Constitución y la ley, y que los servidores públicos también lo son por las mismas razones y por omisión o por extralimitación, en el ejercicio de las mismas. Ello significa que la Constitución está dando unos parámetros de que todos los ciudadanos colombianos e incluidos los servidores públicos responderán por sus actuaciones. Entonces, ese eximente de responsabilidad que se obtendría de una interpretación absoluta del artículo 91 estaría por fuera de estas posibilidad. Más en materia de política criminal, donde precisamente lo que debe hacer un estado es seguir las desviaciones que estén consagradas en la ley penal. Igualmente el artículo 95 de la Constitución Nacional señala unos deberes genéricos para todos los ciudadanos, incluidos los servidores. Públicos que antes que nada son ciudadanos, cuya inobservancia traería unas responsabilidades que el legislador previamente definirá. Responsabilidades que pueden ser de tipo penal, civil, disciplinario. Entonces, una preposición como las tres que de fondo son coincidentes, no contravendría a mi modo de ver con una interpretación como ya la Corte lo ha autorizado en su fallo y de estos dos elementos sobre los que quizás no hemos profundizado, uno es que si aceptamos absolutamente que en algunos casos la responsabilidad sola caería en la cabeza da la orden, estaríamos entrando un poco, y los penalistas me podrían desmentir, en términos de responsabilidad objetiva. El derecho penal moderno del cual Colombia ha sido depositario en sus reformas ha explicado que el derecho y el código, este proyecto de reforma el código penal militar incluye el principio de la culpabilidad es decir que la persona responderá por sus actuaciones típicas, antijurídicas y culpables y el hecho que esa persona que ha tenido una conducta de esa naturaleza, no responda sino quien dio la orden; estaríamos en la responsabilidad objetiva. Y otro punto es que, cuando hablamos de eximente de responsabilidad de la obediencia en unos casos o en todos no estamos definiendo con claridad si eso lo hacemos a título de antijuricidad o de inculpabilidad. Y eso tiene significación en la medida que no todas las conductas antijurídicas generarían indemnización de perjuicios, mientras que si todas las conductas inculpables si los generaría y eso para la víctima que es otra de las partes en el proceso penal es muy importante, entonces valdría la pena que si la comisión encuentra consenso porque la obediencia debida en algunos si sea eximente de responsabilidad como se

presupone entonces que se especifique claramente si es a título de antijuricidad o de inculpabilidad. Gracias.

DR. ANTONO JOSE CANCINO MORENO

Para aclarar la inquietud del DR. HERNÁNDEZ precisamente la comisión en los principios generales y en las causas excluyentes de culpabilidad empleó ese término, excluyente de responsabilidad dada la complejidad que conlleva el establecer unos matices diferenciales muy nítidos entre causales excluyentes de antijuricidad y causales excluyentes de responsabilidad; entonces se puso una sola lista de causales excluyentes de responsabilidad para que interprete en cada caso haga el análisis correspondiente y tanto esto así viable que puede acontecer y ha acontecido en la jurisprudencia que órdenes superiores entre civiles y entre militares, los jueces las han tratado en casos muy específicos y siempre y cuando se den todos los requisitos, entonces el problema pasa de ser excluyente de antijuricidad, a ser excluyente de culpabilidad. Gracias.

DR. OLGA BULA ESCOBAR

Sin pretender defender el debate porque yo creo que hay excesiva ilustración al respecto y unos argumentos bastante contundentes, yo resaltaría por ejemplo, que nos concentráramos en ver si la convivencia de esta definición legal, o resaltar un inconveniencia muy mayor a fin de no definirla, porque yo creo como decía el DR. REYES, definirla legalmente, quizá le sirva al estamento militar en lo interno, definirla legalmente, quizá le sirva al país y a los estamento internacionales; respecto a esta nueva política criminal, que se desprende de la nueva constitución y de la convivencia de tener una normatividad clara frente al problema de los derechos humanos y obviamente comparto la intervención del DR. VALENCIA, cuando dice estamos realmente frente a una estrategia normativa simultáneamente con el diseño de una política criminal, en este momento yo quisiera, además de la suficiente ilustración se determinara quizá el gran inconveniente de no atrevernos a hacer esta definición legal tan importante en este tema, que quizá despejaría muchos caminos, no solamente avanzar y no quedarnos con el estatus que ya parece ser no hay grandes dificultades. Si la Constitución ya lo define, porque no hacerlo en la ley, si la jurisprudencia siempre lo ha confirmado, parece que no hubiera grandes contradicciones de fondo, respecto al tema de la obediencia debida y si es así podríamos hacer un último intento antes de no encontrar un consenso en el sentido de tratar de tener una definición de consenso en este nuevo código.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO

Yo quisiera muy brevemente antes de pasar a decidir si hay suficiente ilustración, y en esa medida contestar el disenso, señalar que yo comparto el espíritu y ánimo

de las tres propuestas que se han presentad, particularmente lo que ha presentado el señor MG. NIEBLES, en el entendido de que estas propuestas en ningún momento a mi parecer, ni lesionan, ni atentan, ni afectan a la justicia penal militar, que ese no ha sido el propósito en ningún momento, como de alguna manera se ha señalado, pro el contrario creo que el propósito de estas propuestas, es dotar de una mayor fuerza la justicia jurídica, no solo frente a la comunidad nacional, sino internacional y por supuesto atendiendo a las razones de orden legal y constitucional, yo quería señalar esto porque me parece importante sentar una posición al respecto, creo que lo que ha animado estas propuestas es simplemente señalar que la obediencia no puede ser ciega, que frente a hechos atroces o delitos atroces, no puede ser ciega, en ese sentido quería señalar esto; si no hay ninguna otra intervención yo creo que serie conveniente constatar que hay un disenso al respecto, puesto que esto tiene que hacer tránsito al gobierno y si ese fuese el caso sería muy importante, que cada una de las propuestas tanto la de no definición y no inclusión, como las que proponen una definición, vengan acompañadas de una exposición de motivos.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI

Yo no se si bajo el punto de vista conciliatorio, teniendo en cuenta de que ya estaba también en el código anterior que aprobáramos, aún cuando fuera el artículo segundo, dice que es eximente de responsabilidad, cuando se abre en cumplimiento de orden legítimo, de autoridad competente con las formas legales; realmente aquí yo pienso que esta parte estaría cobijando todo, porque si se obre en cumplimiento de una orden legítima, tiene que ser como su nombre lo indica, con las formalidades legales y autoridad competente y todo comandante, que se ha preparado para emitir órdenes, el tiene su competencia para emitir esas órdenes, de acuerdo con el cargo y de acuerdo con el grado; de manera que realmente si está en cumplimiento de orden legítima, de autoridad competente, con las formalidades legales, yo creo que aquí que hecho, estamos aplicando ya la restricción posible, si se considera ese punto de vista se podía poner el artículo 18 de la Constitución, y todos estos aspectos de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, pues dejaría esa formula abierta; de consenso por lo menos para que tuviéramos un consenso ahora, si esta fórmula que yo propongo, no llega a servir como fórmula de acuerdo con lo que hechos hablado aquí tantas veces, les pido a quienes no están de acuerdo, que traigan sus propuestas debidamente sustentadas, para que sean ya el ministerio y el Gobierno, los que realmente decidan. Pienso que como esté artículo segundo dentro del eximente de responsabilidad pienso que si nosotros miramos con calma como estaba en el código anterior y como estaría ahora en el artículo segundo, sin la inclusive agregación del inciso que yo propuse cobijaría las tres propuestas; por eso digo la propongo como fórmula de consenso, si no se logra ese consenso que sería lo ideal que pudiéramos lograr, pues que presentamos sustentadas cada una de las propuestas, para que sea ya el gobierno cual acepta de acuerdo a lo que habíamos hablado anteriormente; todo el mundo tendría que presentar el que de acuerdo o el que no este de acuerdo.

**TRANSCRIPCIÓN DEL ACTA No. 16, DEL 20 DE JUNIO DE 1995,
PRIMERA PARTE - TEMA : OBEDIENCIA DEBIDA**

DRA. KAREN KUHFFELDT

En este estado de la discusión que ya se llegó a solicitar la suficiente ilustración, yo quisiera señores comisionados, volver a abrir por última oportunidad, el debate sobre obediencia debida, y en ese sentido el Ministro de Gobierno tiene una propuesta que poner a su consideración. Realmente quisiera recordarles comisionados que desde el debate sobre las objeciones presidenciales al proyecto de la tipificación de desaparición forzada debate en el cual tuvo que intervenir esta administración a solicitud del Senado de la República, la Administración del Presidente SAMPER, consideró que si bien el artículo 91 plasma la eximente de responsabilidad de la obediencia debida a las ordenes superiores que en el caso de los militares ameritaba una lectura distinta a la que se hacía, bajo la Constitución del 86, si bien los textos son iguales, el eje de la Constitución del 91, el eje central de la dignidad humana; sobre esa medida, debe reinterpretarse esta eximente de responsabilidad; en este sentido se pronuncio el Gobierno ante el Congreso a través de sus ministros de Gobierno y Defensa señalando que la obediencia debida en ningún momento podía ser ciega, tal como lo había señalado la Corte Constitucional en la sentencia T 409 del 92, con ponencia del DR ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; en ese sentido, en esa sentencia en que realizaba la relación entre la prestación del servicio militar y el derecho a la libertad de conciencia, no encuentra sentido alguno, dice la Corte, una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense que legítima incluso a violaciones de derechos humanos. Esta posición que expuso el Gobierno Nacional, la reiteró nuevamente el Señor Presidente de la Republica en un discurso ante la Academia Colombiana de Jurisprudencia, que quisiera recordar en este momento: dijo en esa oportunidad el Señor Presidente una "primera lectura del texto constitucional artículo 91 inciso segundo podría llevar a confusiones sobre el sentido de la obediencia debida dando a entender que la eximente de responsabilidad opera, incluso para la violación de los derechos humanos o la desaparición forzada de personas; no obstante la obediencia debida figura sobreviviente de la constitución del 86 debe ser interpretada en el contexto de los profundos cambios que consigna en la Carta del 91 y en explicita asignación de una determinado fin, del Estado servir a la comunidad, garantizar los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución ", que no puede ser desvirtuados, en ningún otro caso por otra norma independientemente. Por otro lado, el Estado reconoce sin discriminación alguna de la primicia de los derechos inalienables de la persona y la específica prohibición constitucional de desaparecer a otro: no pueden ser desconocidos por el abuso de poder o la aclaración arbitraria de ninguna autoridad cualquiera que sea su rango; por otro lado el artículo 93 de la Constitución vigente, los derechos deberes consagrados en esta carta, se interpretaran de conformidad con los tratado Internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia; pues bien, existen dos tratados internacionales aprobados por el Congreso en la Ley 2859 de la convención para prevención y sanción del delito de genocidio y la

ley 70 del 86, relativo a la convención contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes en los cuales se excluyen la obediencia debida como eximente de responsabilidad, siendo considerada la desaparición forzada de las personas por las doctrinas y la propia ley, como un delito contra la humanidad, como el genocidio y la tortura, tratados estos últimos que trazan pautas de interpretación de imprescindible aplicación a la desaparición forzada; en consecuencia debe incluirse que la obediencia debida, como eximente de responsabilidad o la desaparición forzada no contraviene la decisión de la Carta fundamental.

El presidente consideraba que el Estado Colombiano, y sus representantes son muy conscientes de la función trascendental que la disciplina y la obediencia están llamada a cumplir en el ámbito castrense; pero en ningún caso puede llegar a entender si es un mensaje que el gobierno quiere que trascienda y que quede claro que en ningún caso puede cobijar violaciones graves de derechos humanos; en ese sentido el Ministro de Gobierno acogiendo y reiterando esta posición ya explícita del Gobierno; en esta forma la obediencia debida propone una propuesta de inciso muy en sentido de que la propuesta del MG. NIEBLES de inciso al numeral segundo de los eximentes de responsabilidad, que se habían aprobado; según el cual no se aplicará la obediencia debido, cuando la ejecución de una orden implique la grave y manifiesta violación de los derechos humanos, como son: genocidio, desaparición forzada y tortura, ejecuciones extrajudiciales sumarios y arbitrarias.

DRA. OLGA BULA

Yo quisiera rescatar y tal vez leer la propuesta del MG. NIEBLES personalmente yo apoyaría esa propuesta y la fórmula que acabo de proponer la DRA. KAREN, a nombre del Ministro de Gobierno si quiere volver a leerla DRA. KAREN.

DRA. KAREN KUHfeldt SALAZAR

Eximentes de responsabilidad en el numeral segundo se agregaría un inciso, que aclare el concepto de obediencia debida así:

ARTICULO AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal:

1. Cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
2. Cuando se obre en cumplimiento de orden legítimo, de autoridad competente, con las formalidades legales.

El inciso propuesto sería:

No se aplicará la obediencia debida, la ejecución de una orden implique la grave manifiesta violación de la persona humana, en casos como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, sumarios o arbitrarias y la tortura.

DR. HERNANDO VALENCIA VILLA

Yo quisiera simplemente señalar que la Procuraduría comparte la fórmula que acabó de proponer la DRA. KAREN, a nombre del Ministerio de Gobierno.

DR. YESID REYES ALVARADO

Yo creo que de las propuestas que se han hecho y puesto a disposición de la comisión, esta es una que considero personalmente bastante moderada y bastante precisa; además recoge el pensamiento de muchos de nosotros en relación con los puntos que de ninguna manera deberían estar cobijados por una obediencia que creo, y en eso estamos más personas de acuerdo, nunca debe ser entendida de una forma ciega. Por consiguiente, yo apoyaría también la fórmula propuesta por la DRA. KAREN.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

Yo si considero este punto tan supremamente importante para la comisión que me he permitido presentar por escrito, una ponencia a la comisión que en la historia de las actas, porque creo que el problema nos ha sido integralmente tratado y aunque anuncio que respaldo yo la posición de la DRA. KAREN, integralmente al tener que ver una Constitución también había una interpretación exegética o gramatical; el problema no es nuevo, el problema es un problema que existía y existió y fe de interpretación profunda, de hermenéutica de la anterior constitución; yo los invito para estas cuestiones a que leamos un libro escrito por Herberth Quelman, maravilloso, donde se estudia fundamentalmente el caso My Lai, en la guerra de los Estados Unidos, que se llama Precisamente con un título sugestivo, "Crímenes de Obediencia", es decir como a través de la obediencia se han cometido crímenes precisamente como el de My Lai; se hace un panorama de los crímenes de obediencia, se escudriña sobre el deber de obedecer y de desobedecer, se estudia la estructura y la dinámica de la autoridad y se estudian otros muchos temas desde ángulos muy diversos. Por ahora nos interesa el jurídico y es por ello que tomamos de la mencionada obra los siguientes aspectos:

Los seres humanos hacen daño a otros por muchas razones, incluso en respuestas o órdenes superiores; en la filosofía en la práctica occidental, el tema de la obediencia a las ordenes ha sido siempre complejo ; la obediencia a la autoridad legal y moralmente estimulado; los subordinados pueden enfrentarse a

sanciones que los obligan a obedecer y al mismo tiempo a una ideología que glorifica la obediencia, pero uno logra tradición de autoridad que venía entre las labores religiosas y legales y ayudando a crear una vía de salida para el subordinado, que está frente a una orden repulsiva, el subordinado puede alegar que la orden desafía las restricciones morales o religiosas impuestas por la conciencia o la ley natural; la ley militar es una codificación formal de una de las más importantes reglas occidentales, con respecto a la obediencia tales reglas han incorporado dos preocupaciones, la responsabilidad de los superiores que dando órdenes y la de los subordinados que los obedecen; la doctrina tradicional militar que establece la responsabilidad de los superiores por los actos de sus subordinados, al parecer en algunas ocasiones, son utilizados para impactar recíprocamente la falta de responsabilidad de los subordinados. Sin embargo los juicios de Tokio, surgieron que es posible ampliar la responsabilidad de ambos "autoridad y subordinado", sin contradecirse. Quiero manifestar como los aliados surgieron victoriosos de la primera guerra mundial y se aliaron también con una tesis jurídica de quien emanaba o daba las órdenes; sin embargo con algunas excepciones, es realmente a raíz del juicio de NUREMBERG, donde sufre una quiebra fundamental, precisamente por las violaciones al mínimo de dignidad de los derechos humanos donde se rompe el principio de la obediencia ciega; el tema de la obediencia ciega se ha tratado por grandes juristas, desde el principio del siglo de tal manera que empiezan con posterioridad el juicio de NUREMBERG a plantearse los inconvenientes de esa obediencia ciega y precisamente se ponen como ejemplo en este libro. Miren ustedes como el código Penal de Alemania de 1872 indicaba ya que principio no admitía los principios como defensa absoluta para los subordinados; ese código que es el primero de Alemania, dice: los Subordinados que obedecen una orden, sabiendo que es ilegal son cómplices en el crimen. De tal manera que los alemanes pelearon en la segunda guerra mundial afirmando que si la ejecución de una orden militar viola la ley criminal, entonces el oficial superior que de esta orden, cargará el sólo con la responsabilidad; por ello sin embargo el subordinado que obedece compartirá el castigo del partícipe: primero, si se ha excedido en la orden que los dieron; segundo, si tenía conocimiento que la orden de su superior era un acto por medio del cual se intentaba cometer un crimen o una trasgresión civil o militar. Esta obra se ha extendido y hoy día hay algunos códigos que desechan el cumplimiento de una orden cuando va en contra de la disciplina militar; noten ya la obediencia en el superior, salvo en el caso de la notoriedad clara de violación a la ley penal y segundo si esta orden superior conlleva ala comisión clara de un crimen a la trasgresión civil o militar; las Cortes Alemanas Militares apoyan estas limitaciones en relación a la densa de órdenes superiores después de la primera guerra mundial en el caso más notable se relaciona con el hundimiento de un barco canadiense por parte de los alemanes en el LAND DOVERY; el código sin embargo no pudo ser aplicado a las acciones alemanas en la segunda guerra mundial que fueron más tarde condenados entre los peores crímenes de guerra de la historia porque estas acciones eran legales ante la ley alemana; pero ya desde la Constitución anterior nosotros entramos mucha claridad. Sobre el particular hay un comentarista en la Corte Suprema de Justicia y uno de los tratadistas más grandes de los de derechos Constitucional, el profesor FERNANDO FERNÁNDEZ

BOTERO este ilustre constitucionalista en su libro de la anterior constitución expresó: Existe una jerarquía; en tal virtud por razones evidentes de organización, es necesario que se obedezcan las órdenes superiores, pero esas ordenes no pueden obedecerse cuando violan un precepto constitucional con su desarrollo legislativo, quien lo hace en detrimento de alguna persona, no pueden tenerlo como medio exceptivo, mal dice la carta que esa violación debe ser manifiesta en primer lugar un subalterno que no obedece una orden dada por su superior cuando este sobrepasa el límite de sus funciones pero ignorando que el superior carece de esas atribución no tiene responsabilidad, porque su acto no es manifiestamente violatorio del derecho, como ocurría si un funcionario diera una orden al inferior de realizar algo que no es de su competencia, no el inferior lo ignoraba; en segundo lugar, un inferior no es responsable si el hecho ignora que la orden superior es violatoria del derecho ajeno, por ejemplo un agente de policía, a quien se le ordene detener un ciudadano y procede, ve que su superior tiene razones justas para ordenar dicha cosa, pero sería responsable un agente de policía que cumpliera la orden de un alcalde de disparar su fusil y matar a una persona que pacíficamente desarrolla su normal actividad, conoce la justicia de la orden y sabe que nada autoriza matar a quien está en esa circunstancia, se viene discutiendo modernamente el principio de obediencia ciega de los militares en servicio, cuya actuación solo compromete al tenor del artículo que estamos estudiando, al superior que da la orden, posteriormente desarrolla toda una teoría el profesor FERNANDO FERNÁNDEZ BOTERO para plantear el problema que nos acaba de plantear el DR. SACHICA, si es que debe entenderse dentro de todo el contexto de la constitución, la exención aparente, hay que mirar la Constitución, y hay que estudiar los principios manifiestamente, y en detrimento de una persona para hacer el estudio de la disciplina en forma racional, de tal manera que después de hacerse una preguntas, el profesor FERNÁNDEZ BOTERO, las Constituciones comparadas, Universidad de Antioquia 1964, ya se apartaba a veces del DR. SACHICA, en el sentido de que podía la interpretación de la segunda parte del artículo que es exactamente igual al presente. El profesor TULIO ENRIQUE TASCÓN, otro constitucionalista y comentarista de la anterior norma decía, lo siguiente:

Porque el ejercicio está sujeto a obediencia pasiva por la naturaleza misma de la instrucción militar, sería inadmisibles que un soldado entrara en discusión con un superior, sobra la facultad constitucional con que manda matar a un hombre o destruir un edificio o un puente o escalar una casa al tiempo que se tiene al enemigo al frente o que se necesita adelantar una operación militar o concentrar un plan estratégico de tal manera que en congruencia con esta norma el artículo 168, enseña que la Fuerzas Armada no es de deliberante, lo que se dice en los militares en servicio debe entenderse dicho de los cuerpos que están sujetos a la disciplina de la policía, por tanto si el jefe de una escolta de policía, le ordena a uno de estos disparar contra un preso que se fuga o contra un motín que intenta consumir un atentado o destruir una casa para cortar un incendio no sería lícito al subalterno, desobedecer so pretexto de que la orden va en detrimento de un precepto Constitucional, pero concluía el DR. TASCÓN, hay que anotar que el

artículo habla de infracciones en detrimento de alguna persona, deberá entenderse que no se refiere también a las propiedades no de más derecho que las personas creemos que a una persona se le acusa detrimento no solamente atentando contra su vida, su integridad física su libertad, sino también atentado contra cualquiera de los derechos, sin embargo a pesar de esta posición de TASCÓN, tiene una posición muy clara frente a los desbordamientos, ni a lo manifiestamente legal en relación de los derechos humanos fundamentales. Yo creo que no hay jurista que pueda ignorar el concepto que dio el ministro de Gobierno, gloria del derecho penal colombiano, CARLOS LOZANO Y LOZANO que partió en dos la historia de Colombia frente a la obediencia debida, es un concepto realmente maravilloso, lo dio a consecuencia de una consulta que le hizo la comisión redactora del Código Penal de 1938, en la cual suministra unos temas supremamente importantes para la interpretación que debe dar esta comisión, si el agente de la fuerza Armada recibe la orden de disparar contra un prófugo o contra un grupo de amotinados o de derribar una fortaleza o de allanar un edificio, no incurre en responsabilidad penal, pues el hecho se justifica en atención a la orden obligatoria; si por razones que no se relacionan con este, un agente armado ejecuta un hecho delictuoso, por mandato superior jerárquico, debe responder penalmente, conjuntamente con el superior porque en esa circunstancia la orden no era, ni podía ser obligatoria, la obediencia pasiva a que está sujeto por razones de disciplina militar, los miembros de la policía y el ejército, tienen límite; por eso debe sancionarse en el inferior, el exceso, el hecho mismo cuando no estaba obligado a obedecer o no estar en servicio, ni tratarse de una acción notoriamente ilícita para comprobar esta tesis, podría hacer dos citas de excepción, a la autoridad, aquí retoma el profesor LOZANO Y LOZANO, lo que dijo MANCINI en su tratado, derecho penal del principio, según el cual un soldado que debe obedecer en toda circunstancia su jefe sería fatal para la misma disciplina militar, justificaría que matarse a un coronel, por orden de un capitán, o desertar de un campo de batalla por orden de un inmediato superior, no es menos monstruoso imaginar que las ordenes superiores excusen a un soldado que haya asesinado inofensivos ciudadanos en tiempo de paz, lo que se haya entregado a crueldades inhumanas el solo criterio razonable que se presenta por sí mismo a la mente, a este respecto es que el soldado queda cubierto tan solo por las órdenes que puede racionalmente creer como emanados de una madura reflexión de parte de sus superiores y posteriormente refiriéndome a LUIS MAIN al código Sanardeli de 1980, repite exactamente las mismas palabras, la injusticia objetiva del acta, no conduce necesariamente la afirmación de la justicia cometida por el autor: en este orden de ideas, enseña Carrara que la sujeción jerárquica elimina la responsabilidad cuando destruye la conciencia pero posteriormente se refiere nuevamente a los casos preponderantes y manifiesta de los derechos humanos, por ejemplo dice en sus comentarios el profesor LUIS MAIN, los anteriores conceptos sitúan al problema bajo su verdadera luz, la obediencia no es ilimitada pues podría conducir a que los militares se pronunciaron contra el gobierno legítimo, no obedecer al superior, lo cual sería manifiestamente absurdo, no quiero extenderme en este concepto, pero los invito porque creo que es el pilote central sobre este tema, que en la doctrina española con el profesor Santiago Mireus, la obligatoriedad de la orden no condiciona la justicia, la ilegalidad de una orden no,

pueden que son manifiestos así sucederá con la órdenes de cometer un homicidio o de infringir torturas o la de realizar delitos de cometer un homicidio o de infringir torturas o las de realizar delitos contra la honestidad o hechos etc. Había entonces de las órdenes ilegales y legales y de las ordenes manifiestamente antijurídicas, para decir que aquí no operan el concepto de obediencia debida, derecho penal, parte general Barcelona, 1993.

La procuraduría General de la Nación y en esto quiero que pongamos atención porque yo voy a concluir en que es necesario y conveniente en concentrar unos parámetros legislativos sobre el particular no solamente porque ahora el tema ha estado de moda sobre el principio del siglo se habla de orden con violaciones manifiestas, se habla de obediencia debida y ya pues es demasiado la doctrina y la legislación, en particular quiero llamar la atención sobre el código Alemán del siglo pasado, que consagraba la figura, la Procuraduría General de la Nación, dijo en un fallo precisamente más exactamente desde el nueve de abril del 94, en el principio de obediencia y acotamiento a las ordenes superiores jerárquicas contemplan un límite de legalidad y no se adecua a un cumplimiento de disposiciones legales que rayan en actividades delictuosas, bajo ningún aspecto admite este despacho haber aprendido violentamente a la señora equis, y posteriormente haberla hecho víctima de desaparición forzada, pueda justificarse y consecuentemente condenarse con el alegato de haber cumplido ordenes de superiores, la responsabilidad de toda orden militar recae en quien y no en quien la ejecute, pero cuando el subalterno que la recibe advierte que su ejecución puede derivarse manifiestamente al comisión de un delito, acto contra el honor militar o causa constitutiva de mala conducta, debe disponerlo así el superior.

Para los efectos prácticos de los que voy a decir, solo quiero se entienda que quiero defender los intereses del debido proceso para las Fuerzas Armadas, advirtamos que ya existe una norma que está vigente, esa norma es el artículo 15 de la ley 0085 del 89 del régimen disciplinario que dice: Cuando el subalterno que la recibe advierte que de su ejecución puede derivarse manifestadamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta debe exponerlo al superior, si este insiste el subalterno está obligado a cumplirla, previa confirmación por escrito, una propuesta del profesor RODRÍGUEZ DE VESA, de quien tuve el honor de ser su alumno, fue durante la época franquista, auditor superior militar en Madrid , y era un hombre bastante complicado, y decía no es debida la obediencia cuando se trata de una orden vinculante cuyo cumplimiento lleve consiguió la comisión de un delito o falsa, ni en materias contrarias al servicio.

ANGEL BERCAIS, es nada más ni nada menos el Presidente de la Corte Suprema Argentina; este magistrado escribió un bellissimo libro que ser llama "La guerra sucia y la obediencia debida" y hace un estudio magistral con respecto a lo que se ha llamado la guerra sucia y la obediencia, con la ventaja de que mira el problema desde ambos ángulos, es decir el punto de vista del estamento militar oficial de

desde el punto de vista de las fuerzas opositoras al gobierno, los rebeldes guerrilleros, paramilitares, etc.

Del agente del orden, sea civil o militar que sin provocación directa, mate alevosamente un delincuente se halle este armado o desarmado, o lo someta a tortura con cualquier fin, que sea abusando del armamento que se le ha dado para preservar el orden se convierte con ese simple hecho como autor del delito, de igual modo el que penetra en una vivienda que no le es propia para apoderarse de cosas ajenas o secuestra a una persona sin autorización judicial o fuera de los casos concretos en que la ley lo autoriza, comete el delito de violación de domicilio hurto o robo, es el hecho contravienen y no la calidad o investidura la que califica la conducta, la expresión guerra sucia, propia de toda guerra insurreccional no puede llevarse a cabo dependiendo del ámbito delictual en que actúa este al mando de la ley por su mismo carácter, las fuerzas de presión del Estado, son fuerzas que obran en nombre del derecho y de la ley y como tales no pueden actuar transgrediéndolos constituyendo la guerra sucia, insurreccional, una violación del derecho de la ley existente, no es admisible su vocación por las fuerzas superiores del Estado para justificar hechos o omisiones que son claramente una violación del derecho, cuando la misión es precisamente lo contrario, es decir evitar que ella se consuma, es que muy largo lo que dice este profesor que yo en la de la comisión, quiero que quede y él énfasis en el artículo 667, porque yo quiero que tengamos en cuenta la historia de la figura y la legislación comparada porque vamos a actuar dentro del marco de relaciones internacionales, que me parecen importantes, dice: será reprimido al artículo 667, con prisión hasta de cuatro años o sanción disciplinaria, el militar que hicieron resistencia ostensible o expresamente rehusare una orden del servicio que fuera impartida por un superior, si del hecho se produjera frente al enemigo la pena será de muerte, o de prisión por tiempo indeterminado y el artículo 675 establece: ninguna relación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio militar por su parte el artículo 878 define el acto del servicio para que lo vayamos teniendo en cuenta así:

Acto del servicio: Todo el que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a Fuerzas Armadas concordantemente con el inciso 15 del artículo 34 del código penal militar, del artículo 514 del código justicia penal militar, estatuye que cuando se haya cometido un delito o la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiera dado será el único responsable y sólo será considerado cómplice el inferior cuando éste se hubiere excedido al cumplimiento de la orden, aquí entonces también nace nuevamente el exceso al cumplimiento y otra serie de fenómenos que más o menos excepcionan la exención a que se refería el DR. SACHICA, la expresión sin causa justificada que hemos subrayado, ha dado pie a que parte de nuestros autores estimen que en el ordenamiento que nos rige no existen ordenamientos vinculantes, lo cual no compartimos, ellas existen pero no obstante el artículo 674 prescribe en forma absoluta ciega y total en cualquier circunstancia, un ejemplo de ello se nos brinda al propio código cuando el artículo 750 dispone, que será condenado a muerte o reclusión por tiempo indeterminado

el militar encargado de una plaza, tropa o puesto, que contado con medios de defensa se adhiere a la capitulación estimada por otro militar con el enemigo extranjero, aún cuando dependa de aquel y haya recibido sus ordenes al respecto. Sería absolutamente absurdo que un superior diera la orden de entregarse al enemigo y el inferior la cumpliera ciegamente, que creo que es de lo que hemos puesto ejemplo, más contundente, todo nos indica que aún cuando la regla en el ámbito castrense sea el de la obediencia en circunstancias excepcionales, ella no es aceptable a ciegas, como ocurría también por ejemplo cuando ave na socitrate in facinerus, es decir cuando resulte repugnante a principios superiores de moral por aberrantes o atroces o groseramente inmorales frente a lo cual cabe el derecho a negarse o rehusarse al cumplimiento de la orden superior, este mismo autor trae la cita de una doctrina de la Corte Suprema Argentina, en un caso concreto, el cual no quiero leer, pero a pesar de ese ingrediente que debe ser objeto de una mesurada comprensión por parte de la comisión, la orden superior y legal tiene repercusiones en el campo del derecho ordinario para los civiles, incluso los militares no tienen porque preocuparse de la naturaleza de la orden, como la habría el derecho administrativo colombiano, que trae por ejemplo la tesis de la anulabilidad, la orden legal produce actos que deben anularse en toda esa discusión, no nos interesa porque en el derecho penal militar, si existen dos cosas que valen la pena para obrar con mesura, tenerlas en cuenta primero: que la fuerza militar no es deliberante; de tal manera que debemos arrancar de un principio que esta en un adagio que repetimos a cada rato, que las ordenes se cumplan o la milicia se acaba; en segundo lugar: la inmediatez; y en tercer lugar la deliberación, un poco relativa frente al contenido de la orden, por ello partimos de una base, que es muy importante, el militar no tiene ni tiempo, ni tiene posibilidades de deliberar; en ese sentido, en segundo termino, mirando a un estamento, un poco bajo culturalmente como son los soldados, en un momento determinado analizar si la orden es legal o ilegal, le queda imposible, incluso se dan casos en la historia del derecho militar que yo he leído en los cuales la orden era abruptamente ilegal desde el punto de vista de la apariencia, pero resulta que el militar comandante o quien daba la orden, tenía que guardarse la razón de ser porque descubría un secreto militar que iba a dañar una operación bélica, y es muy curioso un caso militar en Alemania, en un capitán que ordena matar una monja porque era un soldado, se formaba el alboroto, de tal manera le toca al soldado fusilar una monja contra su voluntad, sabiendo que la orden era ilegal porque se trataba de una pobre monja inocente y después se vino a saber que era un soldado enemigo, digo estas cosas para que equilibremos en la determinación que tomamos, la verdad de lo que vamos hacer, IGNACIO VALLALOBOS, es otro gran penalista latinoamericano, Mexicano, yo he querido tomar conceptos de todos los países y de todos los tratadistas del derecho penal militar, dice que la excepción consiste en obedecer a un superior legítimo dentro de un orden jerárquico si el carácter ilícito del acto que fue mandado, no ere notorio, ni se prueba que el acusado lo conocía, si no que este se hallaba obligado a obedecer ineludiblemente, luego VILLALLOBOS resalta lo manifestante, también apunta un concepto muy importante que es el conocimiento, SERGIO CREBIÑO otro gran penalista trae conceptos muy importantes de Ortolan, y plantea otros problemas que nosotros no hemos debatido aquí y hay que debatirlo con franqueza, y es que

en el derecho penal militar, en principio para las ordenes comunes y corrientes, se presume de derecho, la legalidad de la orden, cuando la orden es común y corriente porque hay toda esta esfera misteriosa de ordenes que no quise, no se puede discutir un grupo de capitanes alegándole a un coronel, se atacan por la izquierda o por la derecha, son cosas que se deben cumplir sin deliberación y por ello hay una presunción de no culpabilidad y que es lo que nuestro profesor constitucionalista FERNÁNDEZ DE SOTO, presunción de la irresponsabilidad del inferior que cumple una orden pero como toda presunción tiene o está sujeta a demostración, en contrario se hace palpable cuando se trata de ordenes, abiertamente ilegales, es que el trato es así, no le pongamos misterio que el régimen disciplinario, de las fuerzas armadas lo trae y le dice: Usted debe ponerse a escribir para que le digan reiteradamente si la cumple o no la cumple, estamos en un plano formal de contravención, de marginación de la ley, pero hay otro libro del DR SACHICA, en el artículo 15 que está mencionado el DR. CANCINO que fue demandado por el Defensor del Pueblo está demandado por Corte Constitucional, pero yo creo personalmente que el Defensor del Pueblo se quedo corto, porque demandó parcialmente ese artículo 15, ha debido demandarlo integral porque es inconstitucional a morir de la A ala Z, autoriza al inferior para que rechace la orden del superior y sólo en caso de que se la reiteren por escrito, debe cumplirla, para efectos de la responsabilidad pues toda esa disposición está perfectamente constitucional frente al principio Constitucional de la no deliberación de la fuerza pública, de inmediatez, de ejecutorialidad de la orden militar; eso es de su naturaleza y de presunción de legalidad de la orden, ese artículo 15 se lleva a calle absoluta. Ante todo esos principios tan respetables que nos ha expuesto el profesor CANCINO, yo voy seguramente ha demandar como ciudadano, la totalidad de ese artículo 15. Me hubiera gustado coadyuvar a la demanda del Defensor del Pueblo, pero para pedir en gracia de la unidad normativa, la corte haga gracia de esa jurisdicción constitucional y declare integralmente inconstitucional, ese artículo 15, si no lo hace, de todas maneras yo como ciudadano lo demandaré; fue una simple información que puede ayudar a encontrar DR. CANCINO mi ponencia ha tenido buen cuidado de hacer referencia a la demanda del Señor Defensor del Pueblo, y para tranquilidad del señor Doctor SACHICA, yo voy a coadyuvar la demanda, porque realmente la segunda parte me parece inconstitucional, es decir, decirle al individuo si la orden es absolutamente legal, no es si no que ustedes la pida insistentemente, y la cumple; y a mí me parece que eso es absurdo y en ese sentido estamos Plenamente de acuerdo con el DR. SÁNCHEZ.

El doctor GUILLERMO FIERRO es un tratadista fabuloso de derecho penal ordinario y militar y tiene un sobre derecho penal militar, y voy a salirme por ahora y referirme a otros tratadistas que son el DR. CARLOS COLOMBO que creo es un clásico del derecho penal militar, todos ellos desde ya hace mucho tiempo con ZAFARONI y CABALLERO que están diciendo lo siguiente: la obediencia debida constituye una de las más arduas cuestiones del derecho penal militar, lo que explica que haya sido tratado en nuestro país, por prestigiosos autores en contraste con la escasa biografía que ya existe de otros temas. Notes ustedes que la obediencia debida en los libros de penal militar es la más copiosa, aquí dice

exactamente lo mismo, que no hay dispensa, que no hay eximencia cuando el mandato es abiertamente inconstitucional, no puede haber esa obediencia debida, cuando por ejemplo el Capitán le ordena a un inferior. Que degollé a una mujer porque sí, o cuando le ordena actos obscenos en la mitad de la calle, esto no tiene nada que ver ni con el servicio ni con la orden, porque es que también no podemos dejar de pensar que esto tiene relación con todo el fenómeno del servicio militar, bueno, dice el DR. ZAFARONI, conocido por todos nosotros, que la orden importe la comisión de crímenes atroces, tales como la ejecución de rehenes a la comisión de un genocidio, el inferior no puede ampararse en el deber jurídico de obediencia, puesto que en tales casos le es patente que el contenido delictivo de su conducta, y la consiguiente cesación de la atipicidad penal de misma, dijera WILLIMERER tratadista español, dice exactamente lo mismo, no hay ordenes ciegas y traduce varios artículos, penal español, pero yo quiero hacer referencia al profesor FIERRO, en forma muy específica, porque aquí es donde yo quiero con ayuda del DR. YESID REYES aportar algo a la doctrina y la jurisprudencia por intermedio de la comisión para que nuestra determinación sea realmente bien pensada y bien fundamentada partiendo de la base de que la orden superior en principio es obligatoria, en principio por razones del mando y se presume legal, indudablemente; en tercer lugar; teniendo en cuenta que los soldados o la fuerza pública no es deliberante de esa orden; en cuarto lugar teniendo en cuenta que existe el régimen de conducta regular, para defender ese... desde una orden es difícil saltarse ciertos estrados, incluso todavía en el régimen militar el acudir de parte del militar a la justicia ordinaria no es tan fácil, porque tiene que cumplir una serie de requisitos previos, entonces por eso la orden en principio, la que tenga apariencia de legalidad, debe cumplirse. Ahora podemos hacer el siguiente cuadro, la siguiente perspectiva, la orden puede ser claramente legal y sustancial; si la orden es legal estamos en otro cassette, perdónenme ustedes.. ya aprobamos la orden legítima con formalidades legales, esa es una de justificación tradicional, que no tiene problema; estamos hablando de la orden legal, pues ahí esta aprobada por comisión; ello nos lleva a la conclusión ineludible de que la orden de que ahora estamos hablando y de que trata de constitución es imperiosamente la orden ilegal, o si no estaríamos esta discusión es la orden ilegal. Entonces el profesor FIERRO GUILLERMO, creo que el más afilantemente plantea este problema, en un libro que se llama : Obediencia debida en el ámbito penal militar, nos hace un largo cuestionamiento, que quiero resumir en los siguientes términos, es diferencia la orden legal? Que es una causal excluyente antijurisdiccional y que tiene un terreno pacífico: excluyente de responsabilidad, segundo: una orden ilegal que tiene apariencias de legalidad y una orden manifiestamente ilegal en la cual hay un grosero, rotundo, manifiesto quebrantado de los derechos y garantías fundamentales, entonces dice el profesor FIERRO con respecto a la orden que tiene apariencia de legalidad y el subordinado la cumple, hay apariencias de legalidad. El código penal de los países modernos, tiene una solución dogmática, que es el error como excluyente de culpabilidad, si un soldadito, teniente, capitán una orden de un supremo; que resulta en la raxis ilegal, pero que tenía las apariencias de ilegalidad; el problema está resuelto por toda la doctrina, es una causa excluyente de responsabilidad o culpabilidad, como que se quebrantó el conocimiento y el aspecto de la voluntad

sobre este respecto yo creo que aquí no vamos a tener discusión de ninguna naturaleza, ahora, cuando la orden es manifiestamente rotundamente ilegal como que violen a una mujer, que hagan actos obscenos que maten al superior, que se entreguen al enemigo, que tumben al gobierno. Esto es manifiestamente comprensible, y si se cumple, hace responsables al inferior, para la orden relativamente ilegal, por ello, no crean ustedes que la posición que trae el régimen disciplinario es tan absurda, tampoco, lo que pasa es que fue excedida, pero en el ejército se presentaron muchos casos de peculado por destinación oficial diferente, en donde el régimen fiscal y el código de régimen disciplinario institucional de la República en norma vigentes, dice, que si un superior de una administración pública da la orden de hacer una inversión de dinero y el pagador o manejador material del dinero sabe que hay un peculado por destinación, se niega pero insiste por escrito, para que lo obliguen a cumplir, entonces el superior da la orden y el inferior la cumple; de todas maneras, que tampoco es una monstruosidad, lo que pasa en el Código Penal Militar se la fue la mano en relación con estos aspectos que hoy estamos tratando, pero si se trata de un quebranto administrativo, que puede referirse a delitos, allá sabrá el militar que tiene el mando, las razones supremas de orden público para hacer un pago ilegal, por ejemplo no puede contarle al pagador y esto no es absurdo, en el régimen disciplinario tampoco, que le pague un dinero \$80.000.00 por un ramo de flores a una floristería como ocurrió en una brigada y el pagador dijo ¡yo no pago \$80.000.00; los soldados necesitan con que como usted me paga esa plata, y entonces el teniente le pide por escrito y se cumple la orden. Resulta que el pago era a un informante que tenía que llevarse por métodos secretos por seguridad interior del Ejército y tenía que hacerse con violación de la ley. Aparentemente ese capitán estaba cumpliendo una orden ilegal, formalmente ilegal, pero tenía que insistir porque estaba de por medio la disciplina y la seguridad del estado. Pero acontece lo siguiente, también dentro del ámbito militar existen una serie de virtudes, yo quisiera que los que no lo han hecho, porque estoy seguro que todos los generales lo han hecho, se lean un libro de un francés que se llama Gilly; este francés trae una bellísima pieza de lo que es la obediencia y la disciplina militar. Y empieza a hablar bellamente de lo que quise, una de las facultades, que tiene el superior, es la de domesticar; el sentido más estricto del término y volver obediente al soldado y al inferior, la obediencia es una virtud no un defecto, la entrega para muchas personas de la vida civil a un militar superior admirado, es un acto de arrodillamiento, para un militar, el obedecer muchas veces es un acto de honor militar de disciplina militar, de cumplimiento con sacrificio de personales, intereses, posiblemente quien no haya vivido la vida militar no sabe, que existe la obligación de volver imperiosamente a ese superior un libre, casi es verdad sabida, se parte de la base de ese hombre de casi 20 años de servicio no vaya a dar una orden ilegal, que no esté toda comprendida dentro del espíritu militar, la disciplina y el honor. Y una lucha contra un enemigo que nos enseña a veces casi incomprensible y no identificado, hay una especie digamos así con toda claridad de reflejo condicionado en el interior frente al superior, el día que un ejército no esté formado bajo la base de la obediencia y la presunción y garantía ante el superior; ese día ese Ejército unido digno de tal manera que eso lo debemos pensar siempre y cuando no estemos hablando de la orden manifiesta

cruel y amoral, que descalifica al superior en relación con el inferior, pero en la generalidad, casi en la totalidad de la vida militar; hay que partir de la credibilidad, la admiración y el respeto por el superior. Con entrega sin deliberación, hasta el punto; no lo digamos y nos digamos mentiras de que existe; casi una actuación intuitiva y automáticamente para el cumplimiento de las ordenes porque nosotros debemos pensar también que al militar lo van formando psicológicamente en una especie, perdóneme la contradicción de deformación psicológica en donde las ordenes se van cumpliendo desde un aspecto y de acción; y con acción inconsciente; el que un Ejército pueda marchar en una forma uniforme, sin que se note en miles de hombres una falta de uniformidad; todo marchando al paso al tiempo; implica que hay un reflejo condicionado hacia el inferior que tiene ese impulso de cumplir casi automáticamente las ordenes, esto debemos pensarlo para el caso de las ordenes relativamente ilegales; pero bien, entonces si esto es así.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO.

Voy a pedirle que resuma esta parte, por lo que habíamos acordado un límite de tiempo.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO .

Lo que quiero manifestar y que es muy importante doctora, y en esto usted me va a perdonar pero vamos a solucionar unos de los conflictos más importantes de las Fuerzas Armadas. Es el de que esta no es una causal de justificación como lo dice Fierro, esta es una causal que se mira como un error y yo así lo solicito que quede en actas cuando la orden no se entienda ilegal, porque formalmente no aparece como tal; o segundo, se trata de una coacción en donde el inferior no tiene voluntad y la coacción excluye la culpabilidad, a la antijuricidad. Yo he querido hacer este discurso y voy a terminar ya en virtud de la orden de la Presidencia, manifestando que el problema que aquí hemos tratado y tratado de consignar como una causal excluyente de antijuricidad, no lo es, no es una causal excluyente de antijuricidad; es una causal excluyente de culpabilidad y de allí un aplauso más a la idea del DR. YESID REYES, desde el principio de hablar de causa excluyente de responsabilidad, además hay otros autores DR. REYES, que han hablado de causales de acción, que como se trata de pensar que puede ser un estado de necesidad, en donde noten ustedes tan interesante esta cosa que voy a decir; muchas veces el militar se enfrenta a dos paradojas se encuentra a la posibilidad de volverse delincuente si no cumple la orden, o a la posibilidad de volverse delincuente si la cumple; si la cumple comete el delito del superior, si no la cumple en desobediencia y entonces aquí se ha hablado de que es un conflicto de intereses que se resuelven a través del estado de necesidad y nace, perdóneme usted doctora, pero estoy diciendo cosas que deben quedar en las actas, porque son el meollo jurídico de esta discusión y con la teoría del DR. REYES, ni siquiera habría tipicidad y si hay coacción, porque cuando se acaba el

elemento subjetivo, para los modernos tratadistas como el DR. REYES el problema no es ni siquiera la culpabilidad, si no de falta de tipo subjetivo y entonces sería de acción, ni siquiera hay violencia, todas estas cosas que tan atropelladamente yo le ha dicho y que dejaré en un documento que voy a repartir; tiene como importancia esto y ustedes me van a perdonar ,cuidémonos mucho al tomar cualquier clase de ubicación de tocar estos temas, porque a lo mejor vamos a tocar en forma contraria a la lógica que hemos aprobado desde principios generales, si se trata de una causal subjetiva, eximente estar dentro de las causales excluyente, si es coacción, excluyentes de la responsabilidad, culpabilidad, sino como una causal de atipicidad y si se trata de una causal excluyente de culpabilidad, debemos dejarlo en actas, porque como unificamos las causales excluyentes de responsabilidad, debemos decir claramente, que esto lo miramos más no como una causal de justificación; porque una cosa no puede ser al mismo tiempo lo que tenemos en cuenta. Para terminar, yo plantearía a la comisión lo siguiente: no se trata de un problema nuevo, la obediencia ciega está esta tratando frente al derecho de humanidad, desde el código alemán, desde principios del siglo, es un problema de siempre, el problema es si lo definimos o no, que algunos jueces que conocen dentro del procedimiento de la justicia ordinaria porque no hay fuero cuando no hay norma que justifique lo que hemos explicado, acá acude al reglamento militar como espíritu, entonces para los militares hay un gran inconveniente porque se va a dar una solución muy amplia que es de régimen estrictamente disciplinario, entonces dice si la orden va contra el servicio, contra el honor; entonces no es orden que justifique, eso si me parece grave y he encontrado una providencia que va a quedar en esta potencia sobre el particular, todo esto simplemente para un llamado de atención a la Comisión para la solución que se tome, en el caso de que se vaya a definir sea una definición que no compromete lo que ya la Comisión la dicho, yo permitiría acercarme un poco, no bastante a la DRA. INGRID y al MG. NIEBLES con esta propuesta, no alegarse la obediencia, la propuesta que yo traigo es un poco escéptica, lo que quiero decir es que no pretendo que se comprometa el trabajo que ya se ha realizado la Comisión en la pureza del lenguaje político es decir la idea de fondo, es la misma que hemos expuesto acá, no podrá alegarse obediencia debida cuando se ha impartido una orden manifiestamente ilícita o que lesione los derechos humanos esenciales de la persona, o una alternativa que sería la siguiente: la orden entre militares no será vinculante cuando sea manifiestamente ilícita o cuando quebrante las garantías fundamentales a los derechos humanos.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO

Doctora CANCINO, antes de darle uso de la palabra a otras personas quisiera decir de la manera más clara que cuando llamo la atención sobre el tiempo estoy simplemente dando cumplimiento a lo que acordamos todos incluido usted como coordinador en la sesión pasada, en ningún momento estoy desconociendo ni el valor, ni la actualidad de enriquecer esta discusión, yo si quisiera que quede claro, porque fue un procedimiento que acordamos todos los presentes sin excepción de los que estamos en estos momentos.

DR. ADOLFO SALAMANCA CORREA.

Comenzaba el DR. CANCINO, diciendo que so pena de ser extenso iba a ser la exposición que hizo, la verdad ha sido una extensa pena no por ello muy útil, muy enriquecedora la ponencia, una desde luego, muy brillante, muy inteligente como todas las exposiciones del DR. CANCINO, pero de veras extenso, en cuanto se trata de ir en apoyo de una proposición hecha por la representante del Ministerio de Justicia en torno de la posibilidad de definir en el Código Justicia Penal Militar lo que sería la obediencia debida y sus límites; yo también quiero avalar esa proposición en forma muy breve y quizá no diciendo cosas tan trascendentales y tan importantes como las que hace el DR. CANCINO, entonces en apoyo de esa proposición y al margen de este momento de la discusión en torno de que sería una causa excluyente de antijuricidad causal excluyente de culpabilidad, o simplemente una exclusión de responsabilidad, como genéricamente podría llamarse, quiero señalar primero que nosotros desde siempre hemos dicho que somos partidarios de los conceptos y de lo que eso traduce del Fuero Militar y de acto de servicio y de obediencia debida, pero no de privilegios personales, no de delitos no relacionados con el servicio y no de obediencia indebida, un argumento elemental y de principios es la racionalidad como debe entenderse el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 91 de la Carta Política racionalizada en el sentido de que si se trata de hablar de unidad normativa como en efecto debe interpretarse todo el texto constitucional, pues hay que entender ese norma en concordación y en armonía con el resto de la normatividad Constitucional no entiendo como podría desligar, ese precepto sobre la responsabilidad derivada de una orden superior; de los mismos fines del Estado y el cumplimiento a esos fines que aludo el artículo 2º, de la Constitución Política, o de los fines de la función pública, previa definición de quienes son servidores públicos, dentro de los cuales obviamente sobra decirlo, están incluidos los miembros de la Fuerza Pública y están definidos estrictamente por el propio Código Penal, miembros como servidores públicos para todos los efectos penales, ni como podría interpretarse este precepto también en armonía con el Art. 209 de la Constitución, en cuanto habla de la fundación administrativa eso para señalar que todo lo que este por fuera de los propios fines del Estado definitivo de entrada por la propia carta política, no puede entenderse como racional ni mucho menos con el cumplimiento de los deberes de la Fundación Pública, ni de la fundación administrativa a cambio de los servicios del Estado es decir; que por fuera de lo legítimamente definitivo por la Carta Política, mal podría entender un acio de obediencia racional de parte de los miembros de la Fuerza Pública pero adicionalmente a ellos yo diría que si se trata del concepto de obediencia debido no entiendo como la DR. KAREN al hacer la proposición no los ha señalado con precisión cual es la postura del Gobierno Nacional en torno de este concepto y de los límite que deben tener, y según entiendo son posturas reiterados del propio Presidente de la República posturas del propio Ministro de Gobierno pueda la Fuerza Publica subordinada al poder de la Presidencia de la República y el Ministerio de Gobierno desconocer ese concepto de obediencia debida a los términos que han sido definido por el

propio comandante de la Fuerza Pública y sobra decir, que la doctrina comparada que ha traído el DR. CANCINO, nos obliga a pensar en la necesidad de entender esto como concepto racionalmente limitado como un concepto racional en término relativo yo por esos simplemente adhiero a la propuesta hecha por la representante del Ministerio de Gobierno avalada por varios de los aquí presentes, entiendo que por representante del Ministerio de Justicia, por el DR. YESID, DR HERNANDO VALENCIA en nombre de la procuraduría y estoy seguro que aún por la Policía Nacional, en la medida que como cuerpo civil ha entendido específicamente la diferencia que hay entre la responsabilidad ciega y la responsabilidad derivada de actos relativos con una obediencia también relativa, entonces yo simplemente he dicho esto, para sumarse a quienes dado la suficiente ilustración de que se habló al comienzo de esta exposición avalan o apoyan la propuesta hecha por la DRA. KAREN.

DRA. INES MARGARITA UPRIMINY.

Estoy de acuerdo con el DR. SALAMANCA, en que ningún artículo de la Constitución puede ser leído de manera aislada, todos los artículos de la Constitución deben ser leídos en conjunto con las demás normas Constitucionales y con los instrumentos internacionales de derechos humanos, de esta manera es que debe leerse el Art.91 de la Constitución de hecho así los ha hecho la Corte Constitucional en diferentes sentencias, algunas de las cuales ya hemos leído acá y nos muestran que el Art. 91, debe leerse en concordancia con los demás artículos Constitucionales y con los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, por esta razón quiero manifestar que la Defensoría del Pueblo comparte la propuesta hecha por DRA. KAREN a nombre del Ministerio de Gobierno.

DR .CARLOS RODRÍGUEZ.

Después de la intervenciones que me han precedido porque han sido muy breves y precisas, quiero sumarme a lo que ha dicho el DR. SALAMANCA, quiero insistir simplemente en cuatro puntos. Primero; hay una obligación realmente Constitucional de desarrollar en el artículo que la corte, y lo dijo la distinguida representante del Ministerio de Gobierno, ha interpretado el Art. 91, hay una obligación por parte nuestra, es desarrollado esa norma, Segundo; en ocasión pasada el Director de la Comisión Andina de Juristas DR. GUSTABO GALLON, presentó un escrito de donde aparta una transcripción de una sentencia de la Corte Constitucional sobre el tema de la cosa juzgada, donde queda claro que la parte motiva de las sentencias también son obligatorias y hacen transito a cosa juzgada Constitucional, cuando guarda directa relación con la parte resolutive. Tercero; recordar que el Art. 91 Constitucional está por lo menos adicionada por la Convención Internacional contra la tortura, prohíbe la insigente responsabilidad de obediencia debida en el caso de este crimen contra la humanidad y conforme a la propia corte, Señora Presidente, en los instrumentos internacionales de derechos humanos hace parte del bloque Constitucional de manera de que por lo menos está adicionado en ese sentido, quiero recordar también que la propuesta que ha

hecho la DRA. KAREN recoge un consenso alcanzado después de una ardua discusión en la Comisión de Derechos Humanos, creada por Decreto 1533 creo que eso es un importante precedente ya lo había dicho el Ministro de Gobierno y creo que esta Comisión debe tenerlo en cuenta, quiero indicar también que el derecho internacional de los derechos humanos tiene como tendencia a excluir de estos graves crímenes contra la humanidad, la obediencia debida, como causal que justifique o que exima responsabilidad para no entrar a la discusión que se ha planteado y en ese sentido recordar dos recientes instrumentos internacionales.

La declaración universal en contra de las desapariciones forzadas aprobada por la asamblea general de las naciones unidas en el año 92; con el voto favorable hay que recordar lo que el representante del Estado Colombiano y la convención americana sobre le mismo tema que también fue aprobado hace un año en Belendo Poro (BRASIL), por la asamblea general de los estados americanos y que fue suscrita por Colombia aunque no halla sido ratificada, lo cual indica que la tendencia del derecho internacional de los derechos humanos es esta, en el sentido en que se pronuncia la propuesta que estamos considerando, quisiéramos reiterar nuestro apoyo como fórmula de consenso a la propuesta que ha hecho la DRA. KAREN, simplemente pedirle a la proponente que incluyera dos delitos, entiendo que es una numeración, que no es una cláusula cerrada una enumeración taxativa, pero hay dos delitos, que por la gravedad de las conductas que implican nos parece deben incluidas como normas, nos referimos al secuestro y a la violación carnal, si mi distinguida compañera esta de acuerdo yo le pediría que incluyera esto en al propuesta de norma.

DRA. PILAR GAITAN DE POMBO.

Hemos acordado que el Gobierno Nacional a través del Presidente de la República en distintas ocasiones y bajo distintas circunstancias fijó su posición sobre la obediencia de vida y que tanto los como Ministros de Defensa como el de Gobierno, a propósito del debate sobre la ley de desaparición forzada, fijaron esta misma posición en el sentido de que la obediencia no debe ser ciega al desestimar dos de las objeciones presentadas, por la administración pasada esta posición fue desarrollada por el Congreso.

Pero no por ello hay que olvidar o desconocer la misma posición del Gobierno Nacional, en ese marco yo me permití señalar que acogía la propuesta del MG. NIEBLES y hoy simplemente quisiera reiterar que la acogo nuevamente en el entendido que la propuesta que presenta la DRA. KAREN , recoge el espíritu del ánimo de esta propuesta, en este sentido yo la apoyaría también.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Yo quisiera recordar algunos puntos y es que precisamente aquí se trata de resumir en ausencia de responsabilidad aquellos aspectos relativos a la justificación del hecho a la culpabilidad, se aprobaron una serie de artículos bajo el aspecto de ausencia de responsabilidad de que habla el DR, CANCINO, yo voy a recordarlos rápidamente. Cuando se obre en ausencia de responsabilidad no habrá lugar a responsabilidad penal, primero cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal, cuando se obre en cumplimiento de orden legislativo de autoridad competente emitida en la formalidad legal, tercero, cuando se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, cuarto, cuando se obre por necesidad de un derecho propio o ajeno contra injusticia agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión se presume la legítima defensa quien rechaza al extraño, que indebidamente intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencia inmediata, cualquiera sea el daño que se le ocasione. Cuando se actúa por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya ocasionado intencionalmente o por imprudencia. Cuando se realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor. Cuando se obre bajo insuperable coacción ajena, que había hablado ya el DR. CANCINO. Cuando se realice el hecho con la convicción herrada e invencible de su acción u omisión es ilícita y si el error proviene de culpa el hecho será punible cuando la ley lo hubiera previsto como culposo. Y cuando se obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en la acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, cuando dicho error recaiga sobre circunstancias de agravación está no se tendrá en cuenta.

PARÁGRAFO: El que exceda los límites propios de las causas de ausencia de responsabilidad de que tratan los artículos 1,2,3,4,y 5 de este artículo incurrirá en una pena no menos de la tercera parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de aplicarse al respectivo hecho punible.

Entonces realmente aquí, hay una serie de artículos aprobados, si quedan inclusive estos que estamos hablando ya están en el Código Militar vigente por ejemplo, el primero, cuando se obra en estricto cumplimiento de un deber legal. El segundo cuando se obra en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades, no ha habido ningún cambio entre este y el anterior; simplemente estaba la agregación en la parte de que no se aplicara la obediencia debida, cuando, la ejecución de una orden implicará la grave y manifiesta violación de los derechos humanos. Se había enumerado aquí algunos delitos que precisamente tales genocidios, torturas, desaparición forzadas etc, y se disculpó mucho la vez pasada también de que si se enumeraba un delito tocaría enumerarlos todos, y vemos como ya en estos momentos que inclusive se incluyan más delitos, tendríamos que hacer una lista muy grande realmente de delitos, entonces yo me permitiría dejar la ponencia que se había expuesto anteriormente pero llevándolo hasta los derechos de la persona humana o sea quitándole la numeración de los delitos, precisamente con base a las discusiones que se prestaron y así lo propuse como fórmula de la conciliación la vez pasada,

para evitar una larga enumeración, entonces yo dejo como fórmula la conciliación de la vez pasada es quitarle y llegar hasta la persona humana y quitarle lo anterior.

DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO

Quiero decirle a la comisión que intervengo con la posición de que esta no es una causal de justificación porque se trata de una orden ilegal y no tiene otra finalidad que quedara consignada en actas, cual es el espíritu de Comisión, que de mañana no se nos vaya a tachar de contradictorias, porque esto va a salir a la opinión pública y va hacer objeto de profundos debates, es la única razón yo creo que aquí todos estamos de acuerdo, en que la orden manifiestamente ilegal no puede ser cumplida, en eso yo creo que estamos de acuerdo, ahora vamos a concluir es en la definición. Yo creo que la definición del Ministro de Gobierno que la DRA. KAREN. Ha expuesto, lo que yo planteo no hay ninguna diferencia de fondo, por eso yo dije que no quería que hubiera un compromiso de la Comisión, porque miren para el crítico profundo porque esto se va a comentar en libros y lo van a criticar los comentarios de derecho penal, estos hombres crean tres figuras del error, de la coacción y la inexistencia del hecho como causante del hecho excluyente de responsabilidad y nos mete en una cuarta sin tomar posición doctrinal. Yo me atrevería a decir, que los vamos a meter, que es necesario políticamente colocarla y hacer claridad, yo lo he venido diciendo desde el principio, pero por lo menos hagámoslo con un cierto carácter jurídico en ese sentido, yo estoy de acuerdo con la posición, pues tendrá mucha injerencia el DR. VALENCIA VILLA, quien ha sido muy generosamente el crítico de redacción acá, a veces muy atinadamente, yo me pregunto si nosotros decimos "no se aplicará la obediencia debida" estará bien redactado. Yo creo que lo que se aplica es la obediencia debida, es decir no esta obligada a obedecer debidamente cuando la ejecución de una orden, no se aplicará la obediencia debida cuando la ejecución, es que no lo veo claro, es decir que se aplicará la obediencia debida cuando la ejecución no lo veo claro, yo sí se da una redacción, un poquito más clara, yo apoyo completamente la posición de la DRA. KAREN, simplemente que la redactemos y que dejemos esa salvedad de carácter evidentemente doctrinal el cual vi en este pensamiento indudablemente y si lo hice tan exclusivamente fue porque me sentí en la obligación como Comisionado de decirle a la comisión que este es el tema como dice ZAFARONI más fundamentalmente tratado por todos los autores, nosotros vamos a salir panorama internacional y van a venirlos críticos eminentes autores del todo el mundo analizar la obra que nosotros hicimos, entonces hagámosla, concretamente el pensamiento democrático, pero hagámoslo bien eso es simplemente lo que yo quiero que se de una redacción que no comprometa la filosofía de la Comisión, estamos de acuerdo todos con la norma yo la apoyo incondicionalmente, la razón de ser de esa extensión en mi disposición no es más que dentro de 20 días van a estar los penalistas más distinguidos de la Latinoamérica analizando estos principios porque va a haber una ponencia en ese Código, entonces vale la pena que lo hagamos con la mejor pureza doctrinal estoy plenamente de acuerdo con la DRA. KAREN.

TC.® RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ

La obediencia debida como en la tocante con los actos relacionados con el servicio, creo haber sido claro en mis intervenciones, no obstante la brillantez de las exposiciones y el entusiasmo que despiertan y la adhesión consiguiente que se expresa en torno de los planteamientos que se han hecho, créanme que sin fallarle el respeto a los expositores, sigo creyendo que nuestro Código Penal Militar, no tiene un precepto de cuyo texto interpretación y alcance pueda corregirse que está consagrando la obediencia ciega, absoluta o ilimitada, esa es mi tesis central y por consiguiente creo que no es preciso definirla, tengo si me lo permiten una propuesta que de pronto si la analizamos detenidamente y ojalá no me rechacen de plano ha emanado de la apreciación que hago en torno a que en cada una de las exposiciones subyace un sentido cuál es que determinados delitos que por su gravedad por su trascendencia y de acuerdo con el análisis que internacionalmente se ha hecho de lo mismo, no sean primeros susceptibles de invocación de la obediencia debida de una parte, y segundo que no sean de conocimiento de la justicia penal militar, pienso, que el sentido de cada una de las exposiciones y aún de las propuestas que se han hecho queremos que en la justicia penal militar no se invoque la obediencia debida para determinada especie de delitos, cuya lista podrá resultar más o menos corta según cada pensador, aquí lo acabamos de oír, que a la lista propuesta por el Ministro de Gobierno se le haga una agregación de dos delitos más, y de pronto surgirán uno que otro y nos quedaríamos cortos, será una descripción enunciativa y lo otro, en cuanto el acto del servicio o actos relacionados con el servicio, entonces mi criterio es el siguiente, si internacionalmente en tratados y convenciones ya hay limitaciones a la obediencia debida, en torno a la tortura, y la habrá en torno la desaparición forzada, de genocidio a las ejecuciones sumarias, a todos los delitos de esa humanidad, pienso que inclusive nuestro Código Penal Militar en el artículo 14 estaba anticipándose quizás bien no redactado a ese anhelo que creemos todos, lo aceptamos, yo no propongo que la justicia penal militar en Colombia conozca en forma absoluta de todos los delitos, salvo cuando sean cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, pero si ya hay limitaciones y que se imponen porque hay artículos de la Constitución Nacional de cuyo alcance se corrige esta conclusión pienso que una fórmula sería la de mejorar la redacción del artículo 14 del actual Código Penal Militar con lo cual mi propuesta sería la siguiente: las disposiciones de este código, se aplicará a miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, que cometan delitos en relación del mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional salvo lo establecido en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso, qué significaría esto para mí, que si hoy por hoy la tortura ya porque una convención como lo acabó de señalar el doctor dice: Prohíbe la invocación de la obediencia debida, entonces es impositiva en el orden interno, si el día de mañana la desaparición forzada, el genocidio y cualquier otro delito incluyendo el secuestro, la violación carnal queda comprendido en un tratado o en un convenio ratificado por el Congreso, así quedará en nuestro Código Penal Militar, la

expresión genérica de delitos tendría esa limitación porque entiendo tendría prevalencia en el orden interno sobre cualquier otra disposición, que significaría esto, que estamos subsumiendo, las dos situaciones que nos tienen en cierta forma prolongada estas sesiones, no digo confrontados porque eso si debo reconocerlo, aquí no estamos enfrentados ni se trata de una posición de los detractores de la justicia penal militar, ni los desapologistas de la misma, no hemos entendido que estamos en una foro de altura y así se ha venido cumpliendo, tampoco podría yo aceptar el Gobierno Nacional con el señor Presidente a la cabeza ya trazó una pauta; a la Comisión bajo el principio de la obediencia debida sobre todo el estamento militar, deba someterse sin discusión y análisis, tenemos en mi caso, no contraría, de allí este modesto aporte que estoy haciendo; si se aceptara, mi propuesta pienso y ojalá no esté equivocado, se armonizaría Art. 91, 93 y 221 de la Constitución, porque no obstante el alcance del 221 si en un tratado internacional o en una conversación ratificada por el Congreso con todas las formalidades que se requieren para su vigencia y prevalencia en el orden interno, yo creo que valdría la pena volver las primeras normas del Código Penal Militar del proyecto de Código Penal mejorar la redacción del Art. 14 tal y como lo propongo y analizar haber si esta `propuesta comprende la obediencia debida como el acto de los delitos cometidos en relación con el servicio.

MG. RAMON E. NIEBLES USCATEGUI.

Yo creo que debemos entrar a definir lo relativo a la obediencia debida, aquí hemos analizado por parte de la Fuerza Pública, dos posibles fórmulas de consenso para someterlas a consideración de ustedes, que son las siguientes: una modificación de la ponencia inicialmente presentada por mí, la cual quedaría de la siguiente forma: "No se aplicara la obediencia debida cuando la ejecución de una orden implique la grave y manifiesta violación del derecho internacional humanitario, contemplado en tratados internacionales, debidamente ratificados por el Congreso"; creemos que esto realmente acoge todos los aspectos de la constitución y no hay necesidad de numerar ningún delito y la fórmula señor TC. LOPEZ, entonces queda ahora sí, ya estas dos fórmulas propuestas como consenso, lógicamente sino se quiere y se desea presentar otra fórmula que todo mundo tiene derecho a presentar su fórmula respectiva debidamente sustentada.

DR. HERNANDO VALENCIA VILLA.

Quisiera hacer notar, que al hablar de derecho humanitario únicamente nos referimos a las normas de protección de los derechos humanos en los conflictos armados, exclusivamente, como se sabe lo que se llama hoy derecho humanitario, es la rama del derecho de los conflictos armados que es el género, en conjunto más amplio en los derechos humanos, en los conflictos armados, la otra rama de

los derechos de los conflictos armados es lo que se llama derecho de la guerra, que se especializa en el control de las hostilidades, es decir en la regulación de los medios y métodos de combate, de suerte que quería hacer esa precisión, pues en aras de la correcta inteligencia de su propuesta.

DR. CARLOS RODRÍGUEZ.

Si General, simplemente una precisión a la fórmula que usted presento y también a la fórmula del magistrado LOPEZ, en el sentido de que no es el Congreso quien ratifica los tratados, el Congreso lo que hace es aprobarlos o inaprobarlos y la ratificación de los tratados internacionales los hace el Gobierno de Colombia, quien es el representante del Estado en la comunidad internacional. Me parece que el artículo 150 numeral 16, señala la ratificación del Congreso de aprobar e improbar los tratados que el Gobierno.

DR. YESID REYES ALVARADO

Quisiera destacar que hay bastante acercamiento en las dos fórmulas finales y la propuesta por la DRA. KAREN. Sin embargo a mi me parece que conviene hacer una ejemplificación de las violaciones graves y manifiestas a las que nos referimos. Yo no sería partidario de incluir delitos como los que menciona la comisión andina de Juristas porque me parece que son más susceptibles de discusión; sin embargo creo que en lo que no hay polémica por lo menos muy poca. Es respecto de casos como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura; entonces aún cuando reconozco que no hay mayor diferencia entre las tres propuestas, me parece que conviene dejar claramente puntualización, por vía ejemplificativa, estos cuatro casos, en los cuales la obediencia debida no puede reconocerse como exención de responsabilidad. En consecuencia sigo apoyando la propuesta de la DRA. KAREN.

DR. CARLOS RODRÍGUEZ

En relación con la intervención que acabó de hacer el DR. YESID, la Comisión Andina de Juristas, mencionó el delito de secuestro y violación por la característica tan brutal que indica el atentar de esa manera contra un derecho de una persona, como es el secuestro y la violación de una mujer; sin embargo, en aras del consenso y siempre que queden en actas por la importancia que ellas tienen tal como ha referido el DR. CANCINO aquí, nosotros quisiéramos que como es una numeración por vía de ejemplo, nos ponemos plenamente de acuerdo con la distinguidísima representante del Ministerio de Gobierno, retiremos la mención que le hicimos, a título de ejemplo en el entendido de que consten actos de que nadie está señalando que en el secuestro se pueda alegar obediencia debido o frente a una violación.

CR. ® JOSE MANUEL CASTRO SUAREZ

Creo que la propuesta que hace el TC LOPEZ soluciona dos problemas que han sido discutidos en forma muy extensa y profunda y sobre los cuales no se da todavía a un consenso; se trata del "acto del servicio" y la "obediencia debida", esa propuesta tiene además la virtud, de que remite a las excepciones consagradas en tratados internacionales, sobre derechos humanos, debidamente aprobados por el Congreso y ratificados por el Gobierno Nacional; también tiene la ventaja de que otros delitos que en el futuro se aprueben a través de convenios internacionales y sean definidos como delitos de lesa humanidad, quedan exceptuados por esta propuesta. Esta fórmula tiene entonces tres ventajas a saber; define los temas de obediencia debida, el acto del servicio y deja la puerta abierta para que todos aquellos delitos de lesa humanidad, que sean adoptados a través de tratados internacionales en lo que se exceptúe el conocimiento por parte de la justicia penal militar, queden automáticamente exceptuados por la norma propuesta, que corresponde al Art. 14 del actual Código.

DR. HERNANDO VALENCIA VILLA

En la medida en que trata de incluir los dos temas, en eso estamos de acuerdo con el CR. CASTRO que son acto del servicio, y obediencia debida, quien al mismo tiempo hace una invocación al derecho internacional, pero me preocupa lo siguiente: tal como está formulada y tal como se oye, a primera vista, daría la impresión de que solamente en aquellos casos en que el derecho internacional se los derechos humanos, incorporado al derecho interno de Colombia, prohíba que una conducta sea juzgada por el fuero militar o por jurisdicciones especiales, solamente en aquellos casos, se exceptuaría la exención, en cuanto a la competencia de juzgamiento de la jurisdicción penal militar y a mi no me parece suficiente, lo digo con franqueza y con honestidad, aprecio enormemente el acercamiento de conciliación y de transacción. Y además me da gusto que nos acerquemos al derecho internacional, pero con franqueza la tendencia en virtud de los derechos humanos empieza a prohibir la operación de las jurisdicciones especiales, incluidas la militar, para del juzgamiento de ciertos delitos, de suerte que la indeterminación que para algunos de nosotros es el motivo por el cual hemos propuesto una y otra vez diferentes formulaciones y presentaciones, normas que precisen el sentido de las normas constitucionales, en cuanto al delito relacionado con el servicio y obediencia debida, no estaría suficientemente confrontada con una fórmula como la del DR. LOPEZ, en otras palabras son todavía muy pocos instrumentos que apuntan en esa dirección. Yo personalmente y es una opinión muy personal, expreso con franqueza que es muy desafiante por algunos esa tendencia, se va a consolidar y ampliar en el futuro, y creo en esa dirección va el sentido de la historia, restringir cada vez más desde el derecho

internacional, el ámbito de conocimiento de las jurisdicciones especiales, incluido la militar, en todos los países, pero es una tendencia que apenas empieza y creo que el problema de la indeterminación no estaría adecuadamente resuelto o atendido con esa simple remisión a las normas del derecho internacional que se hayan incorporado regularmente al derecho interno, eso dejaría por otro lado la norma de JUST COGENST, es decir las normas de derecho común a la humanidad de carácter obligatorio que no se incorporan a través de procedimientos constitucionales, ni en Colombia ni en ningún país, a los ordenamientos internos y que sin embargo rigen la declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas en 1984, no ha sido incorporado por el Derecho Interno al país y sin embargo nadie lo ha puesto en cuestión hasta hoy como norma imperativa para Colombia, y en todos los países del mundo es un instrumento altamente acatado, hasta el punto que se ha catalogado como la Constitución de la humanidad, y no ha sido incorporado legalmente a los ordenamientos internos de un país y frente a esto la Corte Constitucional, ha repetido muy recientemente una doctrina, que ha reiterado varias veces en virtud de la cual las normas generales y fundamentales de los derechos humanos, tanto como lo del JUST COGENST, como las que están en tratados, se considera obligatoria e imperativa porque forman un bloque de constitucionalidad con la Constitución misma. Entonces habría que hablar como habla el código actualmente para la fórmula fuera más aceptable que los derechos humanos en general sin limitar la vigencia de esa normatividad en el ámbito interno al mecanismo de incorporación constitucional, porque repito, estamos hablando por un lado de normas de JUST COGENST o derecho consuetudinario, aún cuando no se incorporen del bloque constitucional que es doctrina, en el país a menos que se desafien arbitrariamente las fallas de la Corte Constitucional.

MG. RAMON EDUARDO NIEBLES USCATEGUI

Yo quisiera que el señor CR. CASTRO nos explicara un poco la idea que le expuse en el descanso. Colocar el derecho humanitario de más quedan abierta una cantidad infinita, que en este caso se limitaría el derecho al sindicato de alegar la obediencia debida, pueda que se le aplique, por ejemplo hay derechos humanos un poco más leves, hay derecho en que lo escuche a uno en indagatoria, hay una serie de derechos que realmente si dejamos esa fórmula, el sindicato no podría alegar nunca la obediencia debida.

CR. ® JOSE MANUEL CASTRO SUAREZ

A mi me parece que ubicar esa excepción sobre obediencia debida, como inciso de la causal a que se refiere el numeral segundo de los eximentos de responsabilidad, es prácticamente anular la causal, yo le comentaba al Señor Presidente de la Comisión, que su propuesta al hablar de derechos humanos podría interpretarse que se trata de todos los derechos fundamentales

consagrados en la Carta del 91 que indudablemente, como se ha dicho acá, es una Carta moderna y garantista, que prácticamente lo garantiza todo.

En segundo lugar, se podría dar, que el sindicato no pueda invocarla es su defensa, haciéndola y prácticamente nugatoria, entonces yo por eso la considero poco adecuada en este lugar, porque neutraliza la causal segunda, por la cual reitero que la propuesta que ha hecho el TC ® LOPEZ es más adecuada. Frente a las juiciosas anotaciones que ha hecho el DR VALENCIA, realmente el Art. 14 solamente habla de derecho internacional sin referirse al JUST COGENTS; sobre el particular es conveniente aclarar, que realmente ninguna de las propuestas que se han hecho acá hablan de JUST COGENTS. Entonces sería mejor buscar la posibilidad de reformar esa propuesta y no hablar de violación a los derechos humanos; entonces a mi me parece que es cuestión de tomar la propuesta del TC ® LOPEZ de incluir el Art. 14 del actual Código.

DR. ADOLFO SALAMANCA CORREA

Quería compartir la preocupación del DR VALENCIA VILLA como quiera que la fórmula presentada por el CR. LOPEZ es solo en apariencia más amplia en cuanto un referente en los instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos incorporados en la legislación de nuestro país, como quiera que la formula mejorada de lo que habla el CR. CASTRO, es justamente la inicialmente presentada como quiero es, omnicomprensiva, no tiene limitación de ninguna naturaleza en cuanto a que tiene referencia distinta a los de la grave y manifiesta violación de los derechos de la personal humana lo que de veras incorpora cualquier normatividad interna o externa, escrito consuetudinaria aceptada universalmente, y por lo mismo resulta positivo el enunciado de algunos ejemplos como muy bien lo señala el DR. REYES, que la civilidad contemporánea rechaza como forma de expresión de la Fuerza Pública en cualquier parte del mundo, vale decir el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales o la tortura, para mencionar solo las más conocidas del mundo de hoy, pero que no cierra las puertas a otras más evidentes, violación de los derechos humanos de allí pues que por segunda vez reitero mi adhesión a esta fórmula y le ruego a la Presidencia que si de veras hay suficiente ilustración, hagamos un pronunciamiento para evitar a mi modo de ver, ya discusiones reiterativas en los mismos puntos.

DRA. INES MARGARITA UPRIMNY

El artículo 93 de la Constitución dice: que al establecer en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso y Colombia, prevalecen en orden interna, ya está recogiendo la propuesta del TC. LOPEZ, por eso considero necesario ir más lejos y hacer una ejemplificación en el artículo correspondiente, por esta razón manifiesto que la Defensoría del Pueblo apoya la propuesta hecha por la DRA. KAREN.

DR. CARLOS VICENTE DE ROUX R.

Yo, en primer lugar, quiero destacar el esfuerzo muy interesante que se ha planteado en la fórmula siguiente al incorporar las graves y manifiestas violaciones del derecho internacional humanitario contemplados por tratados internacionales debidamente aprobados y ratificados por el Congreso. En realidad en este momento dispone que el país de una batería sólida de disposiciones a través de los cuatro Convenios de Ginebra y su Art. 3º y la reciente aprobación del Protocolo II. Una batería sólida de dispositivos para señalar estas conductas. Quiero señalar que es un esfuerzo muy interesante el de explorar esta dirección como lo ha hecho el MG. NIEBLES. Además, sin embargo, de las consideraciones que se plantean sobre el hecho de que esto no restringe la existencia del conflicto interior, veo una ventaja en mencionar unas conductas. Entonces creo que se traza una señal muy clara en que hay tipos de comportamientos aberrantes que no son de recibo, respecto del superior que da la orden, y esto es una garantía para el inferior en situaciones complejas. Pues yo no soy especialista en la materia, pero hablando con amigos militares y miembros de la Policía, le muestran a uno todas las amplísimas y variadas combinaciones de posibilidades que se puedan dar en situaciones de combate. Y me temo que el inferior que está cumpliendo órdenes, que puedan no ser suficientemente claras, o que son dadas con muy buenas intenciones pero en determinados genéricos, procesa a cometer violaciones al derecho internacional humanitario. Pues quizás es persona si podía tener derecho a apelar a su favor la obediencia debida, pero frente a ciertas conductas especialmente graves o aberrantes que la humanidad ha ido identificando como lesivas de valores absolutamente determinados para el conjunto de los que somos seres humanos. Yo creo que la presencia de un mensaje de la exclusión de las mimas, en el texto de la ley, sería más solvente, nos mostraría donde nos queremos situar al subalterno que recibe órdenes, y al mismo tiempo le estamos dando la seguridad jurídica. Esos acontecimientos aberrantes respecto de los cuales no se valora la obediencia debida como exoneración de responsabilidad.. en el fondo esta fórmula es un poco más restringida porque en el derecho internacional humanitario son más amplias, incluyendo estos casos y muchos más pero está me parece más clara. Le está enseñando al miembro de la Fuerza Pública, al inferior o al superior, que es lo que se quiere prescribir y limitar y le está dando unos soportes de seguridad jurídica a ese inferior en los casos concretos a que pueda verse colocado. Esa es una primera observación. La otra observación que yo quisiera señalar es que por esas razones apoyaría la fórmula que ha propuesto la DRA. KAREN. Me asaltó una pequeña preocupación, comentada por algunos asesores de la Consejería sobre el sentido de las primeras palabras: no se aplicará la obediencia debida cuando la ejecución... nosotros proponemos un ligero retoque que diga: "no se aceptará la obediencia debida como causal excluyente de responsabilidad cuando la ejecución de una orden lo indiquen". No se aceptará la obediencia debida con unos retoques dichos anteriormente.

MG. RAMON EDUARDO NIEBLES USCATEGUI

Yo creo que no ha habido más que suficiente ilustración al respecto, entonces si no hay consenso sobre ninguna de las propuestas entonces por favor pasamos las diferentes propuestas ya de acuerdo a lo establecido a consideración ya del Gobierno a través de la fórmula previamente discutida en el comienzo.

BIBLIOTECA CENTRAL DE LAS FF.MM.

"TOMAS RUEDA VARGAS"



201005935