



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 Altos Estudios Militares (CAEM)

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

TES 6

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



SERGIO ALFONSO NARVÁEZ LOPEZ

**ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA
CENTRO DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS PARA LA DEFENSA NACIONAL
CURSO DE COMANDO Y ESTADO MAYOR CCEM 2001**

BOGOTA D. C.

2001

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



SERGIO ALFONSO NARVÁEZ LOPEZ

**Trabajo de grado para optar al título de
Diplomado en Estado Mayor**

**Director
Coronel JORGE RODRÍGUEZ CLAVIJO**

**ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA
CENTRO DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS PARA LA DEFENSA NACIONAL
CURSO DE COMANDO Y ESTADO MAYOR CCEM 2001**

BOGOTA D. C.

2001

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

A mi esposa Milena con todo
mi amor, por las horas de
soledad, que le depararon mi
dedicación a este trabajo

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a:

Jaime Duque Casas, Abogado y docente de la Universidad Militar Nueva Granada, por su constante apoyo y motivación en este trabajo.

Al Señor Coronel, Director de la Escuela de armas y Servicios y a los Señores Oficiales y suboficiales alumnos que prestaron su valiosa colaboración para el desarrollo de la investigación

Los señores Oficiales en uso de buen retiro que prestaron su colaboración a este trabajo, con sus conceptos y sus valiosas orientaciones.

Los profesionales del derecho que expresaron sus conceptos como expertos, alrededor de los casos esquemáticos presentados a su consideración.

RESPONSABILIDAD DEL AUTOR

Los conceptos e ideas expresados por el autor en el presente trabajo, así como sus observaciones, conclusiones y recomendaciones, son el resultado de las tareas de investigación desarrolladas a lo largo del mismo, y aunque de hecho, buscan el mejoramiento institucional, no constituyen en ningún momento la posición de la institución militar, frente al tema de la Obediencia debida.

Por lo tanto se exime a las Fuerzas Militares de Colombia y a la Escuela Superior de Guerra, de cualquier responsabilidad que se desprenda de la expresión del pensamiento del autor.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. LA REFORMA AL CODIGO PENAL MILITAR	1
1.1 ANTECEDENTES	2
1.2 MOTIVACIÓN DE LA REFORMA	5
1.3 PRINCIPALES ASPECTOS DE LA REFORMA	13
1.3.1 Delimitación del fuero militar	13
1.3.2 Definición delitos relacionados con el servicio.	16
1.3.3 Prohibición juzgamiento de civiles por la jurisdicción militar	17
1.3.4 Separación línea de mando de la administración de justicia	20
1.3.5 Limitación del ámbito de aplicabilidad de los vocales	22
1.3.6 Regulación del principio de la Obediencia Debida	23
1.3.7 Consagración de la parte civil en los procesos penales militares	26
1.3.8 Incorporación del sistema acusatorio	28
1.3.9 Cambios en la estructura de la justicia penal militar	28
1.3.10 Actuación de los organismos de control	29
1.3.11 Aspectos procesales	31
1.4 CONCLUSIONES SOBRE LAS REFORMAS.	34
2. LA OBEDIENCIA DEBIDA, ORÍGENES Y DESARROLLO	38
2.1 LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO FUNDAMENTO DE LA PROFESIÓN MILITAR	41

2.2	DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LA OBEDIENCIA DEBIDA EN COLOMBIA	45
2.3	RESPUESTA A ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA OBEDIENCIA DEBIDA	49
2.3.1	¿Qué se entiende por “Obediencia debida?”	50
2.3.2	¿Cuales son los orígenes de la “Obediencia debida”?	51
2.3.3	¿Cuál es la importancia de la “Obediencia debida”?	52
2.3.4	¿Por qué recae en el superior, la responsabilidad por las consecuencias de las órdenes?	54
2.3.5	¿Por qué constituye falta la demanda de explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden?	55
2.3.6	¿Que diferencia hay entre Obediencia debida y Obediencia ciega?	56
2.3.7	¿Es aplicable la “Obediencia ciega” en la institución Militar?	58
2.3.8	¿Cabe la obediencia reflexiva sobre la orden no manifiestamente ilegal?	59
2.3.9	¿Que consecuencias tiene la llamada “Obediencia reflexiva?”	61
2.3.10	¿Qué motivos originaron la reforma del Código Penal Militar?	62
3.	CONCEPTOS SOBRE EL PRINCIPIO DE “OBEDIENCIA DEBIDA” DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO	64
3.1	CONCEPTOS A NIVEL NACIONAL	65
3.1.1	Concepto del profesor EDUARDO FERNÁNDEZ BOTERO	65
3.1.2	Concepto del profesor TULIO ENRIQUE TASCÓN.	67
3.1.3	Concepto del profesor CARLOS LOZANO Y LOZANO	68
3.1.4	Concepto de la procuraduría general de la nación	72
3.2	CONCEPTOS A NIVEL INTERNACIONAL	73

3.2.1	Concepto del profesor SANTIAGO MIR PUIG	73
3.2.2	Concepto del profesor ENGEL BERCATIZ	75
3.2.3	Concepto del tratadista SERGIO VELA TREVIÑO	79
3.2.4	Concepto del tratadista GUILLERMO J. FIERRO.	81
3.2.5	Concepto del tratadista CARLOS J. COLOMBO.	87
3.2.6	Concepto del tratadista HIGUERA GUIMERÁ	91
4.	EL DEBATE SOBRE LA OBEDIENCIA DEBIDA EN COLOMBIA	93
4.1	EL DEBATE SOBRE LA "OBEDIENCIA DEBIDA" DURANTE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR.	93
4.1.1	Resumen del acta Nro. 12 del 06 de Junio de 1995.	97
4.1.1.1	posiciones en contra de las propuestas presentadas	97
4.1.1.2	Posiciones a favor de las propuestas presentadas	101
4.1.2	Resumen del acta Nro. 13 del 07 de Junio de 1995.	103
4.1.2.1	Posiciones en contra de las propuestas presentadas	103
4.1.2.2	Posiciones a favor de las propuestas presentadas	106
4.1.3	Resumen del acta Nro. 14 del 12 de Junio de 1995.	110
4.1.3.1	Posiciones en contra de las propuestas presentadas	114
4.1.3.2	Posiciones a favor de las propuestas presentadas	118
4.1.4	Resumen del acta Nro. 16 del 20 de Junio de 1995.	123
4.1.4.1	Posiciones en contra de la propuesta.	123
4.1.4.2	Posiciones a favor de la propuesta.	125
4.2	EL DEBATE SOBRE LA "OBEDIENCIA DEBIDA" EN EL REGLAMENTO DE REGIMEN DISCIPLNARIO	129
4.2.1	Conceptos que apoyan los argumentos presentados en la demanda	132
4.2.1.1	Posición del Procurador General de la Nación	132

4.2.1.2	Posición de la Consejería Presidencial para derechos humanos	134
4.2.1.3	Posición de los comandantes de las fuerzas militares	135
4.2.2	Conceptos en contra de los argumentos presentados en la demanda	137
4.2.2.1	Posición del Ministerio de Justicia y del Derecho	137
4.2.2.2	Posición del ciudadano William Galvis Pinzón	138
4.2.3	Concepto de la Honorable Corte Constitucional	139
5.	ASPECTOS RELEVANTES EN LA INTERPRETACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO DE OBEDIENCIA DEBIDA	144
5.1	LA ORDEN DE SUPERIOR JERÁRQUICO EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	145
5.2	ORDEN DEL SERVICIO DE SUPERIOR JERÁRQUICO MILITAR	147
5.3	EL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 91 DE LA CARTA POLÍTICA	150
5.4	LA PREVALENCIA LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS	151
5.5	EL “ BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES	154
5.6	LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN	162
5.7	DERECHOS INTANGIBLES	163
5.8	LAS FUNCIONES PROPIAS DE LA FUERZA PÚBLICA	164
5.9	INEXIGIBILIDAD DEL MANDATO VIOLATORIO DE LOS DERECHOS HUMANOS	165
5.10	EL INCUMPLIMIENTO DE ORDEN ILEGÍTIMA NO INFRINGE LA LEY	166

5.11 INOBLIGATORIEDAD DE ÓRDENES ILEGÍTIMAS. LA APARIENCIA DE LEGALIDAD	167
6. IMPACTO SOBRE LA DISCIPLINA Y EFECTIVIDAD DE LAS FUERZAS MILITARES	171
6.1 CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN	171
6.2. HERRAMIENTAS DE EVALUACIÓN	174
6.3 ANALISIS DE RESULTADOS	175
6.3.1 Encuesta Nro. 1 practicada a alumnos de la EAS	175
6.3.1.1 Información técnica de la encuesta	175
6.3.1.2 Propósitos de la encuesta	176
6.3.1.3 Análisis de resultados	176
6.3.1.4 Interpretación de resultados.	176
6.3.2 Caso Esquemático a funcionarios Jurisdicción Penal Militar	179
6.3.2.1. Información general.	179
6.3.2.2 Propósitos del Caso esquemático.	179
6.3.2.3 Análisis de resultados.	180
6.3.2.4 Interpretación de resultados.	180
6.3.3 Encuesta y Caso Esquemático Nro. 2	181
6.3.3.1 Información técnica	181
6.3.3.2 Información General	182
6.3.3.3 Propósitos de la encuesta.	183
6.3.3.4 Análisis de resultados.	183
6.3.3.5 Interpretación de resultados.	183
6.4 ANÁLISIS DE LAS REFORMAS RELACIONADAS CON EL CONCEPTO DE "OBEDIENCIA DEBIDA"	185

6.4.1. En el código Penal Militar	185
6.4.2. En el reglamento de régimen disciplinario.	187
7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	194
7.1 CONCLUSIONES	194
7.2 RECOMENDACIONES	197
ANEXOS	199
BIBLIOGRAFÍA	
MATERIAL ACOMPAÑANTE	

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo "A". Análisis de encuestas Nro. 1	199 (*)
Anexo "B". Análisis de encuestas Nro. 2	255 (*)
Anexo "C". Conceptos de expertos	280 (*)
Anexo "D". Actas del debate para la reforma del Código Penal Militar Tema "Obediencia debida".	(*)
Anexo "E". Fallo Corte Constitucional por demanda del Art. 15 del antiguo Reglamento de Régimen Disciplinario.	(*)
Anexo "F". Programas de materias.	(*)

(*) Cuadernillo independiente

INTRODUCCIÓN

La profesión militar, una de las más nobles y antiguas en toda la historia de la humanidad, surge y se desarrolla, por la necesidad del hombre de contar con un ambiente protegido que le asegure el desarrollo de su grupo social; dada su misión, impone adiestramiento y aptitudes específicas muy exigentes a quienes motivados por un generoso espíritu de servicio, deciden asumir la vital labor de promover y asegurar el bienestar de la sociedad, enfrentando las amenazas que pretendan limitar a la misma o a sus asociados, su libre determinación y el acceso al desarrollo.

El cumplimiento de esta misión demanda del militar una férrea voluntad, una gran entereza de carácter y un denodado espíritu de sacrificio, que le permitan mantener sus convicciones, sin sucumbir ante la adversidad, cualidades que son inculcadas, cultivadas y desarrolladas, mediante principios fundamentales como la disciplina y la obediencia, que se interrelacionan directamente y constituyen, sin lugar a dudas, la columna vertebral de la organización militar.

Estos principios y valores se han consolidado y desarrollado desde la antigüedad hasta nuestros días, siendo esenciales para la existencia de la organización militar, debido a su fuerza imperativa y a su poder coercitivo, cualidades sin las cuales, sería difícil cumplir las misiones asignadas al militar, desarrolladas normalmente en

condiciones excepcionales de riesgo y adversidad, que imponen por su dificultad intrínseca, una formación y unos parámetros de comportamiento bastante particulares.

Hoy en día, sin embargo, el nuevo ordenamiento mundial, y las diferentes tendencias ideológicas dominantes en el mundo occidental, que apuntan a una visión antropocéntrica del mundo, han dirigido sus prioridades hacia la promoción, defensa, protección y desarrollo de los derechos humanos, que promueve la plena realización del hombre, en todos los campos.

Esta visión, estimulante, pero súper dimensionada de las libertades individuales, ha dado origen al cuestionamiento de toda forma de autoridad, que en un momento dado pueda limitar el desarrollo personal del hombre, fenómeno del que obviamente la organización militar no ha logrado escaparse.

La anterior tendencia, combinada en el caso particular de nuestro país, con las características especiales, propias del conflicto interno que nos afecta, donde un enemigo incapaz de vencer militarmente a las fuerzas del Estado, busca atacar sus propios cimientos, para debilitarlos y romper su estructura monolítica y su acendrado espíritu de cuerpo, como única solución viable para asegurar la victoria sobre las mismas, encuentra las condiciones oportunas, para cuestionar algunos principios fundamentales de la profesión militar, como el principio de "Obediencia debida", encontrando eco en una desinformada opinión pública internacional, y en la cambiante opinión pública nacional.

El principio militar de "Obediencia debida", es colocado entonces en la picota pública, señalándolo como fuente de impunidad y de violación de los derechos humanos, y la presión internacional se hace cada vez más evidente, hasta que el Gobierno Colombiano decide revisar y reformar el código Penal Militar y el reglamento de régimen disciplinario, con el objeto aparente de ajustar sus ordenanzas al espíritu de la Constitución de 1991 y colocarlo a tono con los tratados internacionales, suscritos por el Estado Colombiano en materia de Derechos Humanos y derecho Internacional humanitario, que de acuerdo al precepto Constitucional establecido en el artículo 93 de la Constitución Política, tienen plena vigencia en el orden interno.

Sin embargo, no fueron las reformas realizadas a los documentos en mención, las que golpearon realmente la integridad y validez de este principio militar por excelencia, pues una revisión rápida de dichos documentos nos permite observar que los cambios que se incorporaron en desarrollo de las mismas, salvo algunos que pretendemos analizar en desarrollo del presente trabajo de investigación, no afectaron significativamente su vigencia.

Fueron los efectos negativos causados por el debate, que se libró a través de los medios de comunicación, donde quienes no comulgaban, - fuera por convicción ideológica o por conveniencia -, con la preservación de este principio dentro del ordenamiento legal de nuestro país, se sirvieron de todos los medios para desprestigiar y desnaturalizar este concepto, apoyados por organizaciones internacionales de Derechos humanos, que tampoco observaban con buenos ojos, que unas Fuerzas Militares, consideradas por algunas de las mismas, flagrantes

violadoras de los Derechos Humanos, gozaran de las prerrogativas que les podía dar la aplicación ilimitada del principio de obediencia militar.

Lo anterior, creó cierta predisposición a asociar la "Obediencia debida" a actos tan repugnantes como la tortura ó las llamadas ejecuciones extrajudicio, pues sin comprenderse la verdadera esencia y ámbito de aplicación de este principio, se le asoció al de "obediencia ciega o absoluta", considerándose que dentro de la institución militar, la obediencia podía exigirse aún en casos de flagrante violación de la ley, lo que obviamente entraba en oposición a los principios y valores militares.

Hoy en día, sin embargo, la opinión pública tanto nacional, como internacional, - esta última en menor grado - ha empezado a descubrir los verdaderos valores que adoran a las Fuerzas Militares, y a reconocer y valorar el sacrificio de sus hombres; no obstante, una parte de esa opinión pública, guarda aún algunas reservas sobre las actuaciones de las mismas y se mantiene vigilante en búsqueda de cualquier error, que pueda confirmar su prevención sobre el accionar de la institución militar

Por todo lo antes señalado, el presente trabajo de investigación tiene como objeto, determinar los actuales criterios de interpretación del principio militar de "Obediencia debida", tanto al interior de la fuerza, - y eso incluye a la jurisdicción Penal Militar, como en su entorno, estableciendo el impacto que sobre la disciplina y la efectividad de las Fuerzas Militares, puede tener dicha interpretación.

Este estudio debe redundar en beneficio de la fuerza, pues el lograr un diagnóstico acertado de la situación actual en ese campo, nos permitirá diseñar las

estrategias correctas que contribuyan a fortalecer la institución militar, frente a factores de perturbación que pretendan menoscabar su integridad y obstaculizar su misión.

Por tanto, las conclusiones y recomendaciones que se desprendan del presente trabajo de investigación, tendrán alcances dentro de toda las Fuerzas Militares, dado que el problema aquí planteado, afecta por igual a toda la organización militar. De otra parte, se han considerado para su desarrollo las limitaciones propias de la labor académica, desempeñada por el investigador en la actualidad y de los límites propios del tiempo dentro del cual debe realizarse el presente trabajo.

Para lograr el objetivo señalado dentro de la presente investigación, procederemos a realizar un análisis de las reformas efectuadas al Código Penal Militar, como marco de referencia del tema principal de nuestra investigación; posteriormente estudiaremos los diferentes conceptos existentes sobre el tema, tanto desde el enfoque militar, como desde el enfoque jurídico, con el fin de determinar los puntos de convergencia de dichas acepciones y los aspectos en los que se presentan diferencias significativas; seguidamente estudiaremos los diferentes puntos de vista planteados en el debate al interior de la comisión redactora del Código Penal, durante el proceso de reforma del mismo y las posiciones sobre el mismo tema, en la respuesta de la corte Constitucional a una demanda interpuesta por el entonces Defensor del pueblo Doctor Jaime Córdoba Triviño, contra el artículo 15 del decreto 085 de 1989, ó antiguo reglamento de régimen disciplinario, para pasar luego a examinar algunos conceptos que constituyen una base de interpretación jurídica actual del principio de "Obediencia debida" y finalizar con el análisis del

impacto que dichos criterios de interpretación tienen sobre la disciplina y efectividad de las Fuerzas Militares, para lo cual nos valdremos del resultado de las encuestas y del concepto de expertos sobre casos hipotéticos, relacionados con el tema, que se practicarán durante el desarrollo de la presente investigación.

1. LA REFORMA AL CODIGO PENAL MILITAR

Para entender en su contexto general las reformas efectuadas a la jurisdicción Penal Militar, en la ley 522 de 1999, se debe en primera instancia comprender en forma clara, los motivos que llevaron al gobierno nacional a ordenar la reforma del antiguo decreto 2550 de 1988; con tal propósito se han tomado algunos apartes de la obra "Comentarios al Código Penal Militar" del señor Brigadier General EDGAR PEÑA VELÁSQUEZ, donde el autor explica con claridad los antecedentes y el alcance de cada una de las reformas, permitiéndonos entender de una parte el marco histórico y las situaciones coyunturales dentro de las cuales se propuso y llevó a cabo la reforma de la jurisdicción Penal Militar, y de otra los elementos de tipo jurídico y procedimental que fueron incorporados al nuevo código.

Igualmente y con el objeto de complementar algunos de los conceptos expresados por el señor Brigadier General PEÑA VELÁSQUEZ, sobre la reforma, se tomaron algunos comentarios que sobre el particular aparecen en el "Informe anual de Derechos Humanos y DIH 2000", publicado por el Ministerio de defensa nacional, en el presente año.

De esta forma se pretende presentar una visión general del tema, que nos

permita construir un marco referencial adecuado, que vaya desde lo general, representado en este caso en el proceso de reforma de la Jurisdicción Penal Militar, hasta el problema particular o tema principal de la presente investigación, como es la interpretación actual del principio de la "obediencia debida", y su impacto sobre la disciplina y efectividad de las Fuerzas Militares.

1.1. ANTECEDENTES

Durante el Gobierno del señor Presidente César Gaviria Trujillo, el Ministro de Defensa Nacional, Rafael Pardo Rueda conformó una comisión presidida por el Inspector General de las Fuerzas Militares, señor Mayor General Juan Salcedo Lora, la cual elaboró un anteproyecto de reforma al Código Penal Militar. El Gobierno del señor Presidente Ernesto Samper Pizano, consciente de esta necesidad y teniendo en cuenta, por una parte, la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y el consiguiente ingreso a nuestro sistema jurídico de nuevos principios y postulados de especial relevancia y, por otra, la convicción tanto del Gobierno como de La Fuerza Pública, que el desempeño de la justicia penal militar presentaba algunas deficiencias que perjudicaban la credibilidad de esta última, se empeñó, desde un comienzo, en el proceso de reforma del Código Penal Militar.

Fue así como el 9 de septiembre de 1994 en su discurso "Una Política para la Vida" el señor Presidente señaló la importancia de "impulsar la reforma de la justicia penal militar, para adaptarla a la Constitución de 1991 y consolidarla como un eficiente

instrumento de investigación y punición de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

Con dicho propósito se creó, mediante el Decreto 265 de 1995, la comisión que habría de encargarse del análisis y redacción del proyecto de nuevo Código Penal Militar.

Según lo expresó el señor Presidente al momento de instalar la mencionada comisión, ésta debería encargarse de analizar expresamente determinados aspectos, entre los que pueden mencionarse el señalamiento del “alcance de las conductas que se encuentran cobijadas por la noción de “Acto del Servicio”, la separación de las “funciones de investigación y juzgamiento, de aquellas relacionadas con la comandancia operativa de la Fuerza Pública”, la adopción del “sistema acusatorio” en el interior de la justicia castrense mediante la creación de una “Fiscalía Militar”, integrada, dirigida y operada por “miembros de la propia Fuerza Pública”, la necesidad de “que en todos los procesos militares la agencia del Ministerio Público esté a cargo de funcionarios de dicha institución”, la consagración de la “parte civil” y la incorporación de figuras que hoy forman parte de nuestro procedimiento penal ordinario”, y finalmente, por supuesto, la necesidad “que la legislación penal militar refleje y desarrolle la política estatal de protección de defensa de los derechos humanos consagrada en la nueva Carta Política”.

La Comisión trabajó entre febrero y agosto de 1995 tomando como base el anteproyecto realizado por la Comisión instalada por el Ministro Pardo. Fue presidida colegiadamente por la doctora Pilar Gaitán de Pombo, asesora del señor Ministro de

la Defensa Nacional, y por el señor Mayor General Ramón Eduardo Niebles Uscátegui, Director de la Escuela Superior de Guerra.

En ella participaron representantes de la Fuerza Pública, el Inspector General de las Fuerzas Militares, los Inspectores del Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, de la Justicia Penal Militar, el Vicepresidente del Tribunal Superior Militar, del Gobierno Nacional, Delegados de los Ministros del Interior y Justicia, el Consejero Presidencial para los Derechos Humanos y el Director de la Unidad de Seguridad y Justicia del Departamento Nacional de Planeación, de la Fiscalía General de la Nación, de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo y de una organización no gubernamental.

El trabajo de esta comisión, según lo señala el señor BG. PEÑA VELÁSQUEZ, y como podremos verlo más adelante en algunas de las actas de las reuniones, que fueron tomadas como base para la presente investigación, se desarrolló en un considerable nivel de consenso, lo que resulta bastante diciente si se tiene en cuenta la trascendencia y sensibilidad de algunos de los temas que fueron objeto de discusión, así como la heterogénea composición, pluralidad y diversidad de las instituciones y organizaciones que estuvieron representadas en ella.

Agrega el señor BG. PEÑA, que el trabajo de la comisión fue no solamente digno de elogio, sino literalmente encomiable, debido tanto a la reconocida competencia de las personas que la integraron, como a la forma en que desarrollaron las tareas encomendadas y por los resultados obtenidos. Dichos resultados se cristalizaron en el proyecto que el señor Ministro de la Defensa Juan Carlos Esguerra Portocarrero puso a consideración del señor Presidente de la República el 10 de octubre de 1995.

Al recibir el señor Presidente el proyecto de Código Penal Militar, designó un equipo técnico para que lo estudiara junto con toda la valiosa información que quedó consignada en actas y propuestas alternativas de la comisión, y posteriormente tomó las decisiones en relación con los puntos que no habían alcanzado consenso en la comisión.

Este equipo técnico que a su vez contó con el concurso destacado y constructivo de Asesores del Ministerio de Defensa y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Miembros del Tribunal Militar, Representantes de la Policía Nacional, Delegados de la Procuraduría General de la Nación, Asesores del Ministerio de Justicia y del Fiscal General de la Nación, bajo la coordinación de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, sesionó en intensas jornadas de trabajo desde el mes de julio del presente año, llevando a cabo una detenida revisión del texto completo, corrigiendo sus incongruencias y unificando criterios en tomo a los puntos atrás enumerados.

2.1 MOTIVACIÓN DE LA REFORMA

En concepto del señor BG. PEÑA, la principal razón que llevó al Constituyente a impulsar una reforma en materia Penal Militar fue sin duda alguna, la evidente necesidad de hacer, a través de sus preceptos, un adecuado desarrollo de los imperativos supralegales que marcaban un nuevo derrotero en el pensamiento filosófico liberal del Estado colombiano. Por ello, señala, el señor General en su

obra: "jamás podremos interpretar exitosamente las disposiciones legales, sin tener en cuenta la fuente de inspiración derivada de las normas superiores, sus antecedentes, la jurisprudencia y doctrina surgida en su entorno, así como su articulación con el sistema jurídico positivo".

El proyecto buscaba establecer condiciones que garantizaran y promovieran una mayor legitimidad de la justicia penal militar, al igual que su fortalecimiento y modernización. Anota el Señor BG. PEÑA que el cometido constitucional confiado a la Fuerza Pública requería en ese momento con mayor urgencia que nunca, todo el fortalecimiento estructural de la función cumplida por la justicia penal militar y de las condiciones que propiciaran el apoyo y la acogida de los ciudadanos a la justicia castrense.

Para el logro de tales finalidades se recomendaron una serie de significativas modificaciones en relación con institutos claves de la administración de justicia castrense, vigentes hasta ese momento, entre los que pueden señalarse:

2.1.1 Un redimensionamiento del Fuero Militar mediante la enumeración de aquellos delitos que de ningún modo y bajo ninguna circunstancia pueden tener relación con el servicio.

Uno de los grandes propósitos orientadores que debían presidir cualquier reforma, era el de instituir las condiciones necesarias que garantizaran y promovieran para la institución armada la preservación y consolidación de su legitimidad, ya que en el complejo contexto del conflicto armado interno, en condiciones de creciente

descomposición en los modos de su ejercicio, resultaba de especialísima importancia que la ciudadanía y la sociedad colombiana apoyaran y rodearan a sus Fuerzas Armadas.

Por tanto, reconstruir y restaurar la confianza de los colombianos en relación con los pronunciamientos que la justicia militar expide, contribuiría sin duda al éxito de la lucha de las Fuerzas Armadas, contra una subversión crecientemente delincuencial en sus métodos y contra grupos de autodefensa y justicia privada vertiginosamente barbarizados en su acción.

En este sentido debe comprenderse que debido al carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas, las sentencias de la justicia castrense se convierten, de cara a la opinión pública, en la expresión misma de las convicciones y pareceres de la institución armada en su conjunto. Sus eventuales contradicciones y variaciones de criterio no son percibidas propiamente como parte de un proceso continuo de afinamiento jurídico, como sí ocurre ante situación semejante en el caso de la jurisdicción ordinaria. En tales circunstancias la legitimidad de las Fuerzas Armadas, no sólo depende del indiscutible cometido constitucional que se le asigna, sino que sobre la misma incide, positiva o negativamente, la confianza y aceptación que la sociedad otorgue o rehúse a las decisiones de la justicia penal militar.

Es por eso que resultaba de vital importancia para la democracia y para las Fuerzas Armadas, llamadas a proteger los Derechos Humanos que nuestro Estado de Derecho consagra como fundamento y finalidad de su existencia, que las sentencias impartidas en desarrollo de su función de administrar justicia, gozaran de unas condiciones que las preservaran de todo género de duda.

Lo anterior es especialmente válido cuando la justicia militar se ocupa de presuntas graves violaciones contra los derechos humanos más esenciales. Como lo enseña la experiencia, las Fuerzas Militares resultan sometidas innecesariamente en su conjunto de institución y de cuerpo, al veredicto de la opinión pública, con no poca frecuencia sujeta a tornadizos estados de ánimo y muy influenciadas corrientes afectivas. Poco importa entonces que una instancia militar profiera un juicioso y ponderado fallo de naturaleza absolutoria o condenatoria. Este será interpretado casi de manera ineluctable como una manifestación expresa de la voluntad del cuerpo castrense o como una auto evaluación sobre el cumplimiento de los fines institucionales confiados a sus propios integrantes.

Por todo lo anterior se consideraba indispensable que un proyecto de reforma al Código Penal Militar, hiciera suyos los criterios que la Corte Constitucional en su sentencia C-358 de 1997, sentara sobre la correcta comprensión del Fuero Militar, en el sentido de considerar que "el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad."

En consecuencia, era necesario que se sustrajera del conocimiento de la justicia penal militar, aquellos delitos que por la grave vulneración de la vida y la dignidad humana, repugnaban tanto a la propia institución castrense como a la conciencia ciudadana, tales como la tortura, el genocidio, la desaparición forzada, y los delitos contra la libertad sexual, entre otros; considerándose inaceptable el hecho que los mismos pudieran considerarse de alguna manera vinculados al ejercicio constitucional y legítimo de la actividad de las armas, por quienes ejercen el

monopolio sobre las mismas, con la finalidad esencial de proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes.

2.1.2 La adecuación de la obediencia debida al desarrollo dogmático universal contemporáneo, entendida como causal no eximente de responsabilidad.

Como en el caso del “fuero militar” y el “acto del servicio”, se consideraba de absoluta importancia para otorgar a las Fuerzas militares una mayor legitimidad frente a la opinión pública Nacional e internacional otra modificación de importancia, sobre cuya necesidad la propia cúpula militar había manifestado su preocupación, como era la definición precisa de la órbita de aplicación de la “obediencia debida”.

En este sentido se exponía la necesidad de limitar el ámbito de aplicación de este eximente de responsabilidad, a las órdenes legítimas impartidas por autoridad competente, sin que se pudiera aplicar el mismo a la comisión de delitos que constituyeran graves violaciones de los derechos humanos y fueran contrarias al espíritu del servicio, como los que ya se enumeraron en el primer punto. Vale decir, que sólo la orden impartida por el superior con las formalidades debidas y la finalidad del cumplimiento de las funciones constitucionales y legales señaladas al personal militar, podría ser invocada por el subordinado para que se le exonere de responsabilidad, entendiéndose perfectamente que la orden ilegítima jamás podría producir dicho efecto.

De otra parte se recomendaba igualmente adaptar la interpretación del concepto de “Obediencia debida” a los tratados internacionales de Derechos Humanos y de

Derecho Internacional Humanitario suscritos por el Estado Colombiano, los cuales de acuerdo al artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno.

2.1.3 La consagración plena de la Parte Civil dentro del proceso penal militar con todas las atribuciones para imprimirle el impulso, amplitud y efectividad necesarias.

Otro tema que se debatía dentro de los círculos políticos y jurídicos y que a la postre impulsaron la reforma del Código Penal Militar, fue sin lugar a dudas la conveniencia de introducir la figura de la parte civil en calidad de sujeto procesal dentro de los juicios que adelantara la justicia castrense; lo anterior según los expertos en el tema, debería redundar sin duda, en beneficio tanto de la institución militar como de los particulares, por el necesario impulso que el proceso recibiría de los perjudicados, dando una mayor eficacia al mismo y reflejándose en un mejor recibo por parte de los estamentos civiles a los fallos de la justicia penal militar.

2.1.4 La separación de jurisdicción y mando para el adelantamiento de los procesos penales militares.

La modernización y profesionalización de la justicia Militar, fue también uno de los aspectos que más influyó en la reforma del Decreto 2550 de 1988, ya que se partía del principio que dentro de un contexto de plena aceptación de la legitimidad del orden democrático fundado en la paz y el respeto indeclinable de los Derechos Humanos, y siendo la Constitución de 1991 un paso de trascendental importancia histórica, en orden a la realización efectiva de ese propósito, no podía el código

Penal Militar, contemplar la posibilidad que se produjeran por las mismas fallas del sistema vigente para esa época, fallos contrarios al derecho.

Por tanto se insistió en la adecuación de la institución armada colombiana a este marco contemporáneo mundial y de manera especial, a las complejas condiciones domésticas, en la perspectiva de su fortalecimiento como estamento orientado fundamentalmente a salvaguardar las instituciones democráticas y a proteger los derechos humanos tanto como a defender la soberanía y la integridad territorial, pasando forzosamente por una reformulación de los parámetros legales conforme a los cuales impartía justicia sobre los miembros de la Fuerza Militar.

De esta forma se argumentó que La justicia castrense requería, como componente clave que es de las Fuerzas Armadas, unas condiciones de especialización y eficiencia que se integraran armónicamente al fortalecimiento de su labor de inteligencia, de su accionar estratégico y de su operar en el terreno de la confrontación armada interna, y que buscara al mismo tiempo consolidar el espíritu de disciplina, recabando los principios de un recto sentido del honor militar.

Por tanto se señalaba, que sólo una justicia penal militar eficaz, objetiva, imparcial, transparente y respetuosa de los derechos humanos podría garantizar el efectivo cumplimiento de las tareas y fines que específicamente competen a las Fuerzas Armadas.

En este sentido, se señaló como urgente y obligatoria una modificación a la estructura de la justicia penal militar existente, que colocaba al juez militar ante la

casi imposible tarea, de evaluar con objetividad e imparcialidad las conductas de sus propios subordinados, que en muchas ocasiones habían obrado siguiendo sus órdenes y con quienes, además, habían compartido los avatares de la acción bélica, en cuya vivencia común se gesta naturalmente una inextirpable solidaridad entre quienes comparten tal clase de experiencia.

2.1.5 La aplicación restringida del instituto procesal de los vocales y los fallos en conciencia.

Otro aspecto que motivó la reforma, fue sin duda la recomendación, que se introdujera, en consonancia con la modificación homóloga que en el mismo sentido se hiciera en la jurisdicción penal ordinaria, al abolirse los jurados de conciencia, algunas reformas que limitaran dentro de la jurisdicción Penal militar el empleo de Vocales o jurados de conciencia, de manera exclusiva, al enjuiciamiento de los delitos típicamente militares.

Lo anterior en vista que la misma Justicia Penal Militar había puesto de presente con irrefutable rigurosidad jurídica en no pocos de sus fallos, los problemas originados y las contradicciones insalvables a las que bien a su pesar se veía conducida, ante el imperativo legal contenido en el decreto 2550 de 1988 ó antiguo Código Penal Militar, de aceptar como vinculante el segundo veredicto de los Vocales, aun cuando éste fuese contra evidente; de tal manera que el juez penal militar no tenía otra alternativa que plegarse al mismo, viéndose contrariado en ocasiones hasta en lo íntimo de su convicción jurídica, por su deber de obedecer la norma legal.

Teniendo como base los conceptos anteriores y otros que poco a poco fueron surgiendo en el desarrollo del proceso, se empezó a abonar el terreno para la reforma de la jurisdicción Penal Militar, con argumentos que en su momento no encontraron ninguna oposición, pues fueron presentados como herramientas que garantizarían a la Fuerza Pública mayor legitimidad en el ejercicio de su misión Constitucional, pero que una vez publicada la ley 522 de 1999, han sido blanco de innumerables críticas, bajo el argumento que algunas de estas reformas afectan la estructura de la organización militar.

1.3 PRINCIPALES ASPECTOS DE LA REFORMA

Dadas las condiciones descritas anteriormente, y como ya se mencionó con anterioridad, fue nombrada una comisión de redacción del nuevo código Penal Militar, la cual después de varios meses de discusiones, presentó el 10 de octubre de 1995, ante el señor Presidente de la República, el proyecto de reforma del código en mención, para cuyo estudio y aprobación fue designado un equipo técnico que tomó como base la información consignada en las diferentes actas y las propuestas alternativas de la comisión, tomando decisiones en relación con los puntos que no habían logrado consenso; de esta forma y una vez aprobado por el congreso de la república, fue sancionado el nuevo código, mediante ley 522 de 1999, siendo incorporados en el texto de la misma, las reformas que a continuación se relacionan, con respecto al decreto 2550 de 1988 ó antiguo Código Penal Militar.

1.3.1 Delimitación del fuero militar.

La hace el Código mediante la específica definición del artículo primero en que se precisa que *“De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código...”*.

Con esta redacción, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se precisan en forma tajante los elementos determinantes del fuero, que otrora giraban alrededor de criterios tales como encontrarse el sindicado en horario del servicio, o portar el uniforme al momento de cometer la acción, los que por su carácter meramente circunstancial, llevaron muchas veces la determinación de la competencia de estos asuntos, al Tribunal Disciplinario y de Conflictos o al Consejo Superior de la Judicatura, organismos que incurrieron en contradicciones y decisiones enfrentadas, por la oscuridad de los conceptos.

Este redimensionamiento del Fuero Penal Militar contemplado en la reforma, junto con la atribución a la jurisdicción penal ordinaria del conocimiento de los delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos - tortura, genocidio, desaparición forzada; delitos, que constituyen una grave violación a los derechos humanos; delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana, y el concurso para delinquir - intenta sintonizar a la institución armada con la evolución histórica y mundial en este campo, respetando en un todo el principio constitucional ya mencionado y dando cuenta igualmente, de la singular condición de nuestro proceso de conformación nacional y construcción de la democracia, que hoy encuentra en el conflicto armado interior el mayor obstáculo para su logro.

La introducción de este criterio diferenciador por vía legislativa de los delitos que en ningún caso pueden considerarse como relacionados con el servicio, permite, en concepto del señor BG. PEÑA, poner fin a la contradictoria interpretación jurisprudencial que pese a la claridad del artículo 221 de la Carta Política, se ha presentado en cuanto a la definición de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar.

De igual manera, se recoge así en un todo el trascendental pronunciamiento del 5 de agosto de 1977, proferido por la Corte Constitucional en el sentido de considerar como incompatibles con el servicio militar aquellos delitos denominados como de lesa humanidad cuyo juzgamiento corresponderá siempre a la jurisdicción penal ordinaria.

Es por ello que la finalidad de la reforma, no es otra que propiciar las condiciones necesarias para que la credibilidad, confianza y aceptación por parte de la ciudadanía y la opinión pública en general, se restauren y fortalezcan en relación con la administración de justicia Militar.

De acuerdo con la Corte Constitucional, en cuyos fallos y sentencias se inspiró esta reforma, el fuero militar debe ser considerado bajo la perspectiva de la existencia de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, como las cortes o tribunales militares, que es el juez natural a quien constitucional y legalmente se le ha confiado la misión del juzgamiento de los referidos delitos. Dicho órgano, si bien pertenece al sistema de la administración de justicia desde el punto de vista material, pues su misión es hacer justicia en un campo y materias específicos, no está adscrito a la

justicia ordinaria, aún cuando no se excluye la posibilidad de la articulación funcional con aquella.

Así pues, la Justicia Penal Militar es una jurisdicción que administra justicia, pero lo hace de manera excepcional, no solo por las personas llamadas a juzgar, sino también por los asuntos de los cuales conoce. En todos los casos, los jueces militares - como todo juez – deben guiarse al ejercer sus funciones por los criterios de imparcialidad, objetividad, efectividad y celeridad entre otros.

1.3.2 Definición de los delitos relacionados con el servicio.

Se hace, de una parte en forma asertiva, cuando señala en el artículo 2 del Código, que se entiende por delitos relacionados con el servicio "*... aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o, policial que les es propia...*". Según la Corte Suprema de Justicia, se habla de delitos relacionados con el servicio, cuando estos hacen referencia al nexo existente entre la actividad militar o policial y el acontecer delictivo. Los hechos que tienen relación con el servicio se desarrollan mediante actos inherentes a la actividad militar o en acatamiento de órdenes impartidas por quien ejerce función de Comando.

De otra parte se define el acto del servicio en forma negativa, a través del artículo 3, que manifiestamente excluye del mismo, delitos como "*... la tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia*".

La discusión acerca de sí, en un caso concreto, se está o no en presencia de un delito relacionado con el servicio, toca fundamentalmente con las circunstancias en las cuales la conducta censurada se ha realizado y esta apreciación, en vista de los elementos de juicio que deben tenerse en cuenta, corresponde únicamente al juez.

En el entorno Latinoamericano el Código de Justicia Penal Militar de Colombia, es el único que excluye de manera explícita estos delitos de su ámbito de competencia, puesto que Venezuela, el otro país que incorpora en su Constitución Política de 1999 la disposición de que las violaciones a los Derechos Humanos y los crímenes de lesa humanidad, realizados por los miembros de las Fuerzas Militares, sean de conocimiento de la justicia ordinaria y sean tratados en forma genérica, no señala dichas conductas en forma explícita..

1.3.3 Prohibición del juzgamiento de civiles por la jurisdicción militar.

Es éste un tema que había alcanzado claridad meridiana desde antes de entrar en vigencia la actual Carta Política, mediante declaratoria de inexecutable de las disposiciones que lo autorizaban en el Código de Justicia Penal Militar. En efecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, guardiana de la Constitución para la época, conoció de una demanda de inexecutable instaurada contra los artículos 307 y 308 del Decreto 0250 de 1958, que autorizaban el juzgamiento militar a los militares retirados, a los civiles que hicieran parte de las Fuerzas Armadas y a los particulares que cometieran delitos previstos en el Código. Dijo entonces la Corte: "... Un principio fundamental preside y orienta la administración de justicia en Colombia: el de la jurisdicción ordinaria... La ley de justicia militar no puede sustraer de los jueces

ordinarios el conocimiento de delitos comunes cometidos por personas que no se hallan revestidas de título castrense, porque a ello se opone el principio consagrado en el artículo 170 de la Carta, según el cual el régimen exceptivo sólo es aplicable a los delitos cometidos por militares en servicio. De aceptar la tesis contraria se llegaría al absurdo jurídico de interpretar que el Código Penal Militar absorbe la jurisdicción penal ordinaria o común y destruye los principios fundamentales que informan el Código Penal...”¹. Fundamentando así la declaratoria de inconstitucionalidad de dichas disposiciones.

Esta postura ideológica resulta acorde con el movimiento universal que ha considerado arbitrario e injusto incluir a ciudadanos ajenos a los menesteres militares en la órbita de competencia castrense, así se trate de personal civil vinculado a la Fuerza Pública. Es por ello que el artículo 5º del nuevo Código Penal Militar dispone que *“en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”*.

En otro pronunciamiento, dijo la misma Corte, lo siguiente:

“... La Constitución permite para épocas de normalidad que haya un alcalde militar, pero no prevé que un juez comande las Fuerzas Armadas o que un militar sea juez para sujetos civiles. En consecuencia, del artículo 61 de la Constitución política, no se desprende una ‘facultad precisa’, como lo exige el artículo 121, para disponer por medio del decreto legislativo el ejercicio simultáneo por parte de una persona o corporación, de las autoridades judicial y militar...”

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia octubre 4 de 1971 M.P. Eustorgio Sarria.

“Los tribunales militares son competentes para juzgar delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Pero, se repite, no hay texto alguno de la Constitución que otorgue una facultad precisa, según el artículo 121 de la misma, para asignarles el carácter de tribunal competente respecto de delitos cometidos por civiles. Y no se diga que la ley, por ende, los decretos legislativos, pueden establecer libremente tribunales y juzgados que administren justicia, al tenor del artículo 58 de la Constitución, de donde resultada viable una medida como la que se revisa, porque el principio de la separación de las ramas del poder público exige que los jueces ejerzan funciones separadas, esto es, independientes respecto del Congreso y la Rama Ejecutiva. Y los tribunales militares no pertenecen a la Rama Jurisdiccional sino a la organización jerárquica de las Fuerzas Armadas, por lo cual no cabe predicar de ellos las notas de independencia, y de la especialización que, según los principios del Estado de Derecho, deben caracterizar la administración de justicia...”

“El juzgamiento de civiles por tribunales militares no obedece, como se ha dicho con deplorable ligereza, a un simple traslado de competencia entre unos órganos judiciales previstos por la propia Constitución. Ya se dijo atrás que el artículo 170 de ésta, contempla los tribunales militares exclusivamente para conocer de las faltas cometidas por militares en servicio y dentro del mismo, en razón de un fuero especialísimo que se explica por la naturaleza la institución armada. Asignarle el conocimiento de delitos cometidos por civiles es algo más de fondo: una alteración sustancial del equilibrio los poderes públicos y un cambio radical en la concepción

acerca de la misión de la justicia...”²

Ahora bien, para cerrar este punto, se debe recordar que en el año de 1996, el Ministro de Defensa Nacional interrogó a la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, “si el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Militares y el personal uniformado de la Policía Nacional son miembros de la Fuerza Pública”, a lo cual se respondió:

“La expresión ‘miembros de la Fuerza Pública’ tiene un significado preciso, el mismo que permite establecer para sus integrantes, que son exclusivamente los militares y los policías (nacionales)... sus miembros son únicamente el personal uniformado... por tanto, tales disposiciones no pueden hacerse extensivas al personal civil al servicio de la Fuerza Pública. El personal, civil o no uniformado, aunque dispone igualmente de un régimen especial, se rige por normas de carácter legal que encuentran su fundamento en otros preceptos de rango constitucional... Concretamente, en relación con el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar, la Corte Suprema de Justicia dejó claramente establecida la improcedencia e inconstitucionalidad de tal juzgamiento... el fuero militar o fuero castrense es de aplicación restrictiva y sólo se concibe respecto de los militares y, en sentido estricto, de los miembros de la Policía Nacional (personal uniformado)... el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Militares”.

1.3.4 Separación de las funciones de Mando de las de investigación y

² Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 5 de marzo, 1987.

juzgamiento.

Por decisión de la nueva legislación, los fiscales y jueces militares que califican, investigan, acusan y juzgan a los miembros de la Fuerza Pública involucrados en los delitos relacionados con el servicio, están desligados de la línea de mando, a fin de garantizar en esta jurisdicción su independencia e imparcialidad absoluta, de manera que la autoridad que intervenga no sea la misma que ejerce atribuciones de comando. Así, los comandantes han dejado de ser jueces y esta función la cumplen los jueces penales militares, que estarán adscritos a una estructura distinta de la militar operativa.

Esta separación de la administración de justicia de la línea de mando, busca fortalecer la confianza sobre las decisiones de los jueces y terminar con la posible creencia que pueda existir alguna influencia de los mandos en el procedimiento penal militar.

En otros países como los Estados Unidos, no existe esta separación, dándose que la autoridad convocadora de la corte marcial es el comandante de la instalación o el comandante de próximo nivel, dependiendo del tipo de corte y de delito a juzgar;³ esta autoridad convocadora selecciona personalmente a los miembros del panel de la corte marcial, que son efectivos militares de mayor grado que el acusado.

Este esquema sin embargo ha recibido innumerables críticas, pues hay quienes

³ Hemperley, Lauren. My USAF. Davies Kirk. CAP USAF. El Sistema de Justicia Militar de las Fuerzas Armadas Estadounidenses. Una introducción APJ Internacional. <http://www.airpower.af.mil/apjinternational/apj-s/2trimes97/hemperly.html>. Pág. 5

consideran que el mismo deja abierta la posibilidad a la autoridad convocadora, de escoger determinados tipos de personas para el servicio de corte marcial con el fin de lograr determinado veredicto.

Estos y otros métodos de influencia indebida del comando, han sido llamados por la más alta corte de apelaciones militares de los Estados Unidos como “el enemigo mortal de la justicia militar”⁴.

Visto lo anterior, es claro, para quienes apoyaron la reforma al Código Penal Militar en nuestro país, que la jurisdicción Penal Militar Colombiana, que utilizaba un sistema similar al descrito anteriormente, ha subsanado el riesgo de la subjetividad del sistema, con la separación de la línea de mando de la administración de justicia.

1.3.5 Limitación del ámbito de aplicabilidad de los vocales.

La necesaria adecuación del Código Penal Militar al nuevo marco valorativo e institucional configurado por la Constitución de 1991, trae como consecuencia inmediata, la supresión de algunas normas y procedimientos, cuya existencia entra en franca contradicción con aquella.

Es así como la institución de los vocales en tanto personas elegidas por sorteo y que están presentes apenas durante el desarrollo del Consejo Verbal de Guerra, con el fin de emitir un veredicto mediante la contestación de un simple cuestionario sobre la responsabilidad o inocencia de la persona juzgada, - figura en un todo homóloga de

⁴ Ibidem Pág. 6

los ya abolidos jurados de conciencia dentro de la jurisdicción ordinaria -, se convirtió no sólo en una disonancia normativa respecto de los mandatos constitucionales sino en un obstáculo para los fines mismos de impartir justicia por parte del juez militar.

En efecto, tal como ha sido puesto de presente en fallos recientes proferidos por la jurisdicción castrense, la obligatoriedad del segundo veredicto de los vocales en los Consejos Verbales de Guerra implica que éste debe acatarse aun cuando sea palmaria su carencia de todo fundamento y pese al convencimiento por parte del juez castrense de su contra evidencia, es decir, de que su contenido riñe con las pruebas existentes dentro del proceso.

Como quiera que el veredicto de los vocales no requiere sustentación y el juez penal militar sólo tiene la posibilidad de admitirlo o declararlo contraevidente, estándole vedado el pronunciar una sentencia contraria a éste, se lo deja en una situación insostenible, como quiera que la convocatoria y conformación de un tercer o un cuarto Consejo Verbal de Guerra resultaría en la práctica, sometido al mismo riesgo de un tercero o cuarto fallo contraevidente de los vocales, igualmente obligatorio para el juez militar, conduciendo a un proceso interminable.

Por lo anteriormente expuesto se llegó a la conclusión que la más práctica y razonable alternativa no era otra, al igual que ocurriera en la justicia ordinaria, que la supresión de esta figura en relación con los delitos comunes que llegaren a ser cometidos por miembros de la Fuerza Pública.

1.3.6 Regulación del principio de la Obediencia Debida.

El instituto de la obediencia debida, destinado a preservar la disciplina del personal militar y la eficacia del mando en cabeza del superior, recibió consagración constitucional en el inciso segundo del artículo 91 de la Carta Política de 1991.

Sin embargo en la actualidad se considera que este canon constitucional no es de ninguna manera una disposición cerrada cuya interpretación se agote en la literalidad misma de su contenido semántico y que en consecuencia no pueda ser objeto de precisión legislativa.

En opinión de algunos juristas, configura por el contrario una disposición normativa cuyo sentido y alcance debe precisarse mediante una hermenéutica sistemática que tenga en cuenta tanto las finalidades esenciales del Estado Democrático de Derecho, como la normatividad internacional sobre derechos humanos, elevada a la categoría de preceptiva constitucional propia en virtud del artículo 93 de la Constitución Nacional.

Por ello, admite una regulación legal que afine los límites de su aplicabilidad y su integración como eximente de responsabilidad en materia penal, como lo hace el presente proyecto. En tal sentido, la obediencia debida no puede significar en ningún caso la instauración de una obediencia absolutamente incondicional. Por el contrario, presupone que los integrantes de las Fuerzas Armadas tienen tanto el deber de obedecer las órdenes legítimas proferidas por el superior respectivo con el lleno de las formalidades legales establecidas, como la posibilidad de no dar cumplimiento a aquellas órdenes manifiestamente ilegales que contradicen

abiertamente y se oponen de manera esencial a la finalidad misma para la cual han sido instituidas las Fuerzas Militares dentro de un orden constitucional como el colombiano.

En consecuencia, la obediencia debida como eximente de responsabilidad no tiene cabida cuando se trate de conductas que vulneren los derechos humanos más esenciales. En tratándose de tortura, desaparición forzada, genocidio, delitos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos, delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana, y el concurso para delinquir, la presunta orden del superior no exime de responsabilidad al inferior que la hubiere ejecutado, quien deberá responder por dichas conductas ante la jurisdicción penal ordinaria. Por el contrario, si se trata de una orden legítima, el inferior no podrá desobedecerla so pena de incurrir en el delito de desobediencia cuyo conocimiento y sanción respectiva se atribuye a la Justicia Penal Militar.

Cabe destacar en lo que atañe a este punto, que sobre la inconveniencia de la obediencia debida, pese a que dentro de la Comisión Redactora del nuevo código Penal Militar, no llegó a darse un pleno consenso, posteriores pronunciamientos de la Justicia Penal Militar como del Presidente de la República y la Rama Jurisdiccional, permiten discernir una significativa comunidad de enfoques en la aproximación al tema.

En efecto, el Jefe del Ejecutivo sostuvo que “la obediencia debida es, pues, una figura que tiene como propósito conservar la disciplina en la institución castrense pero en ningún momento cumplir el cometido de desconocer normas

constitucionales y derechos de la persona humana”⁵

Por su parte, la Corte Constitucional puntualizó que “el perentorio mandato consagrado en el artículo 16 de la Constitución vigente permite al subalterno reclamar el derecho inalienable de no ser obligado a actuar en contra de su conciencia, lo cual conduce necesariamente a distinguir, en el campo de la obediencia militar, entre aquélla que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina, y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior”⁶

La regulación de la obediencia debida que el presente proyecto contiene, reforma además en lo pertinente esta invaluable institución de la Fuerza Pública, en el sentido de adaptarla a diversos instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por Colombia y en relación con los cuales el país se encontraba en mora de efectuar la correspondiente modificación dentro de su legislación interna.

Como es sabido, Colombia aprobó mediante Ley 70 de 1986 la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuyo artículo IV, estipula de manera expresa e inequívoca la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad cuando se trate de la comisión de estos delitos.

1.3.7 Consagración de la parte civil en los procesos penales militares.

⁵ Discurso pronunciado por el Presidente de la República, Dr. Ernesto Samper Pizano, con ocasión de celebrarse el Centenario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el 23 de septiembre de 1994

⁶ Sentencia T-409 del 8 de junio de 1992

Otra de las figuras incluidas en la ley 522 de 1999, ó nuevo Código Penal Militar, fue la consagración de la parte civil, dentro de los procesos militares, con el fin de permitir a los perjudicados con los delitos, contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos.

Es de anotar, que antes de la reforma, solo en los procesos penales que se adelantaban, ante la justicia ordinaria existía la posibilidad de que la víctima o perjudicado, según el caso, ejerciera el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o de hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas. Existía así mismo, exclusivamente en la jurisdicción ordinaria, la posibilidad que una de tales personas ejerciera una acción civil para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible.

Hoy por hoy, la reforma al código Penal Militar, ha extendido esta figura a los procesos que se adelantan dentro de la Jurisdicción Penal Militar, desde la etapa de la instrucción, durante el juicio y una vez proferida la sentencia, considerando que lo anterior contribuye a garantizar el acceso a la justicia, mediante la aplicación del principio constitucional del debido proceso, siendo de especial importancia que los particulares afectados con la comisión del delito cuya autoría se juzga, puedan hacerse parte en el proceso como ocurre en el enjuiciamiento ordinario, siendo claro que el reconocimiento de la Parte Civil, como parte procesal en los juicios que se adelanten ante la justicia castrense, tendrán como finalidad permitir la contribución y el impulso probatorio al proceso por parte de los perjudicados con ocasión del delito

que se juzga.

1.3.8 Incorporación del sistema acusatorio.

Se incorporó igualmente en el nuevo Código Penal Militar, el sistema acusatorio, mediante la creación de fiscales Penales Militares, con la función de calificar y acusar en estos procesos, y con la facultad de disponer cesación de procedimiento, cuando haya mérito para ello. Finalmente, se han modificado los sistemas de juzgamiento, consagrando únicamente los de corte marcial sin vocales y el procedimiento especial, en los cuales el fallo se profiere en derecho.

1.3.9 Cambios en la estructura de la justicia penal militar.

El nuevo Código Penal Militar, determinó las diferentes instancias o autoridades para adelantar la acción penal por los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo. Esas instancias son el Tribunal Superior Militar, juzgados de primera instancia, fiscales penales militares, jueces de instrucción penal militar y auditores de guerra y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Los requisitos generales para ocupar estos cargos son los mismos que para los cargos equivalentes en la justicia ordinaria, pero adecuados a las necesidades y circunstancias propias que exige la jurisdicción penal militar.

Se creó, de otra parte, en desarrollo de la estructura de la justicia Penal Militar como dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, el Consejo Superior de la Justicia

Penal Militar, el cual asesora al Ministro de Defensa en todo lo relativo a esta, recomienda políticas, planes, programas y sistemas de evaluación con el propósito de hacer más eficiente la administración de justicia. Igualmente, se creó la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, que implementa las políticas y programas adoptados por el Ministro de Defensa en materia de administración de justicia.

1.3.10 Actuación de los organismos de control.

Adicionalmente, esta jurisdicción en Colombia esta sujeta al control de la Procuraduría General de la Nación, entidad que tiene la suprema dirección del Ministerio Público, encargada, entre otras funciones, de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. Esta entidad interviene en forma permanente, en cada una de las etapas de los procesos que cursan ante la Justicia Penal Militar, a través del Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y de los Procuradores Judiciales Penales ante la primera y segunda instancia de la jurisdicción castrense.

Estos últimos, - designados directamente por el Procurador General de la Nación - son parte de los procesos dentro de los cuales actúan, de suerte que pueden solicitar pruebas e impugnar las decisiones que se adopten, tal como puede hacerlo otro sujeto procesal. La intervención del Ministerio Público es garantía fundamental del derecho que tiene la sociedad a que se adelanten procesos justos contra los miembros de la Fuerza Pública que han incurrido en la comisión de un delito, y a que tal hecho sea efectivamente castigado.

Corresponde al agente del Ministerio Público en la organización de la Justicia Penal Militar como sujeto procesal, sin perjuicio de las demás que le correspondan en el ejercicio de la función de control, las siguientes:

- Garantizar que en todas las actuaciones se respeten los derechos humanos y el cumplimiento de las garantías del debido proceso.
- Velar porque en los casos de desistimiento, los sujetos procesales actúen libremente.
- Solicitar la cesación de procedimiento, cuando considere que se reúnen los presupuestos necesarios para adoptar esta decisión.
- Intervenir en todos los juzgamientos que se realicen en el proceso Penal Militar, para solicitar la absolución o condena de los procesados, según sea al caso.
- Vigilar el cumplimiento de las diversas obligaciones y condiciones impuestas por los jueces en los casos de otorgamiento de beneficios, excarcelaciones, subrogados, cauciones, presentaciones y demás compromisos.
- Controlar que se cumpla en todo momento con el principio general según el cual debe existir separación entre jurisdicción y comando para los jueces.
- Velar por la debida garantía a las víctimas, de su derecho de real acceso a la justicia.

- Solicitar la práctica de pruebas o aportarlas cuando sean pertinentes o conducentes.

En lo que atañe a la intervención del Ministerio Público en la Justicia Penal Militar, el caso de Colombia es excepcional en su entorno regional, por ejercerlo un organismo civil independiente.

En efecto, en países como Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, estas funciones de control y fiscalización las realizan fiscales militares, que son oficiales activos miembros de los cuerpos jurídicos militares u oficiales de armas. En ningún caso civiles.⁷

Por su parte, los fiscales y jueces militares, son responsables ante los mencionados organismos de control por todas sus actuaciones y decisiones, así mismo, son investigados y castigados por aquellas acciones que sean comprobadamente contrarias a las normas jurídicas que regulan la aplicación sustantiva de la Ley y la valoración probatoria contenida en los expedientes.

1.3.11 Aspectos procesales

En el nuevo código el proceso Penal Militar cumple desde su iniciación, con todas las exigencias constitucionales y legales, que en el sistema democrático colombiano implican garantías al debido proceso de los inculcados y una independencia

⁷ Unidad de Modernización Judicial de la Comisión Andina de Juristas, opus cit.

absoluta de los jueces y fiscales con respecto al poder legislativo y al ejecutivo.

Ante un hecho punible que tiene connotaciones penales, un juez penal militar abre una investigación preliminar para determinar si en la actuación de las tropas se ha cometido algún ilícito que pueda ser motivo de una investigación. Como resultado de esta primera indagación el asunto se archiva, si el juez no encuentra méritos, o de lo contrario se abre una investigación penal. Ante esta segunda eventualidad, el Juez Penal Militar determina la competencia, para lo cual hace un examen de las pruebas relacionadas con los hechos para establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su comisión. El Juez valora si en realidad los hechos se realizaron como consecuencia de una actuación propia de la misión de las fuerzas militares o de policía, es decir, si correspondieron a un acto del servicio. En caso de apreciar que el hecho corresponde a un acto del servicio, el juez asume la investigación, pues estaría en el ámbito de su competencia; en caso contrario, remitirá el caso a la justicia ordinaria.

Sin embargo, en el curso de este proceso pueden surgir colisiones de competencias, unas positivas y otras negativas. Positivas, cuando ambos jueces reclaman para sí la competencia, y negativas, cuando la rechazan. En estos casos, el expediente es enviado al Consejo Superior de la Judicatura, que es la autoridad competente para dirimir el conflicto de competencias. El Consejo remitirá, finalmente, el caso al juez penal militar o al juez ordinario, dependiendo de su apreciación de las pruebas.

También la parte civil del proceso puede reclamar la incompetencia del juez que esté conociendo el caso, pidiendo al juez que considera que tiene la competencia que

reclame para sí el proceso; también lo puede hacer el Ministerio Público. En ambas situaciones, el Consejo Superior de la Judicatura tendrá la última palabra.

La investigación preliminar se inicia cuando es necesario determinar si ha tenido ocurrencia el hecho denunciado a la autoridad y si está descrito en la ley como punible. En función de este resultado, el funcionario judicial procede entonces a abrir investigación por medio del auto cabeza de proceso o a proferir auto inhibitorio. En el primer caso el funcionario procede a llamar a indagatoria a quien, según las pruebas recogidas en el proceso, aparezca como presunto responsable.

De no lograr su comparecencia a la indagatoria, lo cita y emplaza, y mediante un auto interlocutorio lo declara persona ausente y le designa defensor de oficio. Después de realizada esta diligencia, el Juez de Instrucción procede a hacerle traslado al Fiscal Penal Militar para la calificación del expediente, quien puede o no enviarlo a juicio, al tener un análisis claro sobre si existe por lo menos la declaración de un testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves que puedan establecer la responsabilidad del procesado como autor o partícipe o si de lo contrario, no existe la prueba suficiente para proferir la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra y como consecuencia cesar el procedimiento.

En el primero de los casos, se integra el Consejo de Guerra, su Presidente inicia los debates orales correspondientes, de los cuales se elaboran actas escritas, y profiere sentencia en el curso de los ocho días siguientes a la terminación de las audiencias. La decisión de este tribunal tiene como segunda instancia el Tribunal Superior Militar, que conoce del proceso bien por la vía de la consulta o bien mediante el

recurso de apelación que ante él se interponga.

De igual manera, las sentencias proferidas en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar, y por aquellos delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad que exceda de ocho años o de manera excepcional, tienen una instancia superior ante una corte totalmente civil, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Las causales que puede alegar el recurrente en un proceso penal militar son, en general, las señaladas para los procesos penales ordinarios, es decir, la violación de una ley sustancial, la incongruencia de la sentencia con los cargos formulados o el proferimiento de la sentencia en un juicio viciado de nulidad. La existencia de este recurso en la Justicia Penal Militar y la calidad de las personas civiles encargados de decidirlo, garantizan la imparcialidad y la objetividad del juez en su decisión, criterios ya mencionados como fundamentales en el proceso penal militar, como lo son en todo proceso penal.

Las nuevas disposiciones legislativas en relación con la Justicia Penal Militar buscan fortalecerla y modernizarla para incrementar su eficacia y su bien ganada credibilidad ante la opinión, realizando ajustes y precisiones sobre algunos tópicos que habían sido objeto de debate público en el pasado.

1.4 ANÁLISIS DE LAS REFORMAS.

Estudiados los antecedentes, motivaciones y características de las reformas efectuadas a la jurisdicción Penal Militar, con la expedición de la ley 522 de 1999, podemos señalar, con base en los argumentos expuestos en el punto inmediatamente anterior, que la mayoría de las mismas, cumplen el propósito señalado por el Gobierno Nacional de adaptar la jurisdicción Penal militar a los principios fundamentales, sobre los que fue estructurada la constitución Política de 1991, así como ponerla a tono con los tratados internacionales suscritos por el Estado Colombiano en materia de Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, que por mandato constitucional prevalecen en el orden interno.

En este sentido, no se podría desconocer desde ningún punto de vista, que algunos de los cambios incorporados en el nuevo Código Penal Militar, tales como la consagración de la parte civil dentro de los procesos militares, la incorporación del sistema acusatorio, los cambios en la estructura de la jurisdicción Penal Militar, la separación de la línea de mando de la administración de justicia, la transformación del sistema de vocales a un sistema para el juzgamiento fundamentado en derecho y la incorporación de efectivos sistemas de control entre otros, constituyen un avance significativo hacia una justicia Militar más ágil, moderna y transparente, que sea reconocida por la opinión pública, Nacional e Internacional, como garantía de imparcialidad y no como fuente de impunidad.

Ahora, si bien es cierto que una buena parte de las reformas, pueden considerarse positivas para la institución militar, también existen algunas que han venido suscitando continuas polémicas y que fueron ampliamente discutidas por la comisión de redacción del nuevo código Penal Militar, sin que se llegara a un consenso

sobre las mismas, como son el caso del "Acto del servicio" y de la "Obediencia debida", donde los argumentos que se nos presentan son exclusivamente de orden jurídico, dejándose de lado la valoración de dichos conceptos como principios fundamentales de la profesión militar, lo cual evidentemente produce una desviación de tipo conceptual que en un momento dado, puede afectar directamente o indirectamente la disciplina y efectividad de las Fuerzas Militares.

Dado lo anterior y analizados en forma detenida los dos últimos temas señalados, podemos observar que ya frente a los mismos, se ha pronunciado la honorable Corte Constitucional, en varias de sus sentencias, que han servido como base de las reformas propuestas, sobre estos temas; sin embargo, es de anotar que mientras en el caso del "acto del servicio", los fallos de la corte Constitucional han sido tan puntuales, que no admiten interpretación diferente a la letra del propio fallo, en el caso de la "Obediencia debida", los criterios expuestos por la Honorable Corte Constitucional, a pesar de su claridad y objetividad, han venido siendo objeto de diferentes interpretaciones, que pueden causar confusiones, tanto al interior de los miembros de las Fuerzas militares, como de los profesionales del derecho que actúan dentro de la jurisdicción Penal Militar.

Debido a lo anterior, se decidió orientar la presente investigación, al estudio de la "Obediencia debida", desde sus orígenes, desarrollo histórico, fundamentos, marco conceptual, y debates alrededor de su ámbito de aplicación, con el fin de recopilar la información necesaria que nos permita juzgar con objetividad, si la interpretación que se le viene dando en la actualidad al principio de la "Obediencia debida" afecta

directa o indirectamente la disciplina y efectividad de las Fuerzas Militares, en cumplimiento de su misión Constitucional.

2. LA OBEDIENCIA DEBIDA, ORÍGENES Y DESARROLLO.

Indudablemente el primer paso para entender la dimensión que encierra el concepto de la "Obediencia debida", dentro de la profesión militar, es remontarnos a los orígenes y desarrollo del mismo a través de la historia, pues esto nos proporciona una visión más amplia del tema, permitiéndonos analizar en forma mas precisa y objetiva la importancia del mismo para una institución que como la militar, tiene como pilar fundamental de su existencia la disciplina, que a su vez se apoya en los principios de jerarquía, obediencia y subordinación.

Para explicar los orígenes de este principio, muchos autores se remontan a la antigüedad, donde las organizaciones sociales incipientes, encontraban en la "Autoridad", un principio fundamental de supervivencia y desarrollo del ente social, al no existir un ente político que regulara las relaciones entre el soberano y sus súbditos; de esta forma el poder y la autoridad eran propios del individuo y no de la colectividad, la orden del monarca debía ser obedecida sin lugar a dudas y todo lo que se opusiera a este principio de "Obediencia", era considerado delito.

Sin embargo, cabe anotar que en la mayoría de las oportunidades, quien detentaba el poder era reconocido por el resto del clan, horda o tribu, como el más capaz entre todos ellos y por esto no se cuestionaba sus mandatos, pues se tenía, sino la

seguridad, si por lo menos la creencia, que sus decisiones serían las mejores y por tanto se seguían sin vacilación.

La evolución de la autoridad y el poder van del patriarcado familiar a la aristocracia y a la monarquía ⁸ y debido a la carencia de un instrumento político, que determine los límites dentro de los cuales debe moverse dicha autoridad, esta domina sobre el individuo y la sociedad, anteponiéndose entonces el culto a la autoridad sobre cualquier otro valor, lo que hace surgir consecuentemente la “obediencia” como un valor fundamental dentro de dichas organizaciones sociales, primitivas y contemporáneas.

Al transcurrir el tiempo, sin embargo, empiezan a desarrollarse y consolidarse organizaciones sociales regidas por principios concertados entre los mismos miembros del sistema, que dan origen a los sistemas constitucionales actuales, donde el principio de autoridad pasa a subordinarse al principio de Justicia, estableciéndose un preciso marco referencial para el ejercicio del poder; en esta forma pierde la “autoridad”, su carácter totalitario y el principio de obediencia, pasa de lo que podría calificarse como obediencia absoluta a una obediencia racional, es decir, una obediencia que responde más al principio de Justicia, que al de autoridad.

Pese a lo anterior, las organizaciones militares aunque sufrieron los impactos transformadores de las diferentes etapas históricas de la humanidad, conservaron el principio de “la obediencia”, como un valor fundamental e irremplazable, para la

⁸ Platón, Las Leyes, Ob. Ct. Pág.56

existencia y desarrollo de la fuerza Militar, teniendo lo anterior su explicación en dos aspectos fundamentales: El primero relacionado con la confianza que inspiraban la preparación, experiencia e idoneidad de los jefes militares, que eran escogidos entre los mejores de su grupo social, lo que daba por descontado que las órdenes emitidas por estos, si eran correctamente ejecutadas, llevarían a la Fuerza Militar a la victoria y por tanto debían ser cumplidas por sus subordinados sin vacilación alguna, reconociéndose el principio de autoridad de quien ejercía el mando, mediante el cumplimiento exacto de sus mandatos, y en segundo término por la necesidad de vencer entre los integrantes de la Fuerza Militar, su natural temor frente a la muerte y frente a otras situaciones de riesgo, que necesariamente se enfrentan en la guerra, generando una coerción tan grande, que impusiera a los hombres un temor superior al de la misma muerte.

Un ejemplo clásico de la importancia que daban los antiguos al concepto de obediencia y de autoridad, dentro de la Fuerza Militar, lo encontramos en un pasaje de una de las obras clásicas de la literatura militar "El arte de la Guerra", de Sun Tzu, escrita hacia el año 380 A.C.; en ella se narra lo sucedido cuando Ho Lu, rey de Wu, pidió a Sun Tzu, una pequeña demostración práctica de las teorías planteadas por este último en su obra, pidiéndole expresamente que utilizara mujeres para tal demostración; Sun Tzu accede a la demostración organizando las mujeres en dos compañías y colocando al mando de las mismas a las dos concubinas preferidas del rey WU. En esta forma Sun Tzu inicia el adiestramiento de las mismas y cuando considera que todo ha sido perfectamente entendido, ordena al verdugo preparar las armas y procede a ordenar un giro a la derecha, ante lo cual las mujeres prorrumpen en risas; después de explicar nuevamente las órdenes y

dar las instrucciones precisas, ordena a las mujeres girar a la izquierda y nuevamente las mujeres prorrumpen en risas; ante dicha situación Sun Tzu se expresa así: "Si las instrucciones no están claras, si las órdenes no han sido explicadas, tiene la culpa el Comandante. Pero si las instrucciones han sido explicadas y las órdenes no se ejecutan de acuerdo con la ley militar, los Oficiales han incurrido en crimen", y acto seguido ordena decapitar a las mujeres que habían sido nombradas como capitanes de las compañías, nombrando en su lugar a las dos que ocupaban el grado inmediatamente inferior; Después de esto dio de nuevo la señal con el tambor y las mujeres giraron a la derecha y a la izquierda, de frente y de espaldas; se pusieron de rodillas y se levantaron todas exactamente como lo exigía el ejercicio impuesto. No se atrevieron a hacer el más mínimo ruido."

Este ejemplo que lleva hasta el extremo los conceptos de obediencia y autoridad, es el mismo concepto que desarrollaron a través de la historia las organizaciones de tipo militar, de casi todo el mundo, las cuales fueron adaptándolo al devenir histórico de la humanidad, transformando y racionalizando las sanciones que se imponían a quienes incurrían en estas conductas, pero conservando la gravedad del hecho como factor de extrema perturbación dentro de la organización militar.

2.1 LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO FUNDAMENTO DE LA PROFESIÓN MILITAR

Dentro de la organización militar, como en cualquier organización humana, que

tiene una misión determinada, existe una autoridad encargada de instruir, dirigir y mandar como cabeza de la Comunidad y un cuerpo de la misma que recibe la instrucción, esta subordinado y obedece las órdenes. "La perfecta armonía entre los Comandos que tienen autoridad y los Subordinados que deben acatarla, no se improvisa, es necesario establecerla mediante la disciplina, y esta, a su vez, solo se obtiene mediante una correcta formación militar." ⁹

" El entrenamiento Militar básico cumple diversas funciones administrativas y sustantivas que contribuyen al propósito crucial de transformar a los civiles en miembros útiles de las Fuerzas Militares, y uno de los aspectos vitales que el adiestrado aprende es que debe obedecer las órdenes, normas y reglamentos; esto se consigue a menudo enfatizando el principio inverso de que es imprudente desobedecer. Pero la lección se transmite con eficacia. Los principios de deber, lealtad y responsabilidad, en todos los cuales entra un alto componente de obediencia, suelen defenderse como la mas alta de las virtudes militares profesionales" ¹⁰. La "obediencia debida", entonces hace referencia directa a la disciplina militar, a la imposibilidad del subalterno de cuestionar las órdenes del superior, por la necesidad de mantener la integridad y fortaleza física, moral y espiritual de la organización militar. Esta es la norma básica donde tiene toda su expresión la disciplina militar que encierra en conjunto los deberes y obligaciones castrenses, imprescindibles para la existencia de las instituciones armadas.

⁹ DIRECCIÓN DE INSTRUCCIÓN Y ENTRENAMIENTO DEL EJERCITO, Programa de Instrucción de primera Fase, Bogotá, Imprenta del Ejército, 1984, Programa de régimen disciplinario Pág.6.

¹⁰ PHILIP A. JONSON, Ética Militar, Buenos Aires, Editorial Suramérica, Segunda Edición, Diciembre de 1988, Pág.123

Como lo señala el señor Mayor General José Roberto Ibáñez Sánchez, En su obra *Democracia, seguridad y Fuerza Pública*, "La educación del que comanda gente de armas es excepcional, como lo es en menor grado la del Soldado; nada de lo que ocurra en las Unidades militares deja de tener sentido; todo es preparación constante para el minuto de riesgo y de muerte; en cambio, la educación de los paisanos es para la paz, es el disentimiento, la controversia, el trabajo sin riesgo y no es tan necesaria una disciplina tan rígida. Obedecer es fundamentalmente básico, insustituible en la organización armada, porque cuando se está ante la muerte o en la batalla, discutir es perder la empresa."

La guerra, aunque ha sido una constante en la historia de la humanidad, no deja por ello de tener condiciones especiales donde la victoria depende de la explotación de una serie de factores materiales y psicológicos, que implican al Soldado toda suerte de privaciones y sacrificios, que solo son superados a través de una férrea disciplina, cuyo mayor valor es la obediencia, ya que nunca se podría lograr el éxito, si todos nuestros hombres tuvieran la discrecionalidad de cuestionar las órdenes del superior; Las actividades propias de la profesión militar donde los errores se pagan con vidas humanas, requieren que las órdenes se cumplan con exactitud y sin vacilación.

Esta es la razón por la cual el artículo 91 de la constitución política en su inciso segundo, hace una excepción sobre el principio general de la responsabilidad frente a las órdenes, señalando que para el caso de los Militares, "la responsabilidad por las consecuencias de la orden recae en quien la emite y no en quien la ejecuta".

En desarrollo de este precepto Constitucional, la doctrina jurídica

señala que la aplicación del principio de la "obediencia", como eximente de responsabilidad requiere que se cumplan varios requisitos: En primer lugar, que exista una relación jerárquica y de subordinación entre el superior que da la orden y el subalterno que debe cumplirla, relación que implica mando directo, lo cual solo es posible entre militares en servicio activo. En segundo lugar, la orden debe ser emitida dentro del marco de las atribuciones del superior y de las obligaciones del subalterno y en caso dado debe revestirse de formalidades legales, y en tercer lugar que la orden no vulnere en forma injusta, el marco legal y Constitucional del Estado.

Por esto, como producto de una visión ecléctica de los enfoques jurídico y castrense antes expuestos, el antiguo reglamento de régimen disciplinario (Decreto 085 de 1989), señalaba en su artículo Nro. 15, que cuando un subalterno apreciara que del contenido de la orden recibida podía derivarse un hecho ilícito, debía advertirlo al superior, pero si este insistía, debía reclamarle la orden por escrito y cumplirla una vez llena esta formalidad.

Lo anterior no significaba en ningún momento "obediencia ciega", como muchos juristas han querido interpretarlo, básicamente lo que sucede es que en una organización perfectamente jerarquizada como la militar, donde se supone que los cargos de mando son desempeñados por personas idóneas, que han accedido a grados superiores con base en sus méritos profesionales y personales y su probada entereza moral, la mayor competencia y conocimiento del superior se da por cierta, ante lo que el subalterno se siente en la obligación profesional de cumplir la orden emitida.

Por todo esto, el análisis del principio de la "obediencia debida", no puede quedar en manos de personas, sin ninguna formación castrense, ya que por mas dedicación y deseos de acertar que demuestren en su labor, pueden incurrir en el error de juzgar los hechos, como se presentarían en la vida del ciudadano normal, sin comprender lo que en su época advirtiera el señor expresidente Alberto Lleras Camargo, en conferencia magistral llevada cabo en el teatro patria de Bogotá, ante la oficialidad del Ejército, cuando se iniciaba el Frente Nacional: " Obedecer es fundamentalmente básico, insustituible en la Unidad armada, porque cuando se está ante la muerte o en la batalla, discutir es perder la empresa".

2.2 DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LA OBEDIENCIA DEBIDA EN COLOMBIA

La "obediencia debida", como fundamento básico de la profesión militar, profundamente ligada al concepto de la "no deliberancia", se ha desarrollado en nuestro país, desde los mismos orígenes de la organización militar, siendo así que desde la misma época del grito de la independencia, cuando se realizaban los primeros intentos por afianzar la emancipación de nuestro país del poderío Español y asegurar vida propia a la naciente república, mediante la expedición de las primeras Constituciones, el principio de la "Obediencia debida"; fue incluido en todas aquellas que alcanzaron, cierto grado de resonancia; algunos ejemplos de dichas Constituciones son la de Cundinamarca, promulgada el 4 de Abril de 1811, que en su título IX, que trata "De la Fuerza Armada", numeral 9, señala:

"La fuerza armada es esencialmente obediente, y por ningún caso tiene derecho de deliberar, sino que siempre debe estar sumisa a las órdenes de sus jefes"; la de Tunja, promulgada el 9 de Diciembre de 1811, que en su Capítulo VI, Sección Quinta, de la Fuerza Armada, numeral 6, señala: *"La fuerza armada es esencialmente obediente y en ningún caso debe deliberar por sí, sino obedecer a las órdenes de los jefes establecidos por la Constitución."* Y la de Antioquia, promulgada el 3 de Mayo de 1812, que en su Título VIII, De la Fuerza Armada, numeral 2, señala: *"La Fuerza Armada es esencialmente obediente: en ningún caso tiene derecho para deliberar, pues siempre debe estar sumisa a las órdenes de sus jefes".*

Continuando con el desarrollo del principio de la "Obediencia debida", la llamada representación nacional del Estado de Cundinamarca, reforma la primitiva Constitución, promulgándose una nueva el 7 de Abril de 1812, en donde incorpora en su título VIII, de la Fuerza Armada, numerales 18 y 19, un concepto muy avanzado alrededor de la "Obediencia debida", pues crea Constitucionalmente por primera vez el deber de los superiores a emitir órdenes ajustadas a la ley, cuando señala: Numeral 18. *"La Fuerza Armada es esencialmente obediente y en ningún caso tiene derecho de deliberar, sino que siempre debe estar sumisa a órdenes de sus jefes, los que mandarán conforme a ordenanza"* y el derecho a la replica, frente a lo que pueda considerarse una orden ilegal, cuando señala: numeral 19. *"Si alguna vez las órdenes de los jefes se opusieren a la ordenanza general y a los reglamentos o a algún artículo de la Constitución, los inmediatos a quienes dichas órdenes fueran comunicadas representarán primero verbalmente la inconveniencia de su cumplimiento, y si no desistieren lo ejecutarán por escrito*

respetuosamente, pasando copia de lo representado al jefe inmediato del que ha expedido la orden, hasta hacerlo en el supremo consejo de guerra, si hubiese dimanado del inspector o Comandante general de armas”.

Dado lo anterior podríamos decir que los artículos en mención, presentan por primera vez el principio de “Obediencia debida”, entendido en el ámbito de una “Obediencia racional” que ha trascendido hasta nuestros tiempos y que se opone en forma clara a la analogía que hacen de ese principio, algunos de nuestros juristas, con un concepto de “obediencia ciega o absoluta”, que hierne gravemente la esencia de este principio fundamental de la profesión militar.

La constitución promulgada el 6 de Octubre de 1821, que es considerada la primera, de la república de Colombia, curiosamente no incorpora en su texto, el concepto de obediencia debida, que como vimos ya había sido incorporado con anterioridad, en las Constituciones de varias provincias, sin embargo vuelve aparecer este concepto como norma Constitucional, en la Constitución del 5 de Mayo de 1830, en su título VIII, De la Fuerza Armada, que señala en su artículo 105: *“La Fuerza Armada no podrá reunirse jamás como tal para deliberar. Ella es esencialmente obediente a la autoridad constituida y a sus jefes, conforme a las leyes y las ordenanzas.”*; el cual fue ratificado al disolverse la gran Colombia, en la Constitución de la naciente Nueva Granada, del 8 de Marzo de 1832, que en su título IX, De la Fuerza Armada, artículo 169 establecía: *“La Fuerza Armada es esencialmente obediente, ella no tiene facultad para deliberar.”*

La Constitución de 1886, hasta la fecha, la más duradera en la historia de

nuestro país, también incorporó en su texto el concepto de la obediencia debida en su Título XVI, De la Fuerza Pública, artículo 168: *“La fuerza armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones, sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y la moralidad del Ejército y con arreglo a las leyes de este instituto.”*, siendo la primera en consagrar taxativamente, el mandato superior como eximente de responsabilidad, en su título III, De los derechos y garantías sociales, artículo 21, donde señala: *“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. Los militares en servicio activo, quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.”*

Finalmente la Constitución Política de 1991, que es la que actualmente rige los destinos de nuestro país, ratificó en su artículo 91, el principio de la “Obediencia debida”, transcribiendo textualmente el texto del artículo 21 de la Constitución de 1886, así: *“En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato del superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta... Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”*.

Es así, como después de este rápido recorrido por la historia constitucional Colombiana, queda demostrado que el principio de la “Obediencia debida”, ha sido considerado a través de los tiempos, un fundamento imprescindible para la conservación de la disciplina militar y consecuentemente para la efectividad

de la Fuerza Militar, por lo que se le ha otorgado permanentemente el alcance de norma Constitucional.

Hoy sin embargo, hay quienes consideran, que este fundamento de la profesión militar, debe ser interpretado de manera diferente, a pesar de la traducción literal que se hace del mismo de la Constitución de 1886 a la Constitución de 1991, basándose mas en cuestiones de carácter político y en supuestos que toman como base la excepción y no la norma general, deformando el concepto y colocando en grave riesgo la disciplina militar y la efectividad de la fuerza.

2.3 RESPUESTA A ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Como ya se ha repetido en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, la "obediencia debida", constituye uno de los principios fundamentales de la organización militar, sobre el cual se apoyan otros tan importantes como la disciplina, que constituye, como se señala en la definición de este concepto, "La condición esencial para el funcionamiento de toda fuerza Militar"; sin embargo y a pesar de la importancia que tiene para la organización militar la aplicación de este principio, es preocupante descubrir que en la actualidad, no se encuentra un solo libro que explique los orígenes, desarrollo, fundamentos y ámbito de aplicación de este principio desde el punto de vista militar, ya que curiosamente todos los textos encontrados sobre el tema, tienen un enfoque exclusivamente jurídico, que

no toma en cuenta en ningún momento, fundamentos de la profesión militar, íntimamente ligados a este principio.

Lo anterior ocasiona evidentemente, que cuando se requiere, ya sea por parte de un profesional de las armas o de un particular, ahondar en el tema de la "Obediencia debida", solo sea posible acceder a este conocimiento, mediante el estudio del enfoque exclusivamente jurídico del tema, lo que obviamente desemboca en interpretaciones parciales de este concepto, que incluso llegan a cuestionar la importancia del mismo para la organización militar.

Debido a lo anterior, a continuación se presentan una serie de preguntas y respuestas, sobre el tema de la "Obediencia debida", que constituyen una recopilación de conceptos, entregados por varios señores Oficiales, en uso de buen retiro, que dada su brillante trayectoria y conocidas ejecutorias a lo largo de su servicio bajo banderas y a los destacados cargos que hoy ocupan, fueron consultados en su calidad de "expertos en el tema", para mediante un ejercicio ecléctico, consolidar los más importantes conceptos que tienen que ver con la "Obediencia debida", vista desde el punto de vista militar, como principio fundamental de nuestra organización, los cuales se pueden resumir de la siguiente forma:

2.3.1 ¿Qué se entiende dentro de la organización militar por "Obediencia debida?"

Podemos definir como "obediencia debida", aquella obediencia que es

obligatoria para quien la recibe, porque se desprende del mandato legítimo, emitido por un superior competente, con las formalidades legales necesarias; por lo tanto al hablar de "obediencia debida", estamos hablando de la obediencia que se "debe" en razón del mandato que cumple las características descritas, excluyéndose de dicha obligación, aquellos mandatos que no se den dentro de este marco de referencia, o que no cumplen las características allí señaladas; es decir la obediencia debida es aquella obligación que se debe a un superior conforme a la ley y por tanto el deber de obediencia inherente a la subordinación jerárquica, tiene su explicación lógica en la presunción de que la voluntad del superior es expresión de la voluntad de la ley.

Sobre el particular señala el Señor Brigadier General ® ADOLFO CLAVIJO ARDILA, que la "obediencia debida" es un instrumento fundamental de la disciplina militar y del sistema muy particular que rige la institución militar, que busca entre otras cosas precisión, rapidez y seguridad en los procedimientos, especialmente en lo relacionado con las órdenes. Sobre este último punto se supone que una orden emitida por un superior, siempre estará enmarcada dentro de los principios de moral y ética, y sustentada por los principios y valores institucionales requeridos para el cumplimiento de cualquier tipo de misión. Siendo así, la orden tiene todo el valor agregado que requiere, y para darla se han configurado muchos aspectos, por lo que no cabe de ninguna manera, circunstancias que lleven al subalterno a dudar sobre su cumplimiento o a considerarla lesiva de alguna forma.

2.3.2 ¿Cuales son los orígenes de la "Obediencia debida" como principio fundamental de la profesión militar?.

Es difícil establecer con precisión, un tiempo o espacio preciso, que pueda

señalar el nacimiento de la obediencia debida, como principio fundamental de la profesión militar; sin embargo, lo que sí puede afirmarse sin riesgo de error, fue que constituyó el fundamento de las más primitivas organizaciones militares desde la antigüedad, y se ha mantenido hasta nuestros días por la imperiosa necesidad de mantener una estricta disciplina y unos canales perfectamente claros entre el superior y el subalterno en una institución que por naturaleza tiende a ser absolutamente jerarquizada.

El señor Brigadier General ® CARLOS LEONGOMEZ MATEUS, resalta que el principio de obediencia debida, sin embargo no fue exclusivo a través de la historia de las organizaciones militares, sino que ha sido aplicado, con sus pertinentes modificaciones, a todas las organizaciones jerarquizadas en el mundo, donde si bien es cierto, debido a su propia naturaleza, las relaciones entre jefes y subordinados, no son tan tajantes como en la organización militar, en sentido general se aplica el espíritu de este principio militar por excelencia.

El Señor Coronel ® HERNAN CONTRERAS PEÑA, agrega de otra parte, que la "obediencia debida", como principio fundamental de la profesión militar tiene sus orígenes conceptuales, en aspectos tan importantes como el entendido claro del concepto de disciplina militar, el cumplimiento de las órdenes que contengan los elementos de claridad, precisión, sencillez, sustento lógico y oportunidad, además de la presunción de buena fe, que debe existir por parte del subalterno hacia el superior.

2.3.3 ¿Cuál es la importancia de la "Obediencia debida", dentro de la institución militar?

La obediencia debida es de vital importancia para la organización militar, debido a las situaciones especiales que tiene que enfrentar la misma, en cumplimiento de su misión Constitucional; toda organización militar, tiene como función primordial preparar hombres para la guerra y es por esto que el tipo de formación del profesional militar difiere profundamente de la preparación que recibe un ciudadano normal, siendo evidente a simple vista, que los ambientes en los que cada uno desarrolla su trabajo son bien distintos y por tanto debe ser distinta su preparación.

El ciudadano común se prepara para desarrollar su trabajo en un entorno seguro, mientras que el militar es el encargado de brindar esa seguridad, a costa de la suya propia, para lo que debe enfrentarse a situaciones permanentemente cambiantes, ante las cuales sus respuestas deben ser acertadas, pero al mismo tiempo oportunas; debido a lo anterior, la mayor parte de la preparación del militar – el oficial especialmente – está orientada a la toma de decisiones acertadas en forma rápida y bajo permanente presión; sin embargo debido a la preparación especial y a las condiciones personales que dicho entrenamiento requiere, sería imposible para la organización militar preparar a todos sus hombres de igual manera; de modo que se termina preparando a determinados individuos, que son destinados a cargos de Comando, donde dada su preparación, su función principal será la de dirigir, conducir, mandar y organizar su unidad compuesta por hombres, que por su propio bienestar, seguridad y supervivencia, deben seguir sin vacilar sus mandatos, para garantizar el cumplimiento de la misión asignada.

En esto básicamente radica la importancia de la "obediencia debida",

dentro de la institución militar, pues así como no se permite al enfermero o al instrumentista de un equipo médico, dar recomendaciones o cuestionar las instrucciones del cirujano cardiovascular, cuando se atiende una emergencia, tampoco es dado al subalterno, la facultad de cuestionar las órdenes de un Comandante, que ha sido debidamente preparado por el sistema, para enfrentar situaciones críticas, tomando siempre la mejor opción.

Obedecer dentro de la organización militar, salva vidas, reduce esfuerzos y le permite a las tropas avanzar hacia una victoria segura, pues así como de una parte se entrena a unos individuos para dar órdenes, también se entrena a otros para seguirlas sin cuestionar las mismas.

Anota el señor Coronel ® HERNAN CONTRERAS PEÑA, sobre el particular, que la importancia de este principio fundamental de la profesión militar, radica en la necesidad de salvaguardar los altísimos intereses de la nación puestos bajo responsabilidad de las Fuerzas militares, como son la supervivencia, la soberanía, el orden Constitucional, la integridad territorial y la independencia Nacional.

Así mismo, señala el señor Mayor General ® JUAN SALCEDO LORA, que la obediencia es uno de los pilares fundamentales de la estructura militar que constituye la base de la disciplina y sin tal condición sería imposible llevar los hombres a la guerra.

2.3.4 ¿ Por qué razón, dentro de la institución militar, la responsabilidad de las consecuencias de las órdenes, siempre y cuando estas no sean

abiertamente ilegales, recaen en el superior que las emite y no en el subalterno que las ejecuta? (Art. 91 C.P., art. 31, Dec 1797/2000 Reg. Reg. Disc. Para las FF.MM.)

Retomando los argumentos expresados en el punto anterior, debemos concluir que si la organización militar prepara a unos individuos para dar órdenes y a otros individuos para ejecutar las mismas, es apenas lógico que la responsabilidad de las consecuencias de una orden, recaiga en quien emite la misma y no en quien la cumple, siempre y cuando este último se haya ajustado a las instrucciones señaladas por quien emite la orden. Así como el maestro de construcción no es responsable por levantar una pared, basada en un plano equivocado entregado por el arquitecto de una obra, tampoco el subalterno será responsable por ejecutar una orden que no sea manifiestamente ilegal, pues así como el maestro de construcción no tiene la facultad para cuestionar o modificar el plano diseñado por el arquitecto, pues se parte del principio que el mismo está bien hecho, tampoco el subalterno tiene ni la información ni, el tiempo disponible para modificar las órdenes o determinar si del cumplimiento de las mismas puede derivarse un acto ilícito, ya que el mismo se respalda en la firme convicción que los mandatos de su superior se ajustan a la ley.

2.3.5 ¿ Por qué razón dentro de las Fuerzas Militares, es considerada como una falta, la demanda de explicaciones al superior sobre el fundamento de las ordenes emitidas? (Decreto 85 de 1989, tercera parte, capítulo II, sección “D”, literal “d”, y Decreto 1797 de 2000, artículo 58, numeral “26”.)

En respuesta a esta pregunta señala el señor Coronel ® HERNAN CONTRERAS PEÑA, que lo anterior se debe a que precisamente la obediencia jerárquica en la institución militar implica autoridad y deber de acatamiento, sustentándose en los principios de idoneidad y buena fe y en virtudes como la lealtad y la responsabilidad.

Igualmente se entiende dicho precepto, como una herramienta coercitiva que no permite al subalterno perder tiempo, demandando explicaciones sobre motivaciones que no le corresponde conocer a su nivel, o para cuyo análisis no cuenta con la información necesaria.

De otra parte podríamos volver al ejemplo del instrumentista, que solicita al cirujano explicaciones sobre el fundamento de un procedimiento ordenado en el quirófano, donde como en la guerra, cualquier duda o demora puede pagarse con vidas humanas; en ese evento esa demanda de explicaciones no sería procedente y solo causaría confusión y pérdida de tiempo, como en efecto ocurre, cuando se presenta una situación de estas dentro de la organización militar.

Además de lo anterior y en orden a que realmente la orden tenga la fuerza vinculante que le corresponde, la misma debe ser tan lógica, clara, precisa, concisa y oportuna, además de legítima, que no admita duda o controversia por parte de quien la recibe.

2.3.6 ¿Existe alguna diferencia entre “Obediencia debida” y “Obediencia ciega?”, por favor explique su respuesta.

En efecto existe una diferencia enorme entre estos dos conceptos, pues de una parte como ya se explicó en la respuesta al primer interrogante, la "Obediencia debida", es la que obliga por ley a un subalterno, frente a un mandato legítimo, emitido por autoridad competente y observando las formalidades legales correspondientes, mientras que la "Obediencia ciega", se refiere al cumplimiento de cualquier tipo de mandato, sea el mismo vinculante o no, sin medir las consecuencias que de la misma se deriven, por lo que en este caso la responsabilidad recae no solamente en quien emite la orden sino en quien la ejecuta.

Anota el señor Mayor general ® JUAN SALCEDO LORA, que la "obediencia ciega" no existe como virtud, exigencia o deber militar, sino que la misma está solamente en la mentalidad de ciertos elementos disociadores incrustados en algunas ONG, que quieren romper la estructura militar lesionando la disciplina, y la obediencia debida o cumplimiento cabal de las órdenes.

Igualmente señala el señor Coronel ® HERNAN CONTRERAS PEÑA, que la obediencia debida tiene sustento legal y constitucional, en virtud de las misiones que cumplen los miembros de la Fuerza Militar, y por tanto el subalterno que recibe una orden superior, está en la plena convicción que actúa en cumplimiento de un deber legal; mientras que la denominada "Obediencia ciega" no se da en nuestro ordenamiento militar, pues si el subalterno evidencia que la orden recibida es una clara flagrancia de la ley natural, está no solo en el derecho sino en el deber legal de no cumplirla y de hacerlo deberá responder por su acción u omisión.

2.3.7 ¿Ha significado alguna vez dentro de nuestra organización militar, “obediencia ciega” la “obediencia debida?”

En respuesta a la pregunta anterior, señala el señor Mayor General ® JUAN SALCEDO LORA, que el ámbito natural de la disciplina de las Fuerzas Militares de Colombia nunca tuvo este tipo de parpadeos. El viejo refrán de que “las órdenes se cumplen o la milicia se acaba”, era un simple “recorderis” de la importancia del cumplimiento de las órdenes, pero también es cierto que se predicaba la Obediencia debida con tal fuerza y sentido ético, que perfectamente el subalterno podía cumplir las órdenes sin vacilar, con la absoluta garantía que los mandatos que se le entregaban, no podrían ser jamás ilegales o ir en contra de la naturaleza misma de la institución militar; sin embargo, en la práctica, tanto en los reglamentos disciplinarios y los códigos penales se contemplaba la posibilidad que tenía el subalterno de solicitar la orden por escrito cuando consideraba que podía contener visos de ilegalidad en su ejecución o en sus resultados.

Anota por su parte el señor Coronel HERNAN CONTRERAS PEÑA, que lo anterior nunca llegó a presentarse, pues habría implicado una grave violación a la dignidad humana pretender que los subalternos a quienes se impartían las órdenes eran individuos irracionales.

Finalmente señala el señor Brigadier General ® CARLOS LEONGOMEZ MATEUS, que el militar moderno se ha caracterizado por su buen juicio, capacidad de análisis y probada responsabilidad, cualidades que naturalmente van en contra de una interpretación absoluta del concepto de “obediencia”, que hasta la fecha no se

ha dado dentro de nuestra organización militar.

2.3.8 ¿Debe el Subalterno “reflexionar” sobre la legitimidad o ilegitimidad de una orden recibida, cuando la misma no es evidentemente ilegal? .

La organización Militar en nuestro país, ha aplicado en toda su dimensión el principio de “Obediencia debida”, que como ya se manifestó anteriormente, no impone en ningún momento una “obediencia ciega o absoluta”, por tanto el Subalterno no solo tiene el derecho, sino la obligación de no cumplir las órdenes que sean ilegales de un modo manifiesto; sin embargo, en este sentido se debe entender, como “manifiestamente ilegal”, aquella orden cuya ilegalidad salta a la vista, es decir, la que por simple sentido común, sin requerir de un análisis especial, es catalogada como ilegal, como podría ser el hecho de ordenar en un combate “no dejar supervivientes” u ordenar infligir torturas a un individuo capturado “para obtener información”, o actos tan aberrantes como asesinar al personal capturado, violar a las mujeres, saquear una propiedad, etc.; Es claro que los actos antes mencionados no requieren siquiera de análisis, pues su ilegalidad es palpable.

De otra parte, debemos recordar que la organización militar, está basada en principios como la disciplina y la jerarquía, que imponen al superior el deber de emitir órdenes legítimas, lógicas, claras, precisas, concisas y oportunas y al subalterno el deber de cumplir las mismas en el tiempo, modo y lugar que se le ordenan; dado lo anterior, el hecho de “reflexionar” sobre la legitimidad o ilegitimidad de una orden, que no sea manifiestamente ilegal, no es conducente, pues dentro de la organización militar, el subalterno parte del hecho de la legalidad de la orden

superior, es decir, parte del hecho que las ordenes emitidas por su superior, - cuando repetimos "no son estas manifiestamente ilegales" – se ajustan a la ley en todo su contenido, dándose en esta forma la agilidad, flexibilidad y efectividad, que requiere la organización militar.

Señala igualmente el señor Mayor General ® JUAN SALCEDO LORA, a manera de conclusión sobre este punto, que si se dejara al subalterno la alternativa de analizar la licitud o ilicitud de la orden que recibe, toda acción u operación de urgencia que demandara una ejecución instantánea se iría al traste.

Sobre el particular, el señor Mayor General ® JUAN SALCEDO LORA, nos hace ver, que quienes señalan como positivo este tipo de "Obediencia reflexiva" respecto de todo tipo de órdenes, jamás han tenido entre sus responsabilidades, el exigir el cumplimiento de órdenes imperativas y de extrema urgencia y para fundamentar lo anterior, señala la situación hipotética de un piloto militar que recibe la orden de destruir un avión comercial, que en manos de terroristas es dirigido contra edificios masivamente habitados de la ciudad, preguntándose si es viable para este piloto militar que carece de argumentos o de la información necesaria para reflexionar sobre esta orden, aplicar la "obediencia reflexiva, o si cuando en el normal discurrir de las operaciones militares, el Teniente comandante de un pelotón de morteros, recibe la orden de abrir fuego contra objetivos sobre los cuales no tiene observación directa, sería conducente que el oficial "reflexionara" sobre la legitimidad de esta orden, con el argumento que cabría la posibilidad remota, que sobre el blanco a donde debe dirigir sus fuegos, no se encuentre el enemigo, sino un grupo de particulares.

2.3.9 ¿Qué consecuencias positivas o negativas, puede traer para la institución militar, la implementación de la denominada “Obediencia reflexiva?”

El Señor Brigadier general CARLOS LEONGOMEZ MATEUS, señala que cuando las ordenes son lógicas, claras, precisas, concisas y oportunas, además de legítimas, no hay lugar a que se predique una “Obediencia reflexiva”, pues es imperativo que las mismas se cumplan en el tiempo, modo y lugar que ha sido señalado, ya que cualquier cuestionamiento por parte del subalterno a este tipo de órdenes, no se podría considerar en ningún momento como “Obediencia reflexiva”, sino como una marcada insubordinación, que afecta directamente la disciplina de la organización Militar.

Por su parte señala el señor Mayor General ® JUAN SALCEDO LORA, que la implementación de una “Obediencia reflexiva”, para las Fuerzas Militares, causaría entre otras cosas retardo en el cumplimiento de las órdenes, expedientes disciplinarios y penales por incumplimiento de órdenes, serios fracasos en el desarrollo de operaciones militares, serios problemas en el cumplimiento de sus misiones y más sanciones por omisión entre otras.

En conclusión podemos señalar que no es la “Obediencia reflexiva”, la que debe señalarse como principio de aplicación dentro de la organización Militar, sino la “Obediencia racional”, que es la misma “Obediencia debida”, interpretada, como siempre ha sucedido dentro de nuestras Fuerzas Militares, de manera “absoluta” solo frente a mandatos legítimos, lógicos, claros, precisos, concisos y oportunos

y "relativa", solo frente a órdenes abierta, clara o evidentemente ilegales.

2.3.10 ¿Qué motivos originaron la reforma del Código Penal Militar?

Como ya se ha señalado anteriormente, las razones que se esgrimieron para conducir la reforma al Código Penal Militar, fueron entre otras establecer condiciones que garantizaran y promovieran una mayor legitimidad de la justicia penal militar, al igual que su fortalecimiento y modernización, corregir algunas deficiencias de la jurisdicción Penal Militar, que perjudicaban la legitimidad de la misma frente a la opinión pública Nacional e Internacional y obviamente adaptar esta jurisdicción a los nuevos principios y postulados desarrollados en la Constitución de 1991, consolidándola como un eficiente instrumento de investigación y punición de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio".

Pese a los anteriores argumentos, el señor Mayor General ® JUAN SALCEDO LORA, advierte que Independientemente de la necesidad de actualizar el Código penal Militar para ponerlo a tono con la nueva Constitución y el Código Penal Común (que no había sido aún actualizado), había un afán de la izquierda internacional, representada en ciertas organizaciones no gubernamentales, y de la cátedra colombiana politizada y empeñada en crear cortapisas a la institución militar para maniatarla a través de reformas inconvenientes, haciendo aparecer la jurisdicción Penal Militar, ante la opinión pública Nacional e Internacional, como una fuente de impunidad, que habría de transformarse, en aras de su propia existencia y en beneficio de la organización militar.

Dados los conceptos encontrados, que acabamos de señalar, sobre los motivos que se argumentaron para posibilitar la redacción de un nuevo Código Penal Militar, podemos concluir, que si bien la mayoría de las reformas que se realizaron, hasta el momento no han causado un serio impacto negativo sobre la organización militar en nuestro país, es nuestro deber como profesionales de las armas, estudiar y analizar detalladamente las mismas, como en este caso particular se viene haciendo con el caso de la "Obediencia debida", para medir el impacto que actualmente o a futuro éstas puedan tener sobre nuestras Fuerzas Militares, con el fin de detectar oportunamente los aspectos que puedan influir negativamente en el cumplimiento de nuestra misión, promoviendo las reformas necesarias, que fortalezcan y mantengan incólumes los principios y valores, sobre los cuales esta fundamentada la profesión militar.

3. CONCEPTOS SOBRE EL PRINCIPIO DE “OBEDIENCIA DEBIDA” DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Presentado en el capítulo anterior, el enfoque dado a la “Obediencia debida”, por parte del estamento castrense, como principio fundamental e imprescindible de la organización militar, a continuación presentaremos algunos conceptos emitidos sobre el tema, por eminentes y reconocidos profesionales del derecho y de las ciencias políticas, nacionales y extranjeros, que representan, el que consideramos necesario, pero no exclusivo, ni excluyente, “enfoque jurídico”, del tema.

Lo anterior tiene como propósito, abordar el tema de la “Obediencia debida” desde dos puntos de vista, que si en realidad, no son opuestos en la amplitud de su enfoque, si presentan algunas diferencias estructurales, que es necesario entender y analizar detenidamente, para buscar puntos de convergencia que nos permitan proponer fórmulas, que de una parte, no se opongan al espíritu de la constitución, del marco legal vigente y de los tratados internacionales suscritos por el Estado Colombiano, y de otra, no resquebrajen, lesionen, ni destruyan, principio fundamentales de la organización militar, sin los cuales se vería afectada la disciplina y por ende la efectividad de la misma.

Igualmente, el conocimiento y análisis de los diferentes enfoques, nos proporcionará la ilustración suficiente, para analizar con mayor objetividad y coherencia, las diferentes posiciones ideológicas y conceptuales, que se presentaron durante el proceso de reforma al código Penal Militar, que serán presentadas en el próximo capítulo.

3.1 CONCEPTOS A NIVEL NACIONAL

3.1.1 Concepto del profesor EDUARDO FERNÁNDEZ BOTERO.

Este ilustre constitucionalista Colombiano con respecto al principio de "Obediencia debida" señala, que si bien es cierto que dentro de las Fuerza militar existe una jerarquía y en tal virtud y por razones evidentes de organización, es necesario que se obedezcan las ordenes superiores, también es cierto que estas ordenes no pueden obedecerse cuando violan un precepto constitucional o su desarrollo legislativo y por esto quien lo hace, en detrimento de alguna persona, no podrá escudarse en la obediencia como medio exceptivo; sin embargo es de tenerse en cuenta, agrega el profesor FERNÁNDEZ, que dicha violación "debe ser manifiesta".

Sobre el particular señala, que un subalterno que obedece una orden dada por su superior, cuando este sobrepasa el límite de sus funciones, pero éste ignora que el superior carece de esa atribución, no tiene responsabilidad, porque su acto no es "manifestante" violatorio del derecho, como si ocurriría, si un funcionario diera

orden al inferior de realizar algo que no es de su competencia y el inferior lo ignorara en forma premeditada.

De otra parte, continúa, un inferior no es responsable, si de hecho ignora que la orden superior es violatoria del derecho ajeno. Por ejemplo, un agente de policía a quien se ordena detener un ciudadano, y procede creyendo que su superior tiene razones justas para ordenar tal cosa; pero en otra situación, si sería responsable un agente de policía que cumpliera la orden de un alcalde de disparar su fusil y matar una persona que pacíficamente desarrolla su normal actividad. En este caso el subalterno conoce la injusticia de la orden y sabe que nada autoriza a matar a quien está en esas circunstancias.

Así mismo, señala el profesor, que se viene discutiendo, modernamente, el principio de la **obediencia ciega** de los militares en servicio, cuya actuación sólo compromete, al superior que emite la orden.

Sobre el particular manifiesta, que si bien es cierto que una deliberación sobre las órdenes militares, es contraria a los principios de la organización castrense, también lo es que una orden "**manifiestamente**" violatoria de derechos "en detrimento de una persona", al no ser obedecida, en lugar de perjudicar la disciplina militar, la hace racional. Y que lo contrario, podría poner un Ejército a atropellar toda clase de derechos por sólo órdenes superiores.

Esta tesis ha adquirido relevancia en las últimas épocas en Colombia, pues podrá, se pregunta, ser no responsable un suboficial, que por órdenes de su

general, arroja desde un avión a personas sindicadas de un delito?, su eficaz cooperación a tan manifiesta violación de toda norma, quedará sin sanción por la sola orden superior?

Lo anterior sería inaceptable, por tanto si se logra comprobar que quien ejecutó la orden tenía el conocimiento que el superior se valía de él como de un instrumento de su delito, es también responsable el militar que cumple la orden, según el grado de cooperación que prestó para la comisión del delito a su superior.

3.1.2. Concepto del profesor TULLIO ENRIQUE TASCÓN.

El profesor TASCÓN, en referencia al principio de "Obediencia debida", señala en su obra "Derecho Constitucional Colombiano y comentarios a la Constitución Nacional", que el Ejército está sujeto a obediencia pasiva, por la naturaleza misma de la institución militar, ya que sería inaceptable que un soldado entrara en discusión con un superior sobre la facultad constitucional con que éste manda a un hombre a destruir un edificio o un puente o escalar una casa, etc., al tiempo que se tiene el enemigo al frente, o que se necesita adelantar una operación militar, o concertar un plan estratégico.

Igualmente, señala TASCÓN, ocurre en la institución policial, por tanto, si el jefe de una escolta de agentes de policía le ordena a uno de éstos disparar contra un preso que se fuga o contra un motín que intenta consumar un atentado, o derruir una casa para cortar un incendio, etc., no sería lícito al subalterno desobedecer so pretexto de que la orden va en detrimento de un precepto constitucional.

Sin embargo, advierte el profesor, que de otra parte, esta obediencia tiene límites cuando se está frente a una orden ilegal, por tanto en estos casos, aunque el artículo 91 de la constitución política de 1991, señale en su inciso segundo, que en el caso de los militares, la responsabilidad de la orden recae en quien la emite y no en quien la ejecuta, es claro que este precepto Constitucional se refiere en forma específica a las órdenes legítimas y en ningún momento puede extenderse a órdenes que vayan en contra de la ley o que atenten contra los principios y fundamentos de la profesión militar.

3.1.3. Concepto del profesor CARLOS LOZANO Y LOZANO

El maestro Carlos Lozano y Lozano, en su Libro "ELEMENTOS DE DERECHO PENAL", nos suministra una muy interesante interpretación de la norma constitucional, señalada en el artículo 91 de la Constitución Política, que planteó en respuesta a una consulta cuando era Ministro de Gobierno.

"... Si un agente de la fuerza armada recibe orden de disparar contra un prófugo, o contra un grupo de amotinados, o de derribar una fortaleza, o de allanar un edificio, etc., no incurre en responsabilidad penal, ya que el hecho se justifica en atención a la orden obligatoria que recibió; pero si fuera del servicio, o por razones que no se relacionan con este, un agente armado ejecuta un hecho delictuoso por mandato del superior jerárquico, debe responder penalmente, conjuntamente con el superior, porque en esas circunstancias la orden no era, ni podía ser obligatoria".

“...La obediencia pasiva a que están sujetos por razones de disciplina militar los miembros de la policía y del ejército, tiene límite. Por eso debe sancionarse en el inferior el exceso y el hecho mismo, cuando no esté obligado a obedecer por no estar en servicio y tratarse de una acción notoriamente ilícita. De no ser así, los agentes de la fuerza armada se convertirían en sicarios irresponsables de quienes quisieran aprovechar la autoridad de que están investidos, para cometer delitos.”

Para comprobar esta tesis, señala el profesor LOZANO, podrían hacerse dos citas de excepcional autoridad que condensan brevemente la doctrina jurídica universal sobre la materia; la primera, proviene de la obra del autor Inglés Karl Stephen, titulada “History of criminal law of England”, y de la insertada por el expositor Manzini en su Tratado de Derecho Penal, Tomo II, página 153, donde sustentan tesis idénticas que convergen en el sentido que: “El principio según el cual un soldado debe obedecer en toda circunstancia a su jefe, puede ser fatal para la misma disciplina militar; pues justificaría a quien matase a un coronel por orden de un capitán o desertara del campo de batalla por orden de un inmediato superior. No es menos monstruoso imaginar que las órdenes superiores excusen a un soldado que haya asesinado inofensivos ciudadanos en tiempo de paz, o que se haya integrado a crueldades inhumanas, etc. 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 aquellas órdenes que puede racionalmente creer como emanadas de una madura reflexión de parte de su superior”.

La segunda procede del ilustre expositor Luis Maino, uno de los más brillantes y autorizados maestros del positivismo, quien al comentar el artículo 49 del

Código de Zanardelli, de 1.980, según el cual no es punible el que ha ejecutado el hecho por disposición de la ley, o por orden que estaba obligado a obedecer, proferida por autoridad competente, se expresa así: "el código penal rechaza, pues, el principio absoluto de la obediencia pasiva, por ser inconciliable con el modo de pensar y de sentir actual."

Otros principios, señala el profesor LOZANO, son los de nuestro Código. Por eso, aún el Subordinado que haya seguido una orden del superior jerárquico puede ser penalmente responsable por el hecho ejecutado, pues para que haya ausencia de punibilidad, es necesario, la doble condición de la competencia del que ordena, y de la conformidad del acto cumplido, con las funciones del que dio la orden, y del subalterno que la recibió y la ejecutó.

Sin embargo, advierte, las indicadas condiciones no deben ser consideradas exclusivamente por su aspecto objetivo, pero si así fuese, no se presentaría caso alguno de orden ilegal, o de orden a cuyo ejecutor le fuera dable evitar la corresponsabilidad penal con el superior que le emitió la misma. Es por esto, que todos los requisitos de imputabilidad, como del resto de los requisitos de todas las otras causales de justificación y de excusa, deben ser apreciados de modo subjetivo, es decir, en relación con la persona del agente subalterno y el estado de su ánimo. La injusticia objetiva del acto, señala, no conduce necesariamente a la afirmación de la injusticia cometida por el ejecutor material.

Dentro de ese orden de ideas, enseña Carrara, que la sujeción jerárquica elimina la responsabilidad, cuando destruye la conciencia de la criminalidad del acto, o

sea, cuando el superior ordena, con un fin ilícito, que persigue particularmente, una cosa que estaba dentro de sus atribuciones de mando, de tal manera que induzca al subalterno a cumplirla en la razonable credibilidad de no delinquir. En términos iguales se expresan Puccioni y Lasellyer. Con más detenimiento todavía observa Pessina, que la sujeción jerárquica no elimina la punibilidad, tratándose de acciones "quae habent atrocitatem facinoris " como serían el homicidio o la sevicia contra los presos. Pero puede invocarse útilmente, como excusa, cuando se trate de hechos que puedan ser ordenados bajo ciertas condiciones y respecto de los cuales, algunos funcionarios están obligados a ejecutar las ordenes recibidas (como sería la violación de domicilio o los actos arbitrarios contra la libertad personal).

Los anteriores argumentos, sitúan conceptos del problema bajo su verdadera luz. La obediencia no es ilimitada, pues podría conducir inclusive a los militares a pronunciarse contra el gobierno legítimo por obedecer al inmediato superior, lo cual sería absurdo. "Para estudiar la responsabilidad del subalterno, hay que colocarse dentro de su propio criterio subjetivo y examinar si evidentemente creyó obedecer una orden moral y lícita o nó. Los actos que de acuerdo con el sentido común elemental constituyen verdaderos delitos, como asesinar ciudadanos en plena paz, están excluidos de la obediencia pasiva. Las violaciones exageradas o inútiles y los excesos cometidos dentro de circunstancias en que por excepción el superior podría ordenar ataques contra la vida o la propiedad, excusan pero no justifican al subalterno si este pudo advertir la exageración criminal de las ordenes recibidas.

Para el caso de que el inferior, no obstante la libertad que se le da de sustraerse de cierto tipo de órdenes, las haya obedecido, debe establecerse una

excusa fundada en su incapacidad para discernir la incompetencia o extralimitación de funciones del superior, o la criminalidad del acto, pues, como se ha visto atrás, “la razonable credulidad de no delinquir “ se presenta con alguna frecuencia cuando se trata de militares.

3.1.4 Concepto de la procuraduría general de la nación

La Procuraduría General de la Nación, por intermedio de su Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, en resolución No. 217 del 19 de Abril de 1994, ha manifestado que el Principio de **obediencia ciega** y acatamiento a las órdenes superiores jerárquicas contempla un límite de legalidad y no se adecua al cumplimiento de disposiciones verbales que rayan en actividades delictuosas; bajo ningún aspecto admite la procuraduría, que la comisión de hechos abiertamente ilegales por parte de un subalterno puedan justificarse y consecuentemente condonarse, por el alegato de haber sido cumplidos por órdenes superiores, las cuales por su condición de orales, contrarios a la legalidad e incluso a principios humanitarios, no eran de obligatorio cumplimiento por los inferiores jerárquicos.”

Recaba la procuraduría que no puede haber “Obediencia ciega”, y que dentro de los ordenamientos de tipo militar se consagra para el subalterno el “deber de advertencia”, en el artículo 15 del Decreto Ley No. 0085 de 1989, hoy artículo 31 del decreto 1797 del 2000, que a la letra dice:

“La responsabilidad de todo orden militar recae en quien la emite y no en quien la

ejecuta. Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al Superior. Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa conformación por escrito."

Señala consecuentemente la procuraduría que siendo la norma disciplinaria diáfana y ampliamente conocida en el medio militar, además de suficiente e imperativa, no puede el subalterno escudarse frente a una orden manifiestamente ilegal en que no tenía otra opción que la de cumplir la misma, pues como queda demostrado si existe dicha opción, no solo como derecho sino como deber legal.

3.2 CONCEPTOS A NIVEL INTERNACIONAL

3.2.1. Concepto del profesor SANTIAGO MIR PUIG

Para este profesor español, de acuerdo con el Código Penal, se "castiga a los funcionarios que se negaren abiertamente a dar debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la Autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, salvo que el cumplimiento se refiera a un "mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley, si el autor no es autoridad, y de cualquiera otra disposición general, si lo es. Este precepto vendrá a limitar el deber de obedecer las órdenes manifiestamente antijurídicas y rompería el carácter vinculante de la orden.

Para el profesor MIR, "La obligatoriedad de la orden no se condiciona a la juridicidad intrínseca de la misma, sino a su apariencia de legalidad; para él, aunque la orden sea gravemente antijurídica y constituya delito, deberá obedecerse bajo pena, salvo que ello no resulte "manifiesto" o "evidente", en el momento de su cumplimiento. Debe tenerse en cuenta, apunta el profesor, que en muchos casos un delito, aunque sea grave, puede resultar de difícil apreciación para el subordinado en el momento en que recibe la orden, y viceversa, una ilegalidad menor puede a veces detectarse como evidente desde el primer instante.

Lo anterior no significa que los casos más graves de ilegalidad de una orden no suelen resultar evidentes (manifiestos). Así sucederá, anota el profesor, con las ordenes de cometer un homicidio o de infringir torturas, o las de realizar delitos contra la honestidad, cohechos, etc.

Señala el profesor MIR, que "ante una orden que no sea manifiestamente antijurídica, se produce un conflicto entre el bien jurídico afectado por la orden y las necesidades de funcionamiento de la administración Pública (disciplina militar, diríamos nosotros para el efecto que se estudia), que normalmente la ley resuelve a favor de las segundas. Tal estructura de conflicto que se decide en el sentido de permitir la lesión del bien jurídico, es la característica de toda causa de justificación. Y no hay duda que la ley no sólo disculpa, sino que permite la lesión del bien jurídico, cuando concurre obediencia debida, porque así se desprende de esta misma expresión legal "**obediencia debida**" y de que cuando concurre, el obedecer no constituye delito. Si la obediencia es debida, ha de ser permitida y no puede ser

prohibida, ni antijurídica, la conducta, máxime si la desobediencia se castiga..... “

3.2.2. Concepto del profesor ENGEL BERCATIZ

En su libro titulado “ La guerra sucia y la obediencia debida, este expresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, consigna estos pensamientos sobre la obediencia debida:

“...El agente del orden – sea civil o militar- que sin provocación alguna directa, mata alevosamente a un delincuente, se halle éste armado o desarmado, o lo someta a torturas una vez detenido, con cualquier fin que sea, abusando del armamento que se la he dado para preservar el orden, se convierte por ese solo hecho en delincuente, como autor de un delito”.

“De igual modo quien penetra en una vivienda que no le es propia apoderándose de cosas ajenas o secuestra a una persona, sin autorización judicial, o fuera de los casos concretos en que la ley lo autoriza expresamente, comete un delito de violación de domicilio, de hurto, de robo, o de secuestro, sea un delincuente o un agente del orden, policía, civil o militar. “Es el hecho “contra legem “, y no la calidad o investidura de la persona actora, lo que califica la conducta.”

“La expresión “guerra sucia”, propia de toda guerra insurreccional, no puede llevarse a cabo descendiendo al ámbito delictual en que actúa ésta, al margen de la ley, por su mismo carácter; las fuerzas de represión del Estado, son fuerzas que obran en

nombre del derecho, de la ley, y como tales, no pueden actuar transgrediéndolos.”

“Constituyendo la guerra “sucia” insurreccional, una violación del derecho, o de la ley existente, no es admisible su invocación por las fuerzas represoras del Estado para justificar hechos u omisiones, que son claramente una violación del derecho, cuando su misión es, precisamente, al contrario, evitar que ello se consuma.”

“El triunfo de las Fuerzas del Estado sobre la insurrección, sólo conduce a la restauración de los principios conculcados por los insurrectos, pero nunca a la aplicación de la ley de la selva o de la venganza. La ley de los vencedores “Vae victis”, no es la norma que puede invocarse en las postrimerías del siglo XX., pues esto haría innecesario la toma de prisioneros y la existencia de los auxilios de la Cruz Roja Internacional.

“Por todo lo expuesto consideramos que la llamada “guerra sucia” no ampara ni puede amparar los delitos que se prueben cometidos por los agentes del orden público, policiales o militares, en su obrar para reprimir cualquier subversión, por más “sucios” o “canallescós” que sean los hechos o los procedimientos usados por ésta o sus corifeos.”

Señala en su obra el profesor BERCAITZ, que la ley no obliga en ningún momento a cumplir ordenes delictivas, indicando en ese sentido que en la esfera militar, la ejecución de las órdenes, queda siempre sometida a las normas de Código de Justicia Militar y que aún dentro del contexto de este Código, nunca es de obediencia obligatoria la orden que “habent atrocitaten facinoris” por ser

groseramente repugnante a principios elementales de moral.”

En el ámbito militar, la orden vinculante es el nervio de la disciplina y de su eficacia que se hace aún más indispensable en situaciones de emergencia en las cuales, cualquier demora o duda puede frustrar el logro de sus fines específicos.

Anota el profesor que el Código de Justicia Militar Argentino, impone el desarrollo del concepto de la obediencia debida en varios de sus artículos que están perfectamente interconectados para entender en toda su magnitud este principio, así:

-El artículo 667 dispone que “Será reprimido con prisión hasta cuatro años o con sanción disciplinaria, el militar que hiciera resistencia o expresamente rehusare obedecer una orden del servicio, que le fuere impartida por un superior; si el hecho se produjera frente al enemigo, la pena será de muerte o de reclusión por tiempo indeterminado.”

- El artículo 675 establece por otra parte que “ Ninguna reclamación dispensa de la obediencia, ni suspende el cumplimiento de una orden de servicio Militar”. Y que por su parte, el artículo 878 define como acto del servicio “ Todo el que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada Militar corresponden, por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas”.

- El artículo 514 en concordancia con el inciso 5 del artículo 34 del Código Penal establece que: “cuando se haya cometido un delito por la ejecución de

una orden del servicio, el superior que la hubiere dado, será el único responsable, y solo será considerado cómplice al inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

Sin embargo y no obstante el contenido de las normas transcritas, el Art. 674 declara que: “incurre en desobediencia el militar que sin rehusar obediencia de modo ostensible o expreso, deje de cumplir, **SIN CAUSA JUSTIFICADA**”, una orden del servicio”

La expresión “**SIN CAUSA JUSTIFICADA**” que hemos subrayado, señala el profesor BERCAITZ, ha dado pie a que algunos autores estimen que en el ordenamiento jurídico que nos rige, no existen órdenes vinculantes, lo cual no compartimos... lo cierto es que las mismas existen, pero no obstante, el artículo 674 proscribire en forma absoluta y total el principio de “perinde ac cadáver”, es decir, la obediencia absoluta y total en cualquier circunstancia.”

Señala BERCAITZ, que un ejemplo de ello nos lo brinda el propio Código, cuando en el artículo 750 dispone que: “será condenado a muerte o a reclusión por tiempo indeterminado, el militar encargado de una plaza, puesto o tropa, que contando con medios de defensa, se adhiere a la capitulación estipulada por otro militar con el enemigo extranjero, aunque depende de aquél y haya recibido sus ordenes al respecto”.

Todo esto nos indica, señala BERCAITZ, que aun cuando la regla en el ámbito castrense sea la de la obediencia, en circunstancias excepcionales ella no es

aceptable a ciegas, como ocurriría también, por ejemplo, cuando "habent atrocitatem facinoros", es decir, cuando las órdenes resulten repugnantes a principios superiores de moral por atroces, aberrantes o groseramente inmorales, frente a lo cual cabe el derecho de rehusarse al cumplimiento de las mismas.

Para terminar BERCAITZ trae como cita, un ejemplo muy interesante, que constituye doctrina de la Corte Suprema Argentina (28 DE MARZO DE 1988), el cual señala: "La orden de un superior no es suficiente para cubrir al agente subordinado que ha ejecutado la misma, y ponerlo al abrigo de toda responsabilidad penal, pues si el acto es contrario a la ley y constituye en sí mismo un crimen, el hombre como ser dotado de voluntad y discernimiento, no debe obediencia a sus superiores, sino en la esfera de las facultades que éstos tienen y aun así, dentro de esa esfera, si el acto constituye evidentemente un crimen, el subalterno debe sustraerse del cumplimiento del mandato de su superior. "

3.2.3. Concepto del tratadista SERGIO VELA TREVIÑO

Señala este tratadista Mexicano, en referencia a una consulta que se le hacía alrededor de los límites de aplicación del principio de "Obediencia debida", que el mismo tiene aplicación, aun en la eventualidad que el mandato constituya delito, si la ilicitud del mismo no es evidente o notoria, para el subalterno que recibe la orden, y cuando no se puede probar que el mismo ha obrado con plena conciencia de la ilicitud de su acción; en este caso, señala, habrá a favor del subordinado una presunción general de no culpabilidad.

Sobre el particular, argumenta que el pensamiento del legislador nacional (Mexicano) fue establecer a favor del inferior que acata el mandamiento legítimo de su superior jerárquico, una presunción de las llamadas "**juris tantum**" que se destruye cuando se prueba la notoriedad de la ilicitud de la orden y el perfecto conocimiento de ello por parte de inferior.

Ahora bien, señala el profesor VELA, lo notorio de la ilicitud de la orden dada y recibida sólo puede ser inteligible en función de su origen o sea desde el punto de vista superior, pues efectivamente, el superior está limitado en su mandato al inferior, en razón de la esfera de sus atribuciones; esto significa que cuando evidentemente, el superior mandante, se atribuya al ordenar, facultades que no le correspondan o se exceda en ellas, su orden será ilícita, dependiendo la notoriedad que la ley requiere, de la naturaleza misma de lo mandado, pues en determinadas circunstancias resulta imposible establecer cuando algo es "notorio", porque ello depende exclusivamente de los casos particulares, lo cual obligará al juzgador a estar consciente de ello, para el momento en que haya de resolver un caso individualizado.

De otra parte, cita este autor una doctrina de la corte Suprema de Justicia Mexicana que aprueba y confirma lo apuntado (Boletín de Información judicial, 1959, Primera Sala, Pág. 149), en los siguientes términos:

"...Existiendo relación jerárquica entre los policías con su jefe, si éste impone la detención arbitraria de dos individuos y posteriormente ordena su colgamiento sin mediar acusación, juicio, defensa y sentencia condenatoria de autoridad

competente, los subalternos que acatan el mandamiento se ubican fuera de la eximente, por la notoria ilicitud del mandato, al encontrarse abolida en la entidad la pena de muerte; empero, ante la limitación de voluntad de los policías por su dependencia jerárquica, no se hacen acreedores a igual sanción que su jefe, toda vez que éste, valiéndose de su cargo, se sirvió de los policías bajo su mando, como instrumento, aunque consciente, para alcanzar el propósito delictuoso y esta circunstancia permite atemperar la pena a los subordinados."

3.2.4. Concepto del tratadista GUILLERMO J. FIERRO.

Este tratadista Argentino, pone de presente en primer lugar la situación paradójica en que se encuentran algunos funcionarios quienes, por una parte, tienen la obligación de cumplir solamente las órdenes legales y, por otra parte, se les exige acatamientos " SIN CONTRADICCIONES "

Recalca que no ha sido pacífico el camino a recorrer para llegar al punto según el cual, "exista la impunidad para quien se rebela en contra de una orden ilegal."

Para él, el problema central del cumplimiento de la orden cuando es ilegítima, no es un problema de antijuridicidad, sino de culpabilidad, ya que existirá o un error o bien una coacción ajena y en ambos casos no existirán los elementos subjetivos suficientes para realizar la imputación de culpabilidad.

En este sentido dice textualmente: ".....Repárese en que nos encontramos en un terreno estrictamente subjetivo en el que el conocimiento o desconocimiento del

agente juega un rol decisivo, individual, respecto del cual sabemos perfectamente que no tiene casi posibilidad de evaluar con acierto la legitimidad o legitimidad de la orden que recibe. He aquí un punto que, aún a riesgo de caer en reiteraciones excesivas, queremos dejar perfectamente establecido:

a) Según lo expresa la teoría determinante, el subordinado está obligado a cumplir solamente las órdenes legales; cuando ejecute una orden ilegal, será exculpado en la medida en que acredite haber actuado en error de hecho insalvable acerca de la ilegitimidad del mandato, y en tal caso, será entonces el error la eximente que determinará su inculpabilidad y no la obediencia debida. Por otra parte, si cumple la orden que él entendía era manifiestamente ilegal, será condenado como autor del hecho delictuoso si éste, en definitiva, resulta serlo. Al contrario, si rehúsa ejecutar ese mandato, su suerte dependerá del grado de acierto con que valoró la legitimidad o ilegitimidad de la orden

b) Al margen de las otras consideraciones que ya hemos hecho sobre los otros aspectos, circunscribamos ahora el problema a aquéllas hipótesis en las cuales el mandato es "apreciado" por el subordinado como manifiestamente ilegal, lo cual no quiere decir que efectivamente lo sea, pues hemos visto precedentemente, que la evaluación que puede llevar a cabo el agente es muy precaria y de dudosa efectividad.

C) Parece entonces evidente que la posición de la teoría dominante no se compadece mucho con el ideal de justicia, pues su aplicación confirmaría el dicho popular de que " el hilo se corta siempre por lo más delgado ", ya que ella

transfiere todo el peso del problema al agente que, como sabemos, es quien se encuentra menos capacitado para resolver con acierto." Para rechazar la teoría de la causal de exclusión de antijuridicidad, dice el Dr. Ferro:

" (...) Necesariamente tenemos que ir a parar al campo de la culpabilidad puesto que estimamos que el subordinado que lleva a cabo una orden delictiva es autor y su acción es TÍPICAMENTE ANTIJURIDICA.

" Si respecto a la legitimidad de la orden el agente se encontraba en un error ya que el creía realizar una acción lícita que resulta no serlo - la cual es la hipótesis más frecuente, pero que en la práctica corresponde a casos de obediencia debida aparente - será la causal legislada por el artículo 34 de la legislación Argentina, la que lo exculpará; empero, si pudo apreciar su presunta ilegalidad, ningún error podrá entonces alegar y otra tendrá que ser la causa de su exculpación. En resumidas cuentas para nosotros ese tipo de situaciones tiene cabida en del derecho positivo, dentro del género coacción".

Pone de presente, el profesor FIERRO, que en el ámbito militar, la cuestión de la coacción toma mas fuerza, ya que en el existe la llamada "orden vinculante " que no existe con la misma fuerza para los particulares, y con respecto a lo anterior señala: " el férreo y estricto constreñimiento jurídico a que se encuentra sometido el militar en situaciones o estados, excepcionales, es tan intenso que abona aun más nuestra tesis de que la naturaleza jurídico - penal de la obediencia debida, debe ser considerada como un caso especial de coacción, sin que, por tratarse precisamente de un supuesto de inculpabilidad, falte la autoría en tales casos."

Para ahondar en la magnitud del problema, el tratadista también hace referencia a las relaciones entre acción coacta y acción necesaria, diciendo:

"(...) La otra distinción que se impone es aquella que diferencia entre la acción coacta y la acción necesaria - no por el origen humano de la primera y natural de la segunda, - criterio que no es pacíficamente aceptado por los autores - sino en cuanto a que la acción necesaria, por corresponder a una autentica justificante, para juzgarse como tal, debe haber surgido de una valoración objetiva acerca de dos bienes jurídicos que se encuentran en una situación de conflicto, valoración que es preciso realizar con una cierta exactitud para determinar, según lo requiere nuestra ley, el concepto de "mal mayor". En cambio, esa exigencia de una valoración objetiva y precisa no se da en la coacción, pues la relatividad de los valores que podrán darse en esta causa de inculpabilidad, ha sido constantemente destacada por la doctrina, afirmándose que: "... la gravedad del mal no debe referirse al mal realmente amenazado, sino al esperado por la víctima, aunque sea por error suyo. Si, según la representación de la víctima el mal era grave (lo que es distinto a que haya fingido creerlo grave) ese hecho es decisivo para el juez...".

En este sentido Concluye diciendo:

"...el superior, pues, que imparte una orden ilegal a un subordinado que no tiene otra alternativa que cumplirla, (orden vinculante) o que únicamente puede desacatarla a costa de un pronunciado riesgo, sabe y conoce la situación en la que el derecho ha colocado a ambos y se vale de ella para el logro de sus criminales fines, al igual que si se valiera de un arma cualquiera."

" no se trata empero, de una hipótesis común de coacción en la que la presión provenga, por ejemplo, de la amenaza de empleo de armas u otros medios similares, sino que el instrumento mediante el cual se vale el superior para lograr sus propósitos delictivos resulta sumamente singular. no es ni más ni menos que el propio ordenamiento jurídico es decir, el mismo engranaje de amenazas y presiones que el derecho estatuye para obtener el acatamiento por parte de los inferiores de las ordenes irregulares y lícitas – que son la inmensa mayoría - y así poder realizar la función dinámica del estado, para la obtención de sus fines ilícitos; en este aspecto, debe quedar perfectamente establecido que para nosotros los casos comunes de coacción (el empleo de armas u otro tipo de amenazas) no corresponden, en absoluto, al supuesto que consideramos y si en un caso concreto tal situación se presentara, entonces sería solucionada aplicando la norma específica,..."

En este sentido podríamos concluir que el maestro Fierro puede tener la razón, ya que la principal coacción se encuentra en el hecho de que para los militares el incumplimiento de una orden puede ser insubordinación, es decir, conducta delictuosa.

Concluye su posición este tratadista, con los siguientes razonamientos:

" Para poder aplicar esta eximente, que no nos cansamos de repetir, es de carácter excepcional, se deben dar los siguientes requisitos:

1) Debe tratarse de un hecho enmarcado dentro de una relación jerárquica, administrativa estatal.

2) Que el superior que dé la orden sea competente para impartirla.

3) Que la orden tenga por objeto la realización de actos del servicio que correspondan a la función del agente. ..."o actos del servicio relacionados con las funciones específicas que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas.

4) Que el inferior no tenga por ley, facultad propia suficiente (capacidad decisoria) o competencia originaria para decidir sobre la materia.

5) Que el mandato satisfaga en cuanto a sus formas, las exigencias legales.

6) Que el contenido de la orden resulte delictivo y que el inferior le haya dado cumplimiento.

7) Que la orden haya sido impartida en situación excepcional o que tenga una perentoriedad propia del tipo de órdenes que el subordinado está obligado a cumplir, sea por la naturaleza de sus funciones, o por la situación de emergencia del momento en que ella se imparte.

Dadas todas estas circunstancias, que son objetivamente verificables, se apreciará el aspecto subjetivo de la cuestión, vale decir, establecer si realmente el subordinado se encontraba en una situación dilemática de la cual no podía

escapar sino a costa de un grave riesgo que, en concreto, no le era exigible que soportara.

Igualmente señala, debe tenerse presente que este estado de coacción especial, proveniente de las consecuencias jurídicas posibles, que su desobediencia le acarreará, generalmente se presume y no necesita prueba expresa, salvo, claro está, cuando exista la sospecha de una connivencia entre el superior el subalterno para querer hacer parecer una situación de obediencia debida que no es tal..”

3.2.5. Concepto del tratadista CARLOS J. COLOMBO.

Este tratadista también argentino de derecho penal militar, nos comenta que: “....no se puede caer en el extremo de considerar que el deber de obediencia del militar sea absolutamente igual al que corresponde a los funcionarios civiles. Todo lo que se ha expuesto, señala, nos revela la insistencia sobre este punto. El artículo 4° del Código Penal Militar de Paz Italiano, establece esas diferencias en los siguientes términos: “El cumplimiento de un deber, impuesto por una norma jurídica o por una orden del superior o de otra autoridad competente, excluye la punibilidad. Si un hecho que constituye delito es cometido por orden del superior o de otra autoridad, responde siempre del delito quien ha dado la orden. En el caso previsto por el apartado precedente, responde del hecho también el militar que ha ejecutado la orden, cuando la ejecución de éste constituye manifiestamente delito. ”

De otra parte, señala, que el Tribunal Supremo Militar Italiano, en meditada sentencia del 3 de diciembre de 1935, declaró que “el inferior debe pronta

obediencia a la orden del superior en cuanto debe presumir la legitimidad de la orden misma, pero tal deber cesa cuando por la evidente criminalidad de la orden, no pueda subsistir la presunción de legitimidad. "

Igualmente expone el profesor COLOMBO, que el tratadista Italiano Milazzo, al comentar este fallo, dejó en claro que la norma contenida en el Reglamento de Disciplina Italiano, según la cual el inferior tiene la obligación de obediencia a los superiores en las cosas del servicio y en todo lo que pertenece a la autoridad a ellos conferida por los reglamentos, no lleva a la conclusión que el ordenamiento militar tenga como canon fundamental la obediencia pasiva, ilimitada hasta el punto que el inferior deba incondicionalmente ejecutar hasta la orden de cometer un delito. Ello porque, no obstante la intensidad de la sujeción, y de la disciplina militar, la obediencia a las ordenes del superior encuentra, también en las relaciones militares, un límite cierto e inderogable en la ley penal.

Por todo lo anterior, considera el profesor COLOMBO, que la "Obediencia debida", constituye una de las más arduas cuestiones del derecho penal militar, lo que explica que haya sido tratada en su país por prestigiosos autores, en contraste con la escasa bibliografía que existe en otros temas de la misma disciplina.

Por un lado, señala, es sostenida la opinión de que nuestro derecho penal militar (argentino) se adscribe a la tesis de la obediencia ciega, atendiendo a los términos del artículo 514, del Código de Justicia Militar, que hace responsable por el delito cometido en el cumplimiento de una orden del servicio sólo al superior que la impartió, en tanto el inferior no se haya excedido en su cumplimiento, y a la

correlativa supresión de la "remonstratio" por el artículo 675 del mismo Código que señala: "Ninguna reclamación dispensa de la obediencia, ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio militar ..."

Sin embargo, anota, Cabe plantear aquí, frente a la terminante redacción del artículo 514, a la supresión de la "remonstratio" que se plantea en el artículo 675 y a la disposición del Art. 522 del Código de Justicia Militar, que considera como agravante del abuso de autoridad, la circunstancia de haber determinado el superior la comisión de un delito con el inferior; cuales son los límites del propio Código de Justicia Militar a la "obediencia debida".

En ese sentido señala que inicialmente, hay límites que se hayan en la propia ley Penal Militar, en el que pueden encontrarse apartes como los siguientes: "así, los militares rebeldes y los amotinados, mientras permanezca la rebelión o el motín, quedan privados de autoridad y prerrogativas (.....), lo que implica que sus inferiores no deben obediencia a sus ordenes". Tampoco están obligados a acatar la orden de adherirse a una capitulación estipulada por otro militar superior con el enemigo extranjero, rebelde o sedicioso: "el inferior encargado de una plaza, puesto o tropa que cuente con medios de defensa..... incurriendo en delito si lo hace". Por otro lado, señala la ley Penal Militar en otro de sus apartes: "es deber de los centinelas, salvaguardias o de cualquier personal del servicio de guardia, hacer uso de sus armas cuando ello fuese necesario para reprimir delitos de traición, rebelión, motín, vías de hecho contra el superior o cobardía, " aun cuando sea contra sus superiores."

Por otra parte, advierte el profesor COLOMBO, que la doctrina suele colocar como límite a la "Obediencia debida", la llamada "atrocitatem facinoris", que ordinariamente se interpreta como la orden que impone la ejecución de delitos atroces.

Por tanto, anota: "no negamos la importancia que pueda tener en la labor interpretativa la teoría de los delitos atroces, pero creemos que en el propio Código de Justicia Militar, hay un valladar insoslayable a las ordenes vinculantes, aún para el caso de que no se trate de delitos atroces. El mismo está constituido por el artículo 878 que dice: "se entiende por acto del servicio, todo el que se refiere o tiene relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden, por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas." "

Visto desde esta perspectiva, el límite de la orden, no necesita penetrar en el campo de la atrocidad intrínseca de la acción mandada, sino en su relación con las funciones específicas que a cada militar corresponden, por el hecho de ser miembro de las fuerzas armadas. Por consiguiente, sin ser un crimen atroz, serán ajenas al servicio y por tanto fuera del ámbito de la orden vinculante, órdenes como ejecutar exhibiciones obscenas en la vía pública, por ejemplo.

En resumen, señala el profesor COLOMBO, hemos visto que el inferior tiene el deber jurídico de cumplir las ordenes del servicio y no las ajenas al mismo, lo que configura una limitación formal, que hace que el cumplimiento de las ordenes que no sean del servicio, configure una violación del deber jurídico en lugar de un cumplimiento del mismo. No obstante, tampoco en esta limitación formal se agota su deber de revisión de la legitimidad del contenido de la orden, puesto que

también el inferior militar tiene el deber jurídico de verificar la juridicidad del contenido. Ello hace que en los casos en que la orden importe la comisión de crímenes atroces, tales como la ejecución de rehenes o la comisión de un genocidio, el inferior no pueda ampararse en el deber jurídico de obediencia, puesto que en tales casos, le es patente el contenido delictivo de su conducta y la consiguiente cesación de la atipicidad penal de la misma.

3.2.6 Concepto del tratadista HIGUERA GUIMERÁ

Este tratadista Español, también toca el tema que nos ocupa, señalando que el código Penal Militar (Español), únicamente regula en el artículo 21 la obediencia debida, del siguiente modo:

" No se estimará como eximente, ni atenuante el obrar en virtud de obediencia, aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito en particular contra la Constitución."

Señala de otra parte, que en el preámbulo del Código Penal Militar se establece que el problema de la "obediencia debida" se resuelve al margen del viejo concepto de una obediencia ciega, que haga posible exigir al inferior que obedece, una especial diligencia, sin que sus actos comporten la manifiesta comisión de ilicitudes.

La regulación, como bien lo dice el preámbulo, no difiere a la fórmula empleada por las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 1978, en el artículo 34, con

la finalidad de evitar confusionismos y de puntualizar bien su adecuación al texto constitucional. En la más extensa exposición de motivos, se insiste en la misma idea y además se indica que se presupone que la orden de que se trata ha de provenir de un superior jerárquico competente para impartirlas, ha de versar sobre asuntos del servicio y tener las mínimas formalidades, completándose en esta materia con las importantes precisiones que el militar ha de conocer bien y que se consignan en los Art. 13, 24 y 36 de las reales ordenanzas para las fuerzas Armadas y destacadamente con la regulación del delito de desobediencia, marco natural del desarrollo de esta causa de justificación del cumplimiento de los mandatos antijurídicos del superior, excepcionada por la notoriedad de su ilicitud, pero complementada por la posible concurrencia del error o de la coacción, regulados conforme a la legislación común.

Cita este tratadista, para terminar y como complemento a sus argumentos, la legislación Alemana, indicando que la ley penal militar de la República federal de Alemania del 24 de mayo de 1.974, en este sentido, establece en su párrafo 5.1, lo siguiente “ Un inferior que cumpliendo órdenes recibidas, realice un hecho antijurídico, que cumple el tipo de una ley penal, se reputará culpable sólo cuando sea consciente de que se trata de un hecho antijurídico o que esto es evidente, atendidas las circunstancias por él conocidas”; lo cual recaba el profesor HIGUERA, está perfectamente acorde con todo lo que se ha venido argumentando aquí.

4. EL DEBATE SOBRE LA OBEDIENCIA DEBIDA EN COLOMBIA

Como lo vimos anteriormente el principio de la Obediencia debida, se respalda en la Constitución nacional, que en su artículo 91, inciso 2, señala la liberación de la responsabilidad de la orden para el subalterno que cumple una orden; sin embargo, fue precisamente lo señalado allí, lo que abrió el debate sobre los límites de la llamada obediencia debida, pues algunos consideraban que la interpretación taxativa de lo señalado en la constitución podría dar origen a impunidad en vista que según su concepto, quedaba de esta forma amparado el Subalterno para cometer incluso actos al margen de la ley, protegidos en esta excepción constitucional.

4.1 EL DEBATE SOBRE LA “OBEDIENCIA DEBIDA” DURANTE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR.

Debido a lo señalado anteriormente, y en vista de la actualización que se había ordenado del Código penal militar, por parte del Señor Presidente de la República, se consideró la necesidad de limitar el alcance de la excepción contemplada en el inciso 2 del artículo 91 de la constitución nacional, para lo que se sugirió adicionar al artículo 26 del decreto 2550 de 1988, antiguo código Penal Militar, que habla de las causales de justificación, un inciso que limitara esta exoneración de responsabilidad del subalterno, para lo cual se presentaron ante la comisión redactora del código

penal militar reunida el 06 de Junio de 1995, según figura en el acta Nro. 12, las siguientes propuestas:

**PROPUESTA PRESENTADA POR EL SEÑOR MAYOR GENERAL NIEBLES
USCATEGUI RAMON, DIRECTOR DE LA ESCUELA DE GUERRA.**

ARTICULO 26 - No habrá responsabilidad legal cuando:

1. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
2. Se obre en cumplimiento de orden legítima de la autoridad competente dada con las formalidades legales. **El subalterno puede abstenerse de cumplir una orden impartida por el superior, cuando su ejecución implique la manifiesta e injusta violación de los derechos de otra persona.**
3. En legítimo ejercicio..... cargo público.
4. Por la necesidad de defender.....sea proporcionada a la agresión.
5. Por la necesidad de proteger..... que no tenga deber jurídico de afrontar.

PROPUESTA PRESENTADA POR EL MINISTERIO DE GOBIERNO

ARTICULO 26 - No habrá responsabilidad legal cuando:

1. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
2. Se obre en cumplimiento de orden legítima de la autoridad competente dada con las formalidades legales. **No podrá invocarse la obediencia debida como eximente de responsabilidad cuando se trate de graves violaciones a los derechos humanos, tales como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y la tortura."**
3. En legítimo ejercicio..... cargo público.
4. Por la necesidad de defender.....sea proporcionada a la agresión.
5. Por la necesidad de proteger..... que no tenga deber jurídico de afrontar.

PROPUESTA PRESENTADA POR LA COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS SECCIONAL COLOMBIA.

ARTICULO 26 - No habrá responsabilidad legal cuando:

1. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

2. Se obre en cumplimiento de orden legítima de la autoridad competente dada con las formalidades legales. **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.**
3. En legítimo ejercicio..... cargo público.
4. Por la necesidad de defender.....sea proporcionada a la agresión.
5. Por la necesidad de proteger..... que no tenga deber jurídico de afrontar.

PARÁGRAFO: 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 y arbitrarias, el secuestro, la tortura o la violación carnal.

“Dadas las propuestas en mención, entraron los miembros de la honorable Comisión redactora del Código Penal Militar, creada mediante Decreto No. 265 del 6 de Febrero de 1995, y presidida por el Señor Mayor General RAMON EDUARDO NIEBLES USCATEGUI, y la doctora PILAR GAITAN DE POMBO, a exponer sus puntos de vista sobre el particular, orientando el debate, al logro de un consenso que hiciera posible introducir las modificaciones sugeridas o por el contrario demostrar la inconveniencia de las mismas.

Este tema, como después lo señalara el DR. ANTONIO JOSE CANCINO MORENO, uno de los notables miembros de la comisión, fue uno de los más difíciles manejados por la misma y prueba fehaciente de lo anterior, es que éste se debatió arduamente durante las sesiones de los días 06, 07, 12 y 20 de Junio de 1995, según consta en las actas Nro. 12,13,14 y 16, correspondientes a las fechas en mención, sin que se lograra un acuerdo sobre el particular, siendo necesario enviar ante la Presidencia de la República, los argumentos esgrimidos tanto por quienes abogaban por introducir reformas en este tema al Código Penal Militar, como de quienes consideraban innecesarias las modificaciones al mismo en este campo.

Precisamente, dada la ardua discusión que se suscito alrededor del concepto de "Obediencia Debida", durante el proceso de reforma del Código Penal Militar, una vez leídas y analizadas las actas arriba señaladas, Se consideró de gran valor para la presente investigación, presentar un resumen sucinto, de las diferentes posiciones que se esgrimieron sobre el particular, que no tiene por objeto hacer un juicio crítico alrededor de las mismas, sino establecer un marco de referencia que nos ayude a entender con claridad, las razones que motivaron los cambios que observamos hoy en día, en la interpretación del concepto de la "Obediencia debida".

4.1.1 Resumen del acta Nro. 12 del 06 de Junio de 1995.

4.1.1.1 posiciones en contra de las propuestas presentadas

- El señor Mayor General RODOLFO TORRADO QUINTERO, expresa su desacuerdo con la propuesta de definir dentro del código Penal Militar el concepto

de "obediencia debida", argumentando que la comisión no puede modificar un precepto Constitucional como el consagrado el Art. 91, pues esto sería abiertamente inconstitucional; señala igualmente que la excepción constitucional consagrada en el inciso segundo del artículo en mención, no impone en ningún momento al subalterno la obligación de obedecer en forma irreflexiva, las ordenes de los superiores, cuando se trate de órdenes notoriamente ilegales, pues sería ilógico pensar que la misma Constitución autorizara el cumplimiento de una orden contra la Constitución y contra la ley; señala además con referencia al mencionado inciso que lo preceptuado allí no admite discusión, ni interpretación gramática o sistemática, pues es claro que las normas de excepción, son de interpretación restrictiva frente a la norma general, a menos que se acepte, que por vía de interpretación, deje de ser norma de excepción, para convertirla en regla; finalmente señala es inadmisibles afirmar que el constituyente haya creado una fuente de impunidad o haya sido su intención justificar el delito, cuando se redactó esta normas Constitucional.

seguidamente señala el señor Mayor General TORRADO QUINTERO, que una prueba fehaciente, que demuestra que la interpretación de este precepto Constitucional, nunca se ha considerado en forma irreflexiva o absoluta, dentro de las Fuerzas Militares, lo constituye el hecho el decreto 0085 de 1989, ó Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, ante la necesidad de conservar el principio de la obediencia jerárquica, de acuerdo con los mandatos superiores de la Carta Fundamental, establezca limitaciones a los principios del mando y obediencia militar, como los consagrados en el artículo 12, que dispone que todo aquel a quien se atribuye una función de Comando, es competente para emitir ordenes, pero que los limites de esta competencia se señalan en los reglamentos del

servicio; en el artículo 13, que dispone que toda orden militar, debe ser lógica, clara, precisa, concisa y oportuna; y el artículo 15 que establece el principio de advertencia, al señalar que cuando el subalterno que recibe una orden, advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar, o falta constituida de causal de mala conducta, el mismo debe exponerlo al superior, persistiendo la obligación de dar cumplimiento al mandato, solo si el superior confirma el mismo por escrito.

De otra parte señala el señor Mayor General TORRADO QUINTERO, no estar de acuerdo con la propuesta presentada por el señor Mayor General NIEBLES USCATEGUI, en la parte que se refiere a la "injusta violación de derechos humanos de otra persona", pues argumenta, que es muy general y puede crear confusión en el sentido, que es posible que durante un combate, un Soldado no se sienta en la obligación de disparar contra el enemigo, pues en su criterio esto constituye una clara "violación de los derechos de otra persona" ; debemos recordar que el Ejército en situación de guerra se enfrenta a situaciones especiales en las que una norma ambigua puede causar desconcierto y confusión.

- El señor Teniente Coronel ® RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ, argumenta que es peligroso prohibir la invocación de la "Obediencia debida" como causal de excluyente de antijuridicidad o de limitar su invocación, como lo plantean las propuestas del Ministerio de Gobierno y de la Comisión Andina de juristas, porque se pecaría contra el principio de igualdad ante la ley; igualmente advierte que jurídicamente es distinto que se invoque a que se admita, este principio, pues de una parte el juez tiene la facultad de interpretarla, y el sindicado el derecho de invocarla,

si no también, en ese orden de ideas se podría por ley limitar el derecho a invocar el estado de necesidad, o de legítima defensa.

De otra parte señala el señor Teniente Coronel ® LOPEZ LOPEZ, que nunca se ha admitido en los tribunales la "obediencia debida", como causal excluyente de antijuricidad, si no se prueban antes los elementos estructurales de la misma, y que igualmente todo militar entiende claramente, que una excepción clara al principio de la obediencia se da cuando la orden emitida es notoria o manifiestamente ilegal, pues así se encuentra consagrado a lo largo de los códigos y reglamentos militares, como ya lo expuso el señor General TORRADO QUINTERO.

Dadas las razones anteriores, no ve el objeto de consagrar como precepto, algo que está inserto y extendido por todo el texto del Código Penal Militar y del reglamento de régimen disciplinario.

- Para el Doctor JAIME VARGAS, auditor superior de Guerra de la Fuerza Aérea Colombiana, la comisión se encuentra frente a una atadura de orden Constitucional, en el sentido que el artículo 91, contempla un eximente de responsabilidad, de orden Constitucional, respecto a la responsabilidad del cumplimiento de la órdenes en el ámbito militar, lo cual podría alegarse como un derecho al debido proceso, del militar en el sentido que éste podría exigir dentro del proceso, la aplicación de dicho canon Constitucional, tal como lo explicó el señor Teniente Coronel ® LOPEZ LOPEZ.

4.1.1.2 Posiciones a favor de las propuestas presentadas

- El Doctor ANTONIO JOSE CANCINO MORENO, manifiesta que el precepto Constitucional, que exime de responsabilidad al subalterno que ejecuta la orden, ha dado lugar a una serie de discusiones, que intentan racionalizar la interpretación del mismo, mediante una evaluación sistemática de la Constitución Política, que aclare que la orden no puede ser ciega, y así sea una orden impartida entre militares existe responsabilidad cuando hay una violación manifiesta de la Constitución y de la ley.

- La Doctora KAREN KUHFELEDT SALAZAR, argumenta que nunca puede entenderse que la obediencia debida, como excluyente de responsabilidad, pueda ser absoluta, ni ciega, y que por el contrario, como lo ha señalado en varias ocasiones la corte constitucional, el subalterno que reciba una orden manifiestamente contraria a la Constitución., tiene el derecho y el deber de no cumplirla.

De otra parte, esgrime que el actual Gobierno desde el inicio de su administración, ha expresado claramente su posición frente a la "obediencia debida", señalando que si bien dicho principio es estructural y connatural a la disciplina militar, en ningún caso puede dar lugar, a que los subalternos se escuden en él, para cometer graves violaciones a los derechos humanos; por tanto está de acuerdo en que se registre taxativamente esta norma, como aparece en las propuestas presentadas al inicio de la sesión.

- El Doctor LUIS ANTONIO MUNEVAR a su vez propone modificar el texto de la

propuesta presentada por el señor Mayor General NIEBLES USCATEGUI, en el sentido de cambiar la expresión "Puede", por la expresión "Debe", cuando se refiere a la actuación del subalterno frente a una orden ilegal, señalando que la expresión "Debe", usada en la propuesta es optativa y podría dar lugar a confusiones.

Por tanto propone la siguiente modificación a las propuestas: "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.

- El Doctor YESID REYES ALVARADO, por su parte argumenta que sobraría una limitación a la orden, puesto que esas limitaciones no deben hacerse a las eximentes de responsabilidad, como no se deben hacer y no se hacen a los eximentes de culpabilidad, o a las causas de justificación; manifiesta que eso depende en buena de parte de cómo se entienda el concepto de limitación; si el concepto de la limitación se entiende como poner límites, no sólo se puede sino se debe establecer un límite a cualquier eximente de responsabilidad, de antijuridicidad o de inculpabilidad; en este punto llama la atención al indicar que las causas de justificación, como el estado de necesidad o la legítima defensa tienen limitantes legales y que como cada una a su vez tiene un par, existen por lo menos treinta limitantes legales, lo que hace que solo dentro de ese marco, dentro de esos precisos límites que ha establecido el legislador, pueda invocarse con efectividad una legítima defensa o un estado de necesidad; entonces, señala, no es cierto que no valgan las limitaciones a las causas de justificación de culpabilidad o eximentes de responsabilidad, como se las quiere llamar.

4.1.2 Resumen del acta Nro. 13 del 07 de Junio de 1995.

4.1.2.1 Posiciones en contra de las propuestas presentadas

- El Doctor LUIS CARLOS SACHICA, señala que las propuestas presentadas violan el artículo 91 de la Constitución, ya que esta disposición es una cláusula cerrada que no admite desarrollo legislativo, pues esto llevaría a una confrontación entre la norma legal y la norma constitucional.

Explica que el inciso segundo del artículo 91 es una excepción a la regla del primer inciso, lo que no admite esguince alguno en cuanto al caso en ella previsto; según su teoría, el artículo "unicamente", que aparece en ella, no da alternativa constitucional, pues no se puede introducir una excepción a la excepción que contempla la Constitución, pues en este orden de ideas se equipararía la responsabilidad de los funcionarios civiles con la de los militares en servicio activo, desconociendo las circunstancias especiales de la profesión militar que avalan la excepción.

Agrega finalmente que en el artículo 26 del decreto 2550 de 1988 ó Código Penal Militar, que se refiere a las causales de justificación del hecho, se habla de orden legítima y autoridad competente, lo cual no limita el artículo 91, estableciendo una característica a la orden, lo que implica que el precepto Constitucional, nunca pueda ser entendido como Obediencia ciega.

- El señor teniente Coronel ® RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ, recalca, que no ha existido obediencia ciega, ni absoluta dentro de las fuerzas Militares, apoyándose en un artículo del Decreto 250 de 1958, antiguo código Penal Militar, que contenía una norma muy clara, que a la letra señala: " El Subalterno que por cumplir una orden del servicio, cometiere un delito, solo será responsable en caso de concierto anterior, simultaneo o subsiguiente.", de modo que a través de este precepto se señalaba una excepción muy clara a la ausencia de responsabilidad del subalterno que ejecuta una orden, estableciéndose claramente, que en el caso de existir acuerdo entre superior y subalterno, para cometer un ilícito, no era aplicable el principio de la "Obediencia debida."

Por otra parte señala su desacuerdo con las propuestas presentadas, señalando que las mismas pueden crear la posibilidad legal que cualquier subalterno al recibir una orden, determine subjetivamente, según su apreciación íntima, que de su ejecución, puede derivarse la comisión de un delito y se sustraiga al cumplimiento de la orden, lo que afectaría gravemente la disciplina militar, la jerarquización, el deber de mandar y el consiguiente de obedecer dentro de la relación jerárquica, que distingue el medio militar y se debe recordar permanentemente, que lo que se trata es de legislar para un medio militar y no orientar las acciones de la comisión a satisfacer una aspiración o clamor general que pretende que se afecte la obediencia debida.

Señala finalmente el señor Teniente Coronel ® LOPEZ LOPEZ, que la excluyente de responsabilidad contemplada en el ordinal 2 del artículo 26, del Código Penal Militar, delimita perfectamente, las órdenes a las que se aplica la "Obediencia debida" y no se restringe a los delitos como tortura, genocidio, desaparición forzada, sino que

involucra una gama mucho más amplia, por lo que considera innecesario incluir dentro del código, algo que ya está contemplado.

- El Señor Mayor General RODOLFO TORRADO QUINTERO, argumenta que el problema de la obediencia debida es un problema de honor militar, y señala que no se puede definir la obediencia debida con un sentido político adaptándolo a la guerra interna que vive el país, pues no se necesitan reformas coyunturales, sino una reforma objetiva y real que nos entregue un código que pueda ser usado en los próximos 100 años, recordando que no debe perderse de vista el objeto principal del código, el cual no puede en ningún momento complacer determinadas políticas, sino básicamente ayudar a preservar la disciplina, dentro de la organización militar.

- El Señor Mayor general RAUL ROJAS CUBILLOS, señala que el hecho de limitar la "obediencia debida", necesariamente afecta la disciplina, pues la organización militar se solventa en principios fundamentales, como la jerarquía y el cumplimiento de las órdenes, que inexorablemente se verán afectadas, si se les imponen limitaciones; Igualmente señala, que no se puede concebir unas fuerzas disciplinadas y efectivas, si no se cuenta con Comandantes competentes y preparados profesionalmente para dar las órdenes y con hombres disciplinados que las cumplan.

- El Doctor ANTONIO JOSE CANCINO MORENO, señala como interesante el hecho que pueda definirse dentro del código el concepto de "orden militar", pues desde su punto de vista, dicha definición constituiría una referencia conceptual o elemento normativo, hacia el cual habría la posibilidad de remitirse, cada vez que se

hable de orden militar, con la claridad que lo que no este contemplado allí no constituye orden.

4.1.2.2 Posiciones a favor de las propuestas presentadas

- El Doctor HERNANDO VALENCIA VILLA, señala, que no se puede interpretar el artículo sobre obediencia debida, en forma aislada, sino que es necesario determinar su sentido de manera sistemática, pues la Obediencia militar no puede ser ciega frente a órdenes contrarias a valores tales como la dignidad y la integridad de la persona humana. De otra parte insiste en la necesidad de interpretar este precepto constitucional a la luz de los tratados internacionales que en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ha suscrito el estado Colombiano, tales como la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", suscrita por nuestro país el 10 de Abril de 1985, y en vigor desde el 07 de Enero de 1988, que en su artículo 2do, ordinal 3ro, establece inequívocamente que no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública, como justificación de la Tortura, pues estos constituyen el llamado bloque de constitucionalidad, bajo cuya óptica debe ser interpretado este precepto Constitucional.

- El Doctor GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, representante de la asociación andina de juristas, apoya la tesis del Doctor VALENCIA VILLA, recordando además lo expresado por la corte Constitucional, en el sentido que las normas internacionales de Derechos humanos tienen rango constitucional, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 93 de la Constitución Política, que a la letra dice: "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.”

- El Doctor ANTONIO JOSE CANCINO MORENO, señala sobre el particular que debe interpretarse el artículo 91 de la Constitución junto a otras normas de la Carta política y con el contenido mismo de la norma; aclara igualmente que trasladar el pensamiento de lo interpretado por la corte Constitucional, a una ley, no es inconstitucional, pues los magistrados tienen competencia para interpretar la constitución.

Para finalizar, recuerda que las autoridades de la república están instituidas para defender a los ciudadanos en su vida, honra y bienes, y no para cometer delitos a través de órdenes.

- El Doctor YESID REYES, miembro de la secretaría ejecutiva de la comisión, afirma que el artículo 91 de la Constitución Política, no puede leerse como si se tratara de una excepción absoluta, sin fisuras o sin límites, ya que no puede considerarse esta norma en forma aislada, dejando por fuera todo el análisis del contexto de la Constitución, ya que si la excepción allí planteada no admite excepciones, entonces la obediencia es ciega y si la obediencia es ciega, entonces la Constitución estaría autorizando la violación de normas Constitucionales que protegen la vida, honra y bienes de los ciudadanos; por todo lo anterior, plantea que el hecho de definir dentro

del código cuando la orden es ilegítima, se hace justamente para autorizar al inferior a no cumplirla

- El Doctor DR. GUSTAVO GALLON GIRALDO, Director de la Comisión Andina de juristas, seccional Colombia, recuerda que La corte Constitucional ha señalado en la sentencia relativa al estudio de la Constitucionalidad de los protocolos I y II, adicionales a los convenios de ginebra de 1944, que no puede invocarse la obediencia debida, para justificar delitos que constituyan actos de grave violación a los DD.HH y al DIH. (GUSTAVO GALLÓN –12).

- El Doctor ANTONIO JOSE CANCINO MORENO, Coordinador General de la comisión, rebatiendo la tesis planteada por el Señor TC @ LOPEZ LOPEZ, plantea que de la orden no puede deducirse un concierto, pues la misma es imperativa, y por esto jurídicamente vinculante, mientras en el concepto de concierto es obvio y apenas lógico que no existe "orden".

De otra parte, afirma que no se pretende a través de las propuestas planteadas eliminar la disciplina y la obediencia militar, sino simplemente crear una norma que tenga unos límites claramente señalados, lo cual cumple una función pedagógica y contribuye a un acertado desempeño de las FF.MM y a una mejor imagen de las mismas frente a la población civil.

- El Doctor YESID REYES, apoyando la tesis del Doctor CANCINO MORENO, afirma que no se esta proponiendo que los subalternos tengan que valorar cualquier tipo de ordenes, sino aquellas que puedan llevar a cometer delitos atroces como

genocidio, desapariciones forzosas, tortura; por tanto, afirma, que no se trata de resquebrajar el cumplimiento de las órdenes, sino de ponerles un límite a órdenes que repugnan, en beneficio de la respetabilidad de las Fuerzas militares.

- El Doctor CARLOS VICENTE DE ROUX , Consejero presidencial para los Derechos Humanos, trae a colación el discurso pronunciado por el entonces Presidente SAMPER, ante la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el 23 de septiembre de 1994, donde éste señalaba que el texto constitucional del Art. 91, inciso segundo, podría llevar a confusiones sobre el sentido de la obediencia debida, por lo que esa eximente de responsabilidad debía ser interpretada en el contexto de los profundos cambios que trajo consigo la carta del 91 y de los tratados internacionales, como los aprobados por el congreso por Ley 28 de 1959, referente a la convención para la prevención y sanción del delito del Genocidio, y la ley 70 del 86, que aprobó la convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en los cuales se excluye la obediencia debida como eximente de responsabilidad.

- La Doctora INES MARGARITA UPRIMINY, miembro de la secretaría ejecutiva de la comisión, recuerda lo señalado por la Corte suprema de Justicia, frente al tema de la "Obediencia debida", en su sentencia T-409 del 90, donde señala: "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." ; dado lo anterior considera muy importante apoyar una de las

tres propuestas presentadas, para hacer claridad en el Código Penal Militar, que este tipo de conductas no están cobijadas por el Código Penal Militar.

- El Doctor GUSTAVO GALLON GIRALDO, Director de la Comisión Andina de juristas, seccional Colombia, recuerda lo señalado por la Corte Constitucional en su sentencia C-131/93, mediante la que dicha corporación definió que tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, no solo la parte resolutive de sus sentencias sino también la parte motiva que guarda relación directa con estas, por lo que la interpretación que la corte ha hecho reiteradamente en el sentido de que la obediencia debida no puede invocarse respecto de graves violaciones a los DD.HH., y DIH, tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, señalando que en tal virtud ésta es una interpretación de obligatorio cumplimiento y por tanto plasmar dicha interpretación en un texto legal como el código penal militar, no puede ser considerado inconstitucional.

4.1.3 Resumen del acta Nro. 14 del 12 de Junio de 1995.

El día 12 de junio de 1995, al iniciarse la sesión, fueron presentadas a consideración de los integrantes de la comisión redactora del Código Penal Militar tres propuestas, que desde diferentes ópticas trataban de aglutinar, varias de las modificaciones propuestas en el curso de los debates realizados frente al tema de la "Obediencia debida"; dichas propuestas fueron las que se presentan a continuación:

**PROPUESTA PRESENTADA POR EL SEÑOR MAYOR GENERAL RAMON
EDUARDO NIEBLES USCATEGUI, DIRECTOR DE LA ESCUELA SUPERIOR DE
GUERRA**

El Señor Mayor General NIEBLES USCATEGUI, proponía modificar el artículo 26 del decreto 2550 de 1988, ó Código Penal Militar, vigente para esa fecha, que enumera los causales de justificación del hecho, el cual quedaría de acuerdo a su propuesta, de la siguiente forma:

ARTICULO 26 - No habrá responsabilidad legal cuando:

1. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

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

3. En legítimo ejercicio..... cargo público.

4. Por la necesidad de defender.....sea proporcionada a la agresión.

5. Por la necesidad de proteger..... que no tenga deber jurídico de afrontar.

**PROPUESTA PRESENTADA POR EL DOCTOR GUSTAVO GALLON GIRALDO,
DIRECTOR DE LA COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, SECCIONAL COLOMBIA**

El Doctor GALLÓN GIRALDO, proponía igualmente, modificar el artículo 26 del decreto 2550 de 1988, ó Código Penal Militar, vigente para esa fecha, así:

ARTICULO 26 - No habrá responsabilidad legal cuando:

1. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
2. Cuando se obre en cumplimiento de orden legítima de la autoridad
3. competente dada con las formalidades legales. **El subalterno debe abstenerse de cumplir una orden impartida por un superior cuando su ejecución implique la manifiesta y grave violación de los derechos humanos 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.**
4. En legítimo ejercicio..... cargo público.
5. Por la necesidad de defender.....sea proporcionada a la agresión.

6. Por la necesidad de proteger..... que no tenga deber jurídico de afrontar.

**PROPUESTA DE LA OBEDIENCIA DEBIDA PRESENTADA POR EL MINISTERIO
DE GOBIERNO:**

La Doctora KAREN KUHFIELDT SALAZAR, propone también, como representante del Ministerio de Gobierno, la modificación del artículo en mención, así:

ARTICULO 26 - No habrá responsabilidad legal cuando:

1. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
2. Cuando se obre en cumplimiento de orden legítima de la autoridad competente dada con las formalidades legales
3. En legítimo ejercicio..... cargo público.
4. Por la necesidad de defender.....sea proporcionada a la agresión.
5. Por la necesidad de proteger..... que no tenga deber jurídico de afrontar.

PARÁGRAFO: 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.

4.1.3.1 Posiciones en contra de las propuestas presentadas

- El Señor Brigadier General. FABIO ZAPATA VARGAS, Inspector General de la Fuerza Aérea, manifiesta su desacuerdo con las propuestas presentadas, manifestando que dentro de las sesiones realizadas, solo se ha interpretado el punto de vista jurídico de la obediencia debida, sin tener en cuenta el punto de vista del combatiente, siendo necesario, según su concepto, interpretar los sentimientos de esa persona, que finalmente en el campo de batalla, es quien debe aplicar con claridad este principio, sin lugar a dudas ni a equivocaciones.

Igualmente señala, que para tratar objetivamente el tema, se deben eliminar los fantasmas creados por libros como "terrorismo de Estado", donde acusaciones infundadas crearon un clima de duda frente a la legalidad de las acciones de la fuerza pública en nuestro país, pues la inspiración para definir en la forma mas justa posible el Código Penal Militar, no puede ser la desconfianza que organismos internacionales tienen sobre la justicia penal militar, pues se estaría negando a la fuerza el derecho de la reivindicación.

De otra parte, considera que limitar la obediencia debida sería crear un inaceptable clima de desconfianza entre los combatientes y las personas designadas para la elaboración del nuevo código.

Agrega también que no hay por que partir del principio que las órdenes serán ilegales, pues en aplicación del principio de la "obediencia debida", se supone que quien emite las órdenes es una persona estructurada ética y culturalmente, educada y entrenada para tomar decisiones en forma rápida frente a situaciones de crisis y por tanto responsable por las mismas, por lo que no se puede argumentar que existe la intención de proteger el delito, ni la impunidad; debido a lo anterior, manifiesta el Señor General ZAPATA, no estar de acuerdo con la propuestas presentadas, pues considera que al colocar artificios, a lo que ya establece la constitución, se puede originar una peligrosa situación de desconfianza entre superior y subalterno que incluso pueden llevar a una Insubordinación; recuerda en este sentido que la estructura militar descansa en las órdenes y en la confianza entre el subalterno y quien emite las mismas y que no se puede, en bien de la institución militar, resquebrajar esa confianza, ni limitar la iniciativa de los hombres, pues lo anterior sería lesivo para la institución militar.

- El Señor teniente coronel (r). RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ, Vicepresidente del Tribunal Superior Militar, señala que dentro de la "obediencia debida" se consagra la imposibilidad ética, jurídica y moral de predicar en cualquier medio incluyendo el castrense , la obediencia ciega, absoluta o pasiva; argumenta que no se conoce dentro de la jurisdicción Penal Militar, ningún caso en el que con violación flagrante de la Constitución nacional o de los derechos humanos, el juez haya admitido que se actuó bajo el principio de "obediencia debida"; por tanto considera innecesario consagrar ningún precepto aparte del que contiene el decreto 2550 de 1988 en su Artículo 26 numeral 2 , ya que no obstante la claridad y precisión del artículo 91. de la Constitución política, la causal excluyente existente es 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 o en cada situación, que sea sometida a su consideración.

Señala de otra parte el señor Magistrado, que no puede contemplarse la posibilidad de que exista una orden "manifiestamente ilegal", no importa su naturaleza, pues desde el mismo momento en que se pierde la legitimidad del mandato, se pierde la relación vinculante entre el superior y el subalterno, pues frente a una situación como la planteada, no existe obligación para el subalterno de cumplir la voluntad ilegal del superior, luego en su concepto, sobra esa prohibición expresa.

Igualmente, señala el Señor Teniente Coronel ® LOPEZ, que no ha habido norma en lo tocante a la obediencia debida, que haya sido declarada inexecutable, de tal forma que obligue a la comisión a no incluirla o a transformarla en el Código Penal militar, por lo tanto considera que no es conveniente incluir una norma que a la postre va a limitar la acción militar que se estructura sobre el concepto de disciplina, mando y subordinación, ya que según su concepto, lo que debe perseguir la reforma, es fortalecer la disciplina militar y la institución misma, a través del Código Penal Militar y no debilitarla en ningún momento.

Para terminar, concluye que la "obediencia debida" no se ha aceptado en el medio jurídico penal castrense, como un argumento para dar y cumplir ordenes irreflexivas, lo cual sería un absurdo legal y jurídico, institucionalmente inadmisibles, jurídicamente rechazables y estrictamente imposibles de predicar, y por tanto no se requiere de un

precepto expreso sobre el particular en el código penal militar.

- El Señor Mayor General RAUL ROJAS CUBILLOS, Inspector General de las Fuerzas Militares, argumenta que está perfectamente establecido y entendido dentro de la profesión militar que la orden, como piedra angular, o como columna vertebral de la misma, no puede tener la menor ambigüedad por parte de quien la emite, ni generar la menor duda para quien la cumple, pues esto colocaría al subalterno en el plano de dudar o de llegar a discutir las órdenes del servicio, lo cual no es permitido dentro de ninguna organización militar; por consiguiente, y siendo la orden un principio fundamental de la carrera militar, no considera necesario hacer mayores precisiones sobre el particular, pues se parte del principio que la orden, no puede ser, por lo menos conscientemente violatoria de un precepto Constitucional o de la ley.

- El señor Capitán de Fragata GERMAN PRIETO, afirma por su parte que la orden es el mandato legal que se debe obedecer, observar y ejecutar, y por tanto la "obediencia debida" es la que se rinde a un superior jerárquico, que emite órdenes, que bajo las circunstancias señaladas son eximentes de responsabilidad en los delitos, y por el contrario la "obediencia ciega" es la que se presta sin examinar los motivos o razones del que manda, lo cual esta prescrito dentro de las Fuerzas militares; igualmente señala que el reglamento de régimen disciplinario en su artículo Nro. 13, señala las características que debe tener toda orden militar, por lo que no se puede considerar como orden el mandato superior que no se enmarque dentro de estas características; advierte también que el mismo reglamento de régimen disciplinario permite el disenso para los militares en su artículo 15, que habla de la

responsabilidad de la orden militar.

En lo referente a las reformas propuestas, considera que existe una atadura de orden constitucional, por la que cualquier delimitación o definición del concepto de obediencia debida, podría originar contradicciones con la constitución política, que al final invalidarían cualquier reforma, señalando específicamente que la eximente de responsabilidad establecida en el artículo 91 de la constitución Nacional, es de orden Constitucional y debe mantener esta categoría, pues si se traslada a la ley, se estaría elaborando una norma que puede ser demandada por inconstitucional.

- El Señor Mayor General RAMON EDUARDO NIEBLES USCATEGUI, Director de la Escuela Superior de Guerra, señala por su parte, que el eximente de responsabilidad planteado en el numeral 2 del artículo 26, del decreto 2550 de 1988, que justifica el hecho cuando se obra en cumplimiento de orden legítima, de autoridad competente, emitida con las formalidades legales, estaría cobijando todo, sin ser necesario mayor ampliación sobre el particular.

4.1.3.2 Posiciones a favor de las propuestas presentadas

- El Doctor ANTONIO JOSE CANCINO MORENO, Coordinador General de la comisión, argumenta que hay dos clases de ordenes: legítimas e ilegítimas, pues si esto no fuera así, no se habría hecho la excepción en el inciso 2 del artículo 91, de la constitución Política, sobrando de hecho esta disposición; por tanto las aclaraciones que se sugiere incluir en el código son viables en la medida que el problema se presenta cuando la orden entre militares tiene un grado relativo de

ilegitimidad.

De otra parte señala, que 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 puedan existir en la interpretación de la ley, en aras de perfeccionar la misma, pues la problemática concreta que se vá presentando en la historia doctrinal y jurisprudencial, debe necesaria e imperiosamente volverse ley; por tanto no es cierto, en su concepto, que el artículo 91 de la constitución Política deba interpretarse literalmente.

- El Doctor HERNANDO VALENCIA VILLA, Procurador para los Derechos Humanos esgrime, que Incluir las reformas propuestas, no afecta el funcionamiento de la Justicia Penal Militar, como ha sido planteado por quienes se oponen a dichas adiciones, explicando que en este caso la discusión es eminentemente normativa, de cotejo entre estas normas del código penal militar actual, los principios expresados en la Constitución política del 91 y los preceptos internacionales que prevalecen en el orden interno.

Señala igualmente que es mejor, para el Estado y para el mismo funcionamiento de la Justicia Penal Militar, pasar de un sistema indeterminado, abierto, ligado por entero de la casuística del juez de conocimiento y del tribunal de conflictos, a uno que dé a estos últimos, unos marcos de referencia que no descalifican, no invalidan, no descapacitan, ni deslegitiman la Justicia Penal Militar, sino que le permiten un funcionamiento mucho mas adecuado, porque está acorde con la nueva constitución y los preceptos internacionales que ella hace prevalecer en el orden interno, dándole

una mayor transparencia en la crisis de derechos humanos que atraviesa el país.

- El Doctor GUSTAVO GALLON GIRALDO, Director de la Comisión Andina de juristas, seccional Colombia, recuerda que uno de los mandatos dados a la comisión de reforma del código Penal Militar, por el decreto que ordenó su creación, fue precisamente ajustar este documento a los nuevos mandatos de la Constitución política, por tanto, reitera que la comisión tiene el deber de adecuar la norma a los nuevos postulados Constitucionales, máxime cuando existen tratados internacionales ratificados por el congreso como el de la convención sobre la tortura, en la cual se prohíbe expresamente la invocación de la obediencia debida como eximente de responsabilidad.

Dado lo anterior, señala que una norma como la propuesta no introduce una fisura, en el cumplimiento de las órdenes que constituyen uno de los pilares fundamentales de la institución militar, ni da lugar a ambigüedades en las ordenes, ni a la discusión de las mismas, pues como está planteada en alguna de las propuestas, incluye una enunciación de aquellas conductas aberrantes a los ojos de todo el mundo, respecto de los cuales no se podrá invocar el principio de obediencia debida; por tanto no podría discutirse, ningún aspecto menor de una orden, sino solamente cuestiones que evidentemente repugnan la conciencia humana.

- El Doctor YESID REYES ALVARADO, explica que en lo que se refiere a la delimitación del cumplimiento a las órdenes, existe ya una fisura, pues según surge de la discusión no existe la obligación de cumplir ordenes expresamente ilegales, por tanto debe analizarse que clase de fisura brinda mayor seguridad al estamento

militar, si una fisura establecida por la vía jurisprudencial, que no es vinculante y es siempre volátil, en el sentido que puede cambiar, o una fisura o delimitación impuesta por el legislador, vinculante y con vocación permanente, concluyendo que en su concepto es posible que sea mejor esta última.

- El Doctor JAIME CORDOVA TRIVIÑO sostiene, - en clara referencia a quienes no ven la necesidad de hacer reformas al código, en el caso de la obediencia debida, argumentando que no existe prueba alguna que indiquen que dicho principio ha sido usado como fuente de impunidad -, que la ley no solamente está para regular los casos que se presentan en la realidad, sino los que hipotéticamente pueden presentarse, pues en ese orden de ideas se tendrían que suspender artículos como el 70 del código penal militar, argumentando que nadie ha sido juzgado por "menoscabo de la integridad territorial".

Sostiene también el doctor CORDOBA, que si se han presentado casos, en Colombia, donde la "Obediencia debida", se ha esgrimido como eximente de responsabilidad, como en el caso del Palacio de Justicia, donde se excusó la responsabilidad de altos oficiales de la Fuerza Pública, escudándose en la vigencia de este principio.

- El Doctor CARLOS VICENTE DE ROUX , Consejero presidencial para los Derechos Humanos, señala que en el escenario internacional, 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 denominados relatores o grupos de trabajo temático en materia de DD.HH; según el

Doctor DE ROUX, todos esos relatores han llamado la atención sobre el tema de la "obediencia debida", como un tema que facilita la impunidad del subalterno, por tanto considera que sería de buen recibo en la comunidad internacional, en un momento en que el país quiere demostrar su compromiso con esas temáticas, el que se llevara los desarrollos de la jurisprudencia en esta materia a la ley, dándole la fuerza de un texto legal.

Considera igualmente que la interpretación literal del artículo 91 de la Constitución Política, también podría causar confusión en el subalterno, pues al atenerse a su letra, éste podría verse envuelto en cumplimiento de órdenes ilegales; por lo tanto, y en aras de la seguridad jurídica para ese subalterno, es muy conveniente que la ley precise los alcances de la obediencia debida, en relación con las conductas atroces que se vienen proponiendo incluir en el artículo que habla sobre los causales de justificación del hecho, incluidos en el artículo 26 del decreto 2550 de 1988.

- El Doctor ALEJANDRO HERNÁNDEZ, manifiesta por su parte, que si la comisión encuentra consenso en que la "obediencia debida" en algunos casos, si es eximente de responsabilidad, debe entonces quedar explicado perfectamente si lo hace a título de antijuricidad o de inculpabilidad, pues no todas las conductas antijurídicas generarían indemnización de perjuicios, mientras que todas las conductas inculpables, si las generarían.

- La Doctora DRA. OLGA BULA ESCOBAR, representante del Ministerio de Justicia y del Derecho, argumenta que definir la obediencia debida, dentro del código, como ha sido propuesto, puede servirle al estamento militar, al país y a los estamentos

internacionales, respecto a la nueva política criminal que se desprende de la Constitución y de la conveniencia de tener una normatividad clara frente al problema de los derechos Humanos.

4.1.4 Resumen del acta Nro. 16 del 20 de Junio de 1995.

Continúa el debate sobre las tres propuestas presentadas para la reforma del artículo 26, del decreto 2550 de 1988, siendo los planteamientos mas importantes los que se presentan a continuación.

4.1.4.1 Posiciones en contra de la propuesta.

- El señor TC.® RUBEN DARIO LOPEZ LOPEZ, afirma que nuestro Código Penal Militar, contrariamente a lo que se ha venido sugiriendo, no tiene un precepto de cuyo texto, interpretación y alcance pueda deducirse que se está consagrando la obediencia ciega, absoluta o ilimitada y por el contrario, si bien es cierto que 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, el genocidio, las ejecuciones sumarias, y en general otros delitos que sean considerados de lesa humanidad, el Código Penal Militar en proceso de reforma, en su artículo 14, estaba anticipándose a estas normas.

Por tanto no propone 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 aclara que si ya hay limitaciones que

se imponen, porque hay artículos de la Constitución Nacional de cuyo alcance se deduce esta conclusión, piensa que en vez de modificar los factores eximentes de responsabilidad, como se establece en las propuestas bajo estudio, sería más conveniente mejorar la redacción del artículo 14 del Código Penal Militar bajo reforma, que podría quedar de la siguiente manera: "las disposiciones de este código, se aplicarán a miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, que cometan delitos en relación con el servicio, dentro o fuera del territorio nacional salvo lo establecido en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso", lo anterior significaría, que si hoy por hoy delitos como la tortura, prohíben la invocación de la obediencia debida, por ser las convenciones internacionales impositivas en el orden interno y mañana otros delitos como la desaparición forzada, el genocidio, el secuestro, la violación carnal, u otros, quedan comprendidos en un tratado o en un convenio internacional debidamente ratificado por el Congreso, estos recibirán el mismo tratamiento.

De aceptarse esta propuesta, concluye, lograría armonizarse los artículos 91, 93 y 221 de la Constitución.

- El Señor CR. ® JOSE MANUEL CASTRO SUAREZ, considera más viable la propuesta planteada por el señor TC. ® LOPEZ, ya que desde su punto de vista, esta fórmula tiene la ventaja que define claramente los conceptos de "obediencia debida" y "acto del servicio", dejando la puerta abierta para que todos aquellos delitos de lesa humanidad, que sean adoptados a través de tratados internacionales en los 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.

De otra parte opina el señor Coronel ® CASTRO, que ubicar una excepción sobre obediencia debida, como inciso de la causal a que se refiere el numeral segundo de los eximentes de responsabilidad, es prácticamente anular la causal, lo cual deja sin posibilidad al sindicato de invocarla en su defensa, haciéndola de esta forma prácticamente nula, por tanto considera poco adecuada esta propuesta.

4.1.4.2 Posiciones a favor de la propuesta.

- La DRA. KAREN KUHFELDT, recuerda al resto de comisionados, que desde el debate sobre las objeciones presidenciales al proyecto de la tipificación de la desaparición forzada, 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, en el caso de los militares, este artículo amerita actualmente una lectura distinta a la que se hacía, bajo la Constitución del 86, pues si bien los textos son iguales, el eje de la Constitución del 91, es el respeto a la dignidad humana y sobre esa medida, debe interpretarse esta eximente de responsabilidad.

Señala igualmente que el Presidente, como el Estado Colombiano, y sus representantes, son muy conscientes de la función trascendental que la disciplina y la obediencia desempeñan en el ámbito castrense; pero aclara que en ningún caso se pueden cobijar violaciones graves de derechos humanos, al amparo de un eximente de responsabilidad y por tanto apoya la propuesta presentada por el Ministro de Gobierno, pues considera que acoge y reitera la posición explícita del

Gobierno, en este tema.

- El Doctor ADOLFO SALAMANCA CORREA, apoya la propuesta presentada por la representante del Ministerio de Justicia en torno de la posibilidad de definir en el Código de Justicia Penal Militar, lo que sería la obediencia debida y sus límites, señalando la tendencia que han tenido la mayor parte de los miembros de la comisión de definir conceptos claros que se traduzcan en una correcta interpretación de lo que son el acto de servicio y la obediencia debida, donde no quepa la interpretación de los mismos como privilegios personales, o que incluya delitos no relacionados con el servicio; por consiguiente es igualmente partidario de la interpretación no textual, sino racional del artículo 91 de la Carta Política, en el sentido que si se trata de hablar de unidad normativa, como en efecto debe interpretarse todo el texto constitucional, debe tomarse la excepción señalada en el inciso segundo del mencionado artículo en concordancia y armonía con el resto de la normatividad Constitucional.

- La Doctora INES MARGARITA UPRIMINY, representante de la defensoría del pueblo, expresa su acuerdo con lo señalado por el DR. SALAMANCA, en el sentido que ningún artículo de la Constitución puede ser leído de manera aislada, sin considerar en conjunto las demás normas Constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, como pretende leerse el Art. 91 de la Constitución Política; debido a lo anterior, comparte la propuesta hecha por DRA. KAREN KUHFELDT, a nombre del Ministerio de Gobierno.

- El Doctor CARLOS RODRÍGUEZ, plantea que existe la obligación de parte de la

comisión, de desarrollar el artículo 91 de la Constitución de acuerdo a los recientes fallos de la corte Constitucional, en virtud de la aclaración hecha por el Director de la Comisión Andina de Juristas DR. GUSTAVO GALLON, sobre el tema de la cosa juzgada, donde queda claro que la parte motiva de las sentencias también es obligatoria y hace tránsito a cosa juzgada Constitucional, cuando guarda directa relación con la parte resolutive, y de otra parte, de acuerdo a tratados internacionales, que según lo contemplado en el artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno, tales como la Convención Internacional contra la tortura, que descarta la obediencia debida, como eximente de responsabilidad, y la tendencia del derecho internacional de los derechos humanos a excluir igualmente la obediencia debida, como causal que justifique o que exima de responsabilidad al subalterno, que cometa delitos considerados de lesa humanidad esgrimiendo como justificación para su conducta la existencia de una orden superior. Por todo lo anterior apoya la propuesta presentada por el Ministro de gobierno y expuesta por la Doctora KAREN KUHfeldt, haciendo la salvedad que entiende que los delitos citados en la propuesta son una enumeración y que la misma no es una cláusula cerrada o una enumeración taxativa, por lo que propone incluir dos delitos, que por la gravedad de las conductas que implican, deben ser incluidos en esta lista, como lo son el secuestro y la violación carnal.

- El Doctor. YESID REYES ALVARADO, manifiesta que en su concepto, conviene hacer una ejemplificación de las violaciones graves y manifiestas a las que se ha venido refiriendo la comisión a lo largo de todo el debate, sin ser partidario de incluir delitos como los que menciona la comisión andina de Juristas porque le parece que son más susceptibles de discusión; sin embargo señala, que en lo que no hay

polémica, es respecto a casos como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura, por lo que conviene dejar claramente establecidos, por vía ejemplificativa, estos cuatro casos, en los cuales la obediencia debida no puede reconocerse como exención de responsabilidad. En consecuencia apoya la propuesta de la Doctora. KAREN KUHfelDT, presentada a nombre del ministerio de Gobierno.

- El Doctor HERNANDO VALENCIA VILLA, plantea en torno a lo propuesto por el señor Coronel ® CASTRO, su desacuerdo, pues según él, tal como está formulada y tal como se oye, a primera vista la norma, daría la impresión de que solamente en aquellos casos en que el derecho internacional de 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 esto en su concepto no es suficiente, pues si bien es cierto que la tendencia del derecho internacional a restringir cada vez más el ámbito de conocimiento de las jurisdicciones especiales, entre ellas la militar, se va a consolidar y ampliar en el futuro, esta es una tendencia que apenas empieza y por tanto 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.

- El Doctor ADOLFO SALAMANCA CORREA, señala su acuerdo con el Doctor VALENCIA VILLA, pues en su concepto la fórmula presentada por el señor Coronel ® LOPEZ, es solo en apariencia más amplia, cuando hace referencia a los

instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos, incorporados en la legislación Colombiana; por tanto considera que la propuesta presentada por el Ministerio de Gobierno, es mas conveniente, en la medida que no tiene limitación de ninguna naturaleza, pues al referirse a graves y manifiestas violaciones de los derechos de la personal humana, incorpora cualquier normatividad interna o externa, escrita o consuetudinaria aceptada universalmente, y por lo mismo resulta positivo el enunciado de algunos ejemplos, que el mundo contemporáneo rechaza como forma de expresión de la Fuerza Pública, tales como el genocidio, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales o la tortura, para mencionar solo las más conocidas del mundo de hoy, pero sin cerrar las puertas a otras evidentes violaciones de los derechos humanos.

- El Doctor CARLOS VICENTE DE ROUX, igualmente apoya la propuesta del ministerio de Gobierno, aduciendo que el hecho de enunciar unas conductas aberrantes que no son justificables en ningún momento ni respecto del superior que da la orden, ni del Subalterno que la recibe, le esta enseñando al miembro de la Fuerza Pública, al inferior o al superior, que es lo que se quiere prescribir y limitar y le esta dando unos soportes de seguridad jurídica a ese inferior en los casos concretos a que pueda verse avocado.

4.2 EL DEBATE SOBRE LA "OBEDENCIA DEBIDA" EN EL REGLAMENTO DE REGIMEN DISCIPLNARIO.

El debate sobre el tema de la "Obediencia debida", dentro de las Fuerzas Militares, no se limitó de ninguna manera al estudio y reforma del Código Penal Militar, de hecho mucho antes de que el Gobierno nacional, avistara la necesidad de la reforma de este documento, se habían presentado debates alrededor de este tema, sobre la base de algunos conceptos contenidos en el Reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares.

Un ejemplo claro de lo anterior, fue la demanda de inconstitucionalidad presentada ante la honorable Corte Constitucional, el 19 de mayo de 1995, por el entonces Defensor del Pueblo, Doctor JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, contra el artículo 15 del Decreto 0085 de 1989 ó antiguo reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

En su demanda el doctor CORDOBA TRIVIÑO, manifestaba con respecto al citado artículo que la expresión "toda" presente en el inciso primero, así como la frase "sí éste insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito", que aparece en el segundo inciso de la misma disposición, violaban los artículos 1, 2, 6, 18, 91 y 95 de la Constitución Política de Colombia.

Según argumentaba el demandante, en principio, las órdenes que imparten los militares deben ser cumplidas por sus subordinados en el tiempo y del modo indicados, sin que éstos últimos puedan evaluar y discutir su legalidad, oportunidad y conveniencia. Por esta razón, en virtud del principio de obediencia debida, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que dio la orden y no

en el subalterno que la ejecutó (C.P. art. 91). Solo así se garantiza la disciplina y cohesión internas del cuerpo castrense, las que son condición esencial de la existencia y del correcto funcionamiento de la fuerza pública.

Sin embargo, el anotado principio, no tiene un alcance ilimitado o absoluto. Frente a las órdenes militares "ilegítimas" - las que implican la comisión de actos delictivos, inmorales, antiéticos o deliberadamente opuestos a principios de justicia y moralidad universalmente reconocidos -, el principio de obediencia debida deja de obrar y, en consecuencia, la responsabilidad por los actos perpetrados que "han debido evitarse de alguna manera", debe extenderse tanto al superior, como al subalterno o agente que los realizó. En suma, el principio de obediencia debida sólo cobija las órdenes militares legítimas, esto es, aquéllas que se relacionan con el cumplimiento de las misiones constitucionales asignadas a la fuerza pública y que se cumplen a través de los procedimientos y medios ajustados al ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, la expresión "toda" del primer inciso de la norma demandada, resulta inconstitucional. De mantenerse dicha expresión, el principio de obediencia debida tendría carácter absoluto y la irresponsabilidad de los militares subalternos sería total (el subrayado es mío). El acatamiento y cumplimiento estricto de órdenes ilegítimas, viola los derechos fundamentales de las víctimas de los actos realizados, lo mismo que la libertad de conciencia de los agentes que las llevan a cabo. Adicionalmente, quebranta el principio de responsabilidad de los servidores públicos (C.P. art. 6), al prohiar la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones estatales.

Igualmente, la frase “si éste insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito”, viola la Constitución Política, pues equivocadamente parte de la premisa de que el orden constitucional convalida el principio de una obediencia debida absoluta. La obediencia debida, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, no equivale a obediencia ciega e irreflexiva. Por el contrario, el principio de obediencia ha de ser matizado en dos aspectos . El primero ante la orden militar ilegítima, el subalterno puede y debe oponer resistencia con base en su libertad de conciencia (C.P. art. 18). El segundo es que el militar subalterno, como “persona “ continua ligado al catalogo de deberes públicos que, en aras de la solidaridad humana, le obligan a respetar los derechos de las personas y a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica (C.P., art. 95)

Frente a la demanda presentada se plantearon posiciones a favor y en contra de los argumentos esgrimidos por el Doctor CORDOBA TRIVIÑO, algunos de los cuales se presentan a continuación, para delimitar el ambiente conceptual dentro del cual la Honorable Corte Constitucional, fijo su posición sobre el particular.

4.2.1 Conceptos que apoyan los argumentos presentados en la demanda

4.2.1.1 Posición del Procurador General de la Nación

En concepto del señor Procurador general de la Nación encargado, Las expresiones demandadas son inexecutable, pero también lo es la parte del texto no demandado de la norma acusada que, sin aquéllas, carece de sentido, por las siguientes razones:

- El superior no está habilitado para dictar órdenes ilegítimas, de acuerdo a lo contemplado en el artículo 16 del decreto 85 de 1989 y, en este caso, el subalterno no se encuentra obligado a observarlas y tiene el deber incluso de evaluarlas y apartarse de ellas cuando pese a ser formalmente legítimas, materialmente sean contrarias a derecho, "sin que por dicha conducta pueda ser considerado [el inferior] como sujeto de reproche". En el evento de que el subalterno, a sabiendas de la ilegalidad de la orden, decida darle cumplimiento, toda vez que ha "contado con la posibilidad de apartarse de su contenido violatorio del orden jurídico", no podrá obtener la exoneración de su propia responsabilidad. Por tanto, la obediencia debida opera únicamente respecto de las órdenes legítimas impartidas con ocasión de actos de servicio, vale decir, las que se sujeten a las prescripciones constitucionales, legales, estatutarias o reglamentarias.

- El militar subalterno, como ser humano libre y digno, no está obligado a actuar en contra de sus convicciones, y, como servidor público, está sometido a la Constitución y debe proteger la vida, honra, derechos y bienes de las personas.

- Varios tratados suscritos por Colombia, vigentes en el derecho interno y de los que se derivan pautas obligatorias de interpretación, como la que contempla el artículo 93 de la Constitución Política, introducen excepciones al principio de obediencia debida con el fin de proteger a la población civil y a las víctimas de conflictos armados, orientadas a prevenir y sancionar el genocidio, la tortura, y la imposición de penas crueles y degradantes.

- La libertad de conciencia del militar subordinado, consagrada en el artículo 18 de la Constitución política, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en su sentencia T-409 de 1992, constituye un límite a la discrecionalidad de quien manda. A fin de conciliar la disciplina castrense con el respeto a los derechos humanos, debe relativizarse el principio de obediencia debida de suerte que este no implique un seguimiento ciego a las instrucciones impartidas por el superior.

4.2.1.2 Posición de la Consejería Presidencial para derechos humanos.

La consejería Presidencial para los Derechos Humanos en escrito enviado a la Corte Constitucional, por instrucción del Consejero Presidencial, apoya la demanda de inexequibilidad presentada por el Doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, al artículo 15 del Decreto 85 de 1989, basado en los siguientes argumentos:

- La lectura del texto constitucional del artículo 91, inciso 2º puede llevar a confusiones sobre el sentido de la obediencia debida, dando a entender que esa eximente de responsabilidad opera incluso en violaciones muy graves de los derechos humanos como la desaparición forzada de personas.

- La obediencia debida, figura sobreviviente de Constitución de 1886, debe ser interpretada en el contexto de profundos cambios que trajo consigo la Carta de 1991, entre ellos la explícita asignación de unos determinados fines al Estado "servir a comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos deberes consagrados en la Constitución...", que no pueden ser desvirtuados en ningún caso por otra norma.

- Los trascendentales 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.

- El artículo 93 de la Constitución vigente señala que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, como es el caso de los aprobados por el Congreso mediante la Ley 28 de 1959 referente a la Convención para la prevención y sanción del delito y la Ley 70 de 1986, relativa a la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en los cuales se excluye la obediencia debida como eximente de responsabilidad.

Debido a lo anteriormente expuesto, concluye la consejería presidencial para los Derechos Humanos, las normas demandadas por el señor Defensor del Pueblo, se oponen a los anteriores preceptos Constitucionales y del derecho internacional aplicables en el ámbito Nacional, o por lo menos inducen a confusiones, que van en detrimento incluso de las mismas Fuerzas Militares, por lo que considera conveniente que se reformen las mismas, ajustándolas a los principios legales señalados anteriormente.

4.2.1.3 Posición de los comandantes de las fuerzas militares

Los comandantes de la Fuerza Aérea, Ejército Nacional, Armada Nacional y el comandante general de las fuerzas militares, no solo apoyan la demanda del señor defensor del pueblo, sino que solicitan que se declare la inexecutableidad de la totalidad del artículo 15 del Decreto 85 de 1989, pues consideran que la norma crea un vacío funcional y disciplinario que perjudica la organización y el servicio de la defensa nacional, basados en las siguientes consideraciones:

- El principio de responsabilidad que abarca tanto a quien imparte una orden como al agente que la ejecuta, cuando quiera que ella comporte la infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, consagrado en el inciso primero del artículo 91 de la Constitución Política, sufre una excepción en el segundo inciso tratándose de los militares en servicio activo, en cuyo caso la responsabilidad recae exclusivamente en el militar ordenante y no en el militar subalterno ejecutor. La anotada excepción excluye que las ordenes militares puedan ser objeto de deliberación, cuestionamiento o rechazo por parte de los subalternos, puesto que de lo contrario estos se harían "corresponsables" con sus superiores y además, no podrían ser eximidos de responsabilidad ya que ejecutarían la orden a sabiendas de su inconstitucionalidad.

- La norma demandada, viola igualmente el artículo 219 de la Constitución Política, que no contempla respecto del personal militar, la posibilidad que se puedan cuestionar las órdenes del servicio, pues en su concepto, dicho supuesto quebranta la relación jerárquica y la disciplina.

4.2.2 Conceptos en contra de los argumentos presentados en la demanda

4.2.2.1 Posición del Ministerio de Justicia y del Derecho

En concepto del Doctor Gonzalo Suárez Beltrán, quien impugnó la demanda, actuando en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, la norma demandada es exequible, por las siguientes razones:

- La disciplina, la obediencia y la sumisión, son las bases fundamentales de las fuerzas militares, sin las cuales no es posible garantizar el cumplimiento de su misión constitucional consistente en la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional como lo señala el artículo 217 de la Constitución Política.

- A diferencia de los cuerpos civiles el militar se enfrenta por la índole de sus tareas a diversas y constantes "situaciones límite" en las cuales desobedecer, modificar o cuestionar la orden de un superior puede generar o empeorar una crisis". De hecho, la desobediencia tiene el carácter de delito en el código penal militar.

- Si se interpreta el artículo 91 de la Constitución Política, en el sentido de que la obediencia debida sólo ampara "órdenes legítimas", se lo priva de todo significado y utilidad y se lo torna redundante pues nada añadiría a lo dispuesto por el artículo 6 de la Constitución. En realidad, este artículo se ocupa precisamente de la responsabilidad derivada de las órdenes "ilegítimas".

- De otro lado, la libertad de conciencia otorga a la persona una facultad y no un deber u obligación de actuar conforme a sus creencias y convicciones. La norma demandada no impone una obediencia ciega al militar subalterno. Este tiene el deber de oponerse al cumplimiento de una orden arbitraria o antijurídica, para lo cual se contempla el mecanismo de la manifestación ante el superior, que de reiterarla deberá confirmarla por escrito antes de su ejecución. De esta manera el inferior puede exonerarse de la responsabilidad que pueda derivarse del cumplimiento de una orden ilegítima.

- El límite al principio de obediencia debida no puede ser la simple desobediencia del subalterno - que desarticula la disciplina militar -, sino la manifestación de la objeción a la orden y el derecho que se tiene a no ejecutarla hasta tanto el "superior no haya insistido en la misma y haya transmitido la orden por escrito".

Todo lo anteriormente expuesto explica el fundamento de lo contemplado en el artículo 15 del decreto 85 de 1989 y por tanto, señala, no existe contradicción alguna con el ordenamiento jurídico, ni con el espíritu de la Constitución de 1991; por lo cual considera que la honorable Corte Constitucional debe declarar "Exequible" el artículo en mención

4.2.2.2 Posición del ciudadano William Galvis Pinzón

El Señor GALVIS PINZON, en representación de la Corporación S.O.S. Colombia - viva la ciudadanía, señala que al tenor de una interpretación sistemática de la Constitución, cabe concluir que la obligatoriedad absoluta de las órdenes militares,

viola la libertad de conciencia del militar subalterno quien, en ciertos casos - "violación de derechos fundamentales, a través de prácticas como la tortura, la desaparición forzada, el genocidio y los homicidios fuera de combate, entre otros,- tiene el derecho a objetar la orden y el deber de hacerlo, como lo señalan los artículos 2, 5, 11 y 12 de la constitución Política.

Señala además que la convención contra la tortura, de otro lado, establece que "no podrá invocarse una orden de funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura".

Por lo expuesto, solicita el ciudadano en mención, mantener el principio de obediencia debida, salvo en los casos indicados.

4.2.3 Concepto de la Honorable Corte Constitucional, en respuesta a la demanda interpuesta

La honorable Corte Constitucional en respuesta a la demanda presentada por el Doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, Defensor del pueblo, para ese entonces, después de considerar al tenor del numeral 5, del artículo 241 de la Constitución Política, que estaba dentro de su competencia la atención de dicha demanda, profirió el fallo del cual se resumen a continuación los aspectos mas relevantes:

La honorable Corte Constitucional expresa inicialmente que las tesis expuestas por quienes han intervenido en el proceso, pueden reducirse a tres que define así:

- La primera, que pretende limitar la exigente de responsabilidad a los eventos en que las órdenes sean legítimas.

- La segunda que pide la inexequibilidad total de la norma, ya que a su juicio la misma estimula el cuestionamiento de las órdenes militares por parte de los inferiores, lo que entraña una violación grave a la disciplina y la jerarquía consustanciales al estamento castrense.

- La tercera que solícita la declaratoria de "exequibilidad condicionada", como quiera que la norma encierra una fórmula conciliatoria entre la obediencia debida ciega y la reflexiva, que permite a la vez la exoneración de la responsabilidad del inferior y el mantenimiento de la disciplina militar.

En respuesta a la primera tesis la corte señala que no se puede limitar la exigente de responsabilidad, establecida en el inciso 2 del artículo 91 de la Constitución política, a las órdenes "legítimas", entendiéndose por estas las que se ajustan a derecho, tanto en su emisión como en su ejecución, pues en ese orden de ideas, este exigente de responsabilidad sobraría, pues se sobreentiende que este tipo de órdenes nunca podrían ir en contra de un precepto Constitucional; por tanto señala la Corte, es precisamente para las órdenes de cuya ejecución se desprende una conducta punible, que no era notoria o previsible en el momento de su emisión, que existe este precepto Constitucional y por tanto no sería conducente excluir de su órbita de aplicación, el tipo de órdenes que precisamente le dan fundamento.

Igualmente, agrega la Corte, frente a esta posición, que lo que debe resolverse, se

refiere al límite que en el ámbito constitucional tiene la ejecución de órdenes militares ilegítimas, señalando que no puede aplicarse este precepto Constitucional a las órdenes manifiesta, abiertas o notoriamente ilegales..

Visto lo anterior, concluye la Corte, que el inciso primero del artículo 15 del decreto 85 de 1989, quebranta el bloque de constitucionalidad si se interpreta en sentido absoluto y en consecuencia de lo anterior lo declarará exequible, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 49), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.

En respuesta a la segunda tesis, señala la Corte Constitucional que el inciso 2º del artículo 15 del Decreto 85 de 1989, que consagra el deber de advertencia al Subalterno, en ningún momento viola el artículo 91 de la Constitución Política, como lo manifestaron los Señores Generales, Comandantes de las Fuerzas militares, pues la norma constitucional citada regula un momento posterior a la emisión la orden militar y se ocupa de determinar el agente que debe responder las consecuencias dañosas producidas por su ejecución. Mientras que el deber advertencia, en cambio, claramente se configura en el período que antecede la ejecución de la orden militar.

Por consiguiente, señala la Corte, no puede interpretarse el deber de advertencia, como contrario al deber de obediencia, pues por el contrario, el mismo, permite tanto a las fuerzas militares como a sus integrantes, recordar y ser fieles a su misión primordial y, por consiguiente, no puede sino redundar en su propio beneficio.

De otra parte, concluye la Corte, sobre la parte final de la norma examinada, que reza: "Si el superior insiste, el subalterno está obligado a cumplir la orden previa confirmación por escrito". Esta no puede referirse en ningún momento al tipo de órdenes señaladas como manifiesta o notoriamente ilegales, sino a órdenes sobre las cuales puede haber al subalterno una duda razonable, pero que a la vista por lo menos, no observan visos de ilegalidad; de modo que frente al cuestionamiento hecho al inciso en mención, la Corte concluye que en efecto la norma es constitucional, salvo en el evento de que el militar que ejecuta la orden lo haga no obstante conocer su antijuridicidad, en cuyo caso comprometerá su responsabilidad.

Finalmente en referencia a la tercera tesis, señala que la misma como punto intermedio entre las primeras tesis esgrimidas, no requiere de explicación adicional, pues es desvirtuada por los mismos argumentos.

De esta forma y en razón a todo lo anteriormente expuesto, la honorable Corte constitucional frente a la demanda interpuesta por el Doctor CORDOBA TRIVIÑO, Defensor del Pueblo, para ese entonces, profirió el siguiente fallo:

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional,

RESUELVE

Declarar la **EXEQUIBIBILIDAD** del artículo 15 del Decreto 0085 de 1988 "Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares", siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4"), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.

5. ASPECTOS RELEVANTES EN LA INTERPRETACIÓN ACTUAL DEL CONCEPTO DE OBEDIENCIA DEBIDA

Después del amplio recorrido realizado en los capítulos anteriores, por los orígenes, desarrollo histórico y conceptualización del principio militar de "Obediencia debida" y de escuchar atentamente la discusión alrededor de su ámbito de aplicación y limitaciones dentro del orden jurídico Nacional e Internacional, pasaremos a estudiar en este capítulo algunos conceptos extractados de la obra del Doctor JESÚS ORLANDO GOMEZ LOPEZ, "La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los Derechos humanos", por considerar que los mismos constituyen un marco de referencia adecuado, que nos permitirá entender la tendencia actual de enfocar el tema de "La obediencia debida", a través de un enfoque eminentemente jurídico, máxime si se tiene en cuenta que la obra en mención, debido a su contenido y actualidad, ha sido adoptada, por buena parte de los funcionarios de la jurisdicción Penal Militar, como texto obligado de consulta, en lo que se refiere al tema de la "Obediencia debida".

El estudio de estos conceptos, nos permitirán, sin duda, evaluar la precisión con la que viene siendo interpretado este principio fundamental de la organización militar y el impacto que algunos de estos argumentos pueden causar dentro de la misma.

5.1 LA ORDEN DE SUPERIOR JERÁRQUICO EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El perfecto entendimiento e interpretación de la norma constitucional, no puede hacerse desde la óptica de los códigos penal o penal militar, mejor, estos deben ser entendidos e interpretados desde la visión de la Carta Política y a partir de la teoría de los Derechos Humanos. A más de ello el Artículo 91 de la Carta Constitucional, a su turno está delimitado en sus alcances por el cuerpo de normas fundadoras de la propia Carta Política, que no obstante ser parte de la Constitución Nacional, por señalar los rumbos, objetivos y propósitos esenciales del Estado, tiene rango y validez superior al propio Artículo 91 de la Carta ¹¹.

Sea lo primero indicar que cuando el Artículo 91 de la Carta Política, se refiere a la infracción manifiesta de un precepto constitucional, y a que el mandato de superior no exime de responsabilidad al agente que la ejecuta, está aludiendo a la *orden ilegítima* impartida por un superior jerárquico, pues, es apenas natural que tratándose de una *orden legítima*, esto es la impartida de acuerdo con la constitución y las leyes, con las formalidades legales y la competencia debida, el cumplimiento de la misma es un hecho legítimo ¹² o justificado ¹³.

Resultaría incoherente que tratándose de una orden legítima la Constitución Política determinara que la "responsabilidad recayera únicamente en el superior que da la

¹¹ La corte constitucional ha sostenido que en la carta política de 1991, unos derechos poseen más fuerza que otros- sentencia t-2 del 8 de mayo de 1992.

¹² AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN, *Apuntes Derecho Penal Parte General* - ED.-Escuela Judicial Rodrigo Lara B. Santa fe de Bogotá, 1991. Pág. 231

¹³ LUIS JntÉnu DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*- Ed. Losada S.A., Buenos Aires 1962, T.vi Pág. 765.

orden”, pues ninguna responsabilidad puede recaer en quien imparte una orden legítima, o en quien cumple estrictamente esa orden.

En este mismo sentido tanto el Código Penal (Art. 29 no.2., “En cumplimiento de orden *legítima* de autoridad competente emitida con las formalidades legales.”), como el Código Penal Militar (Art. 26 no. 2), establecen como causa de justificación solo el caso de cumplimiento de *orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales*; de donde se infiere que, el cumplimiento de una orden ilegítima, jamás puede ser considerada como causa de justificación ¹⁴, y solo excepcionalmente, puede ser tomada como motivo de exculpación ¹⁵, cuando se presente una situación de error invencible de tipo o de prohibición, o una insuperable coacción ajena. Es bien claro que, según la Constitución y las leyes penales, solo la orden legítima puede ser considerada en su cumplimiento como un motivo de justificación ¹⁶ el cumplimiento de una orden ilegítima será también un acto injusto, esto es antijurídico y solo por excepción podrá ser exculpado.

Si una orden es ilegítima, su ejecución no puede tornarse en legítima, la naturaleza injusta del hecho no cambia por su sola ejecución; además la ilicitud o ilicitud de un acto se refiere a la conformidad o no de la acción frente al derecho y no alude al autor, por lo tanto la antijuridicidad continúa sin importar si quien la imparte o quien la ejecuta es una autoridad civil, militar o de policía. Si la orden es violatoria de la Constitución, de los derechos humanos fundamentales o del Derecho Internacional Humanitario, su ejecución por parte de cualquiera autoridad será también injusta y

¹⁴ SERGIO VELA TREVIÁÑO, *Culpabilidad e inculpabilidad.-Ed.-Trillas*, México 1977, Pág. 383.

¹⁵ CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*. T.n, de., ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 1980, Pág. 345.

¹⁶ ENRIQUE CINA URZÚA, *Derecho Penal -parte general-* T.II., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1984, Pág. 86.

no excluye la responsabilidad ni para quien la imparte ni para quien la ejecuta.

No es aceptable en nuestro sistema constitucional y legal la existencia de órdenes antijurídicas obligatorias ¹⁷, pues el injusto no puede a su turno estar ordenado por la ley, y además porque de otro lado, no sería posible jurídicamente legítima defensa contra la orden injusta lo que resulta inaceptable.

Para complementar lo anterior, téngase en cuenta que el objeto de protección del Orden Jurídico no es *la autoridad* en sí como un bien aislado; lo que el Estado busca tutelar son los *bienes legítimos, los fines fundamentales del Estado*, la autoridad es en sí un instrumento útil para esa protección; no es la obediencia en sí misma o el principio de autoridad lo central en el Estado Democrático Social de Derecho; lo fundamental serán los derechos humanos, las garantías y los fines del propio Estado". Lo anterior sin desconocer que la obediencia a la autoridad es un principio importante del Estado, principio que debe observarse siempre que la autoridad obre en armonía con los fines del Estado, pues el servidor público es un "servidor de la comunidad y del Estado". Esa es otra de las razones por la cual no puede aceptarse la existencia de "órdenes criminales" obligatorias, pues de no ser así, por medio de las órdenes -que se supone son para desarrollar, proteger y cumplir ese orden jurídico- se podría violar o desconocer el propio sistema jurídico.

5.2. ORDEN DEL SERVICIO DE SUPERIOR JERÁRQUICO MILITAR

¹⁷ Otra opinión plantea IBAÑEZ GUZMÁN, quien cree que en tratándose de órdenes militares el subordinado debe cumplirlas, Ob. ct. Pág. 232.

“El que incumpla *orden del servicio* o modifique la impartida por su respectivo superior incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.” (Art. 100.C. P.M.)

El punto de partida que hay que respetar para el análisis del ejercicio de la autoridad militar, es la ubicación de las Fuerzas Militares como parte del Poder Ejecutivo constitucional, y por lo tanto enmarcada y delimitada la actividad militar en el contexto de los fundamentos (la dignidad del hombre como persona), los fines y objetivos del Estado Social de Derecho de la Constitución; con razón escribe SEPULVEDA: “No obstante, esa misión amplia de la fuerza pública necesariamente debe ubicarse en la sistemática de la Carta, armonizando los propósitos constitucionales y principios fundamentales, para establecer que la expresión independencia nacional, se refiere al derecho humano, a la libre autodeterminación del pueblo colombiano (integrado por seres humanos) que vive en el territorio nacional y que ha delegado sus poderes soberanos en las autoridades e instituciones públicas”.¹⁸

Además en la finalidad de “defensa de las instituciones” que según la Carta tiene la Fuerza Pública (Art. 216), deben entenderse que las instituciones fundadoras como los derechos humanos, así como la defensa del “orden constitucional” (Art. 217 C.P.) en manos de las Fuerzas militares, necesariamente conduce a la protección, garantía y respeto de los derechos, principios, fundamentos y finalidades que ese “orden constitucional” establece.

Es un hecho evidente que la defensa de *la soberanía* (Art. 217 C. P.) función a cargo

¹⁸ OSWALDO SEPÚLVEDA. *Constitución y Fuerza Pública*. Pág. 77.

de las fuerzas militares implica la defensa del pueblo en el cual reside exclusivamente esa soberanía, según el Art. 3 de la Carta, y el pueblo está integrado por todas las personas reales y concretas del conglomerado nacional.

La orden de superior militar presenta una problemática compleja en la doctrina nacional e internacional, que con todo debe examinarse bajo la óptica de los valores axiológicos de la propia Carta Constitucional, ella dispone en el inciso 2 del Art. 91: "Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden", disposición que aparentemente impone una obediencia ciega e incondicional a la orden militar; pero al tanto que se analice el contexto constitucional, el llamado "bloque de constitucionalidad", encontramos que ni aún la orden de superior militar que resulte claramente violatoria de la Constitución, de un derecho fundamental, o que conduzca a la comisión de un hecho punible, puede ser obligatoria.

Lo contrario sería concluir que en Colombia existe bajo ciertas condiciones la "obligación jurídica de cometer un delito" cuando su comisión viene ordenada por un superior militar.

Por Fuerza Militar (Art. 217 C. P.) se entiende al personal militar del ejército, la fuerza aérea y la naval; no se comprende a la Policía Nacional ni a todas las fuerzas policivas -cuerpo técnico de policía judicial, Das, F-2, etc.- pues según la filosofía de la Carta Fundamental la policía es un cuerpo armado de naturaleza civil, cuya finalidad primordial es la defensa y mantenimiento de los derechos y garantías de los habitantes para posibilitar la convivencia pacífica.

Según el Manual de Estado Mayor del Ejército Colombiano, "Las órdenes se refieren a hechos concretos y contienen tareas específicas que deben cumplirse en un período de tiempo determinado; se clasifican en: *rutinarias y de operaciones o combate*" (Sección BV, 11.3. Las órdenes rutinarias comprenden instrucciones administrativas normales en Guarnición o servicio de campaña, pueden ser particulares o generales y su contenido puede ser de carácter permanente o *transitorio*; los documentos que generalmente se utilizan para transmitir este tipo de órdenes son boletines, circulares, memoradores y directivas, y solo algunas tienen formato o forma especial. Las órdenes de operaciones o de combate contienen detalles necesarios para la realización del operativo, y de su estructuración, planeación y aprobación corresponde al superior quien es el encargado de su preparación (oficial de Operaciones y Comandante de Operaciones. A su turno las órdenes de operaciones pueden ser completas, fragmentarias, verbales o escritas.

5.3. EL "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD" EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 91 DE LA CARTA POLÍTICA

Así, en relación al inciso 2 del Artículo 91 de la Constitución Política, el "bloque de constitucionalidad" esta integrado entre otros, por los Artículos 2, 93, 214 y 217 de la Carta Política, y por la ley 137 de 1994 (estatutaria de los estados de excepción), en especial en su Artículo 4o.; corresponde luego, establecer lo que ese conjunto de normas que deben interpretarse como un conjunto armonioso y necesariamente interrelacionado dispone en relación con el alcance del cumplimiento de orden de superior jerárquico.

5.4. LA PREVALENCIA LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

El Artículo 93 de la Constitución determina que los *tratados y convenios internacionales* ratificados por el congreso, que reconocen los *derechos humanos* y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. Lo anterior establece que las disposiciones de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por ley, tienen más fuerza normativa, que la normatividad interna por expresa disposición del Art. 93 citado, por lo mismo en caso de contradicción entre unos y otros, prevalece la reglamentación de los convenios internacionales, pues además el inciso 2 del Art. 93 dispone que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”. Es más, ese mayor valor de las normas que reconocen los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo 1º, título II, de la Constitución, se encuentra establecido en el Artículo 377 de la propia Carta Magna: “Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo 1 y del título I, y sus garantías, si así lo solicitan dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral...”, lo que indica a no dudarlo que los derechos consagrados en el capítulo I, título I, tienen más poder y fuerza normativa que otros ¹⁹

¹⁹ Canilla para el Comandante de Patrulla de Contra-Guerrillas. Ejército Nacional.

De lo anterior se *colige*, que el reconocimiento de los derechos fundamentales establecidos precisamente por el Capítulo I, Título I, de la Constitución, la vida, integridad personal, la libertad física, la libertad de locomoción, la libertad de conciencia, la garantía de no ser sometido a torturas, tratos crueles e inhumanos, el derecho a la igualdad, el buen nombre, el derecho a la intimidad, la libertad de pensamiento, de cátedra, la libertad de información, el derecho a la honra, el derecho a la paz, etc., no pueden ser sometidos a violación so pretexto de una orden de autoridad militar o policial. La prevalencia de esos derechos, y la garantía de su inviolabilidad, conllevan la invulnerabilidad frente a toda situación y ante cualesquiera autoridad del estado. Sí las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades - según el Artículo 2o. cinc.2 de la Carta- significa, que siendo los militares, autoridades de la República, instituidas precisamente para proteger el régimen constitucional, no pueden ni deben emitir órdenes violatorias de la Constitución, de los derechos fundamentales o que sean delictivas, y dichas órdenes de emitirse, no son obligatorias y no deben ser cumplidas por el subordinado, que como todo funcionario se encuentra sometido a la Constitución y las leyes²⁰.

Precisamente, los derechos humanos son inalienables en toda oportunidad, esto es que no se pueden enajenar, ceder, transferir o violar, y por el contrario las autoridades están instituidas para su protección; "Es finalidad primordial de las Fuerzas Militares la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (C.P. Art. 217). Para cumplirla, las Fuerzas

²⁰ Corte Constitucional, sala primera de Revisión, sentencia T-473, de 28 de julio de 1992

Militares y la Policía Nacional están legitimadas para hacer presencia en todo el territorio nacional y combatir, hasta su sometimiento o reducción, a todos los grupos o movimientos guerrilleros que persistan en la confrontación armada.

Sin embargo, en el ejercicio de sus funciones la fuerza pública debe tener presente que el fundamento mismo de su legitimidad es la defensa y respeto de dichos derechos fundamentales” (Corte Constitucional, sentencia T-439 Julio 2 de 1992).

No puede suceder que erigiéndose la Constitución como “norma de normas cuya aplicación directa por cualquier autoridad es obligatoria en caso de incompatibilidad con alguna ley (Art. 4), pueda suponerse que sea obligatoria la orden de violar la Constitución o de cometer algún delito la orden de un superior, cualquiera sea su jerarquía, no puede estar por encima de la Constitución Política desde el momento en que todo servidor público debe actuar de conformidad con el principio constitucional de “estar al servicio del Estado y de la comunidad”, y de ejercer sus funciones en la “forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento” (inciso 2 del Art. 123)²¹. Si la propia Carta reconoce en el Art. 5., sin discriminación alguna “la primacía de los derechos inalienables de la persona, no puede concebirse que un simple mandato u orden de superior, pueda hacer alienables o vulnerables los derechos que la Carta declara inalienables, inviolables y fundamentales.

Para nuestro modo de ver resulta evidente que la fuerza irradiadora de los Derechos Fundamentales, por el carácter de “*tus cogen*” que poseen, y por el lugar prioritario

²¹ ALEXANDER GRAFF ZU DONNA DONNA. -*La estructura de la teoría del delito.*- Trad: Carlos Fontán Balestra. De. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1958, Pág.73; ALVARO ECHEVERRY URUBURU. *Teoría Constitucional y Ciencia Política.* Ed. Librería del profesional. Santa fe de Bogotá, 1997, Pág.325.

que ocupan en el orden jurídico, político, social y económico, limitan el alcance del Artículo 91 de la Carta y de muchas normas de la propia Constitución (Corte Constitucional, sentencia C. 225 de 1995).

Aunque la obediencia debida es una principio básico de la Fuerza Pública (Art. 3 s.s. Decreto 085 de 1989), no puede ser tenido como medio justificativo para violar los derechos fundamentales o para vulnerar la Constitución; es claro que en nuestro sistema constitucional y legal, el cumplimiento de la orden no es ciega sino reflexiva (Corte Constitucional, sentencia 225 de 1995) y que el subordinado que conozca de la ilicitud o criminalidad de una orden debe ejercer el deber de "advertencia al superior"(Arts. 15 inciso 2o Decreto 085 de 1989; Art. 8 Decreto 2584 de 1993, estatutos disciplinarios para las fuerzas militares y policía nacional, respectivamente).

5.5. EL "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia establecen un marco jurídico o "bloque de constitucionalidad" que permite una solución correcta al problema de la orden ilegítima de superior jerárquico. En efecto, nuestro país no solo ha suscrito, sino ratificado por ley de la República múltiples convenios, como la Convención contra las torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Convención contra la desaparición forzada de

personas, las que precisamente no admiten como motivo de justificación de la tortura, o de la desaparición forzada la orden de autoridad pública. Luego se precisa establecer cual es el alcance de esos convenios o tratados internacionales sobre derechos humanos, frente a nuestra normatividad interna, en atención a que convenios como el de la proscripción de la tortura, prohíbe la orden de superior como justificativo de la tortura.

Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ²², se reconoce en el preámbulo que los derechos civiles y políticos, "se derivan de la dignidad inherente a la persona humana", y en su Artículo 5.2., se establece: "No podrá admitirse restricciones o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenios, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". En similar sentido se dispone en el Artículo 5.2., del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ²³

Según el Art. 3 común a los 4 Convenios de Ginebra ²⁴, las Altas Partes Contratantes se comprometen a castigar y prohibir en cualquier tiempo y lugar los atentados contra la vida, la integridad, los tratos crueles e inhumanos, la tortura y los suplicios, la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido; todo lo cual indica que si esa obligación es para cualquier "tiempo y lugar" y para todas las

²² UPRIMNY YEPES M., *Límites de la fuerza pública*, Ob. ct. Pág. 13

²³ Aprobado en Colombia por ley 74 de 1968

²⁴ También aprobado en Colombia por ley 74 de 1968, que en este punto transcribe el mismo texto del Art. 5. 2- del Pacto de Derechos Civiles

personas, la prohibición de dichas conductas es también para los superiores, por lo que no puede existir obediencia ciega ni orden obligatoria absoluta (así, sentencia de la Corte Constitucional T. 407 de 1992); en caso de contradicción entre una orden de superior y un derecho fundamental, primará el derecho fundamental, pues la obediencia militar o policial, no implica obediencia ciega si viola los derechos humanos fundamentales, o conduce a la comisión de un hecho punible, caso en el que *no debe cumplirse* (sentencia 1. 409 de 1992, Corte Constitucional).

Y precisando más la represión de los abusos e infracciones contra el Derecho Internacional Humanitario, el Convenio I , de Ginebra (de agosto 12 de 1949) en su Artículo 49 dispone: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, *o dado la orden de cometer*, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el Artículo siguiente " Esas infracciones graves son, según el Artículo 50, el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas en gran escala, ilícita y arbitraria".

Similar disposición se reitera en el Convenio II de Ginebra (sobre heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar) en los Artículos 50 y 51; y el Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra), en los Artículos 129, 130, que obliga a cada una de las Altas Partes Contratantes a tomar

todas las medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido o *dado la orden* de cometer una cualquiera de las infracciones graves contra el Convenio, teniendo la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer una de esas infracciones, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Finalmente, el Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece en sus Artículos 146 y 147 similares normas y prescripciones.

Según la Convención contra la tortura aprobada por Ley 70 de 1986, Art. 2, Nro. 3, "no podrá invocarse orden de un funcionario superior o de autoridad como justificación de la tortura". La Convención contra el Genocidio, aprobada por Ley 28 de 1959, también prohíbe aceptar como justificación la orden de superior jerárquico. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de Belén do Paraná Brasil (en vigor desde junio 9 de 1994), establece de la misma forma que ninguna orden de autoridad pública civil o militar puede ser invocada para justificar la desaparición forzada de una persona: Artículo VIII. "No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada.

Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas." Además establece esta Convención, que los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo pondrán ser juzgados por las jurisdicciones del derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar, (Art.

IX) pues se determina en el Artículo ix del Convenio, que "Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.", así como no podrá invocarse en ningún caso circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra, inestabilidad política interna o cualquiera otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas (Art. x).

De igual suerte, según los Convenios de Ginebra -aprobados por Ley 5 de 1960-, en sus Artículos 3, 49, 50, si la orden del superior consiste en torturar, ocasionar la muerte fuera de combate, lesionar abiertamente los derechos humanos, cometer homicidio intencional, no es obligatoria. Más claro, el Artículo 4 numeral 1 del Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra (parte fundamental del Derecho Internacional Humanitario), prohíbe "ordenar que no haya sobrevivientes, así mismo, prohíbe los atentados contra la vida, la salud, la integridad física o mental de las personas, en especial el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal.

De igual forma según el mismo Artículo 4 del Protocolo II, quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas protegidas, los castigos colectivos, la toma de rehenes, los actos de terrorismo, los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pueblo, la esclavitud y la trata de esclavos, el pillaje, y las amenazas de realizar los actos anteriores.

Como se observa, tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos-

D.I.D.H.-, como el Derecho Internacional Humanitario -D.I.H.-, impiden en cualquier caso y en todo momento los atentados contra la persona, la tortura, la desaparición forzada, la toma de rehenes, el homicidio, lo cual indica que una orden o mandato superior que conlleve la comisión de una de esas violaciones, no es obligatoria, y por el contrario, existe obligación de no cumplirla. Así lo entendió la Corte Constitucional, en sentencia C. 225 de 1994, por medio de la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 171 de 1994, aprobatoria del Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra:

Encontramos como conclusión clara, que según Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, y según el Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra y protocolo u adicional), la orden de torturar, desaparecer a una persona, cometer homicidio, la orden de cometer cualquier forma de genocidio, la orden de ejecutar sumariamente a una persona, no puede ser impartida por ningún superior, así como no se puede justificar a quien la ejecuta; por lo anterior se hace indispensable fijar el alcance de la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en nuestro sistema constitucional.

Sobre la validez y alcance de la prevalencia de los convenios o tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de la normatividad interna se han esgrimido varias posiciones

La primera posición plantea que los convenios internacionales tienen rango supralegal y supraconstitucional, en tal sentido su fuerza de validez iría por encima

de la propia Constitución Política; esta tesis se apoya en el postulado de su inmodificabilidad unilateral, ningún estado puede desconocer o modificar unilateralmente las cláusulas del convenio, ni aun so pretexto de contrariedad con la Carta Política. Los convenios o tratados son acuerdos entre estados, y solo pueden modificarse o suprimirse por igual mecanismo.

Otra posición postula que los convenios ocupan una posición intermedia, es decir están sometidos a la Constitución, pero tienen validez superior a la ley. Esta es la posición que adopta nuestra Carta Política, en efecto: el Art. 93 de la Carta Magna dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por Ley del Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el mismo orden interno, es decir que tienen rango superior, mayor fuerza normativa que el resto de la legislación interna, es decir que están por encima de la Ley. Pero a su turno el Art. 241 No. 10 de la Constitución, atribuye a la Corte Constitucional como función, "Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben; luego si la Corte Constitucional debe decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, es por que la Constitución Nacional está por encima de los tratados internacionales, y posee la mayor fuerza normativa al interior del país"²⁵

En favor de esta última tesis se pronunció precisamente la Corte Constitucional al decidir la exequibilidad del Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra: "La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del

²⁵ EL Gobierno colombiano firmó la Convención Interamericana contra la desaparición forzada de personas el 5 de agosto de 1994.

derecho francés, pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los Artículos 4 y 93 de nuestra Carta.

“.... Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.”

“En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal, en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (C.P. Art. 93 y 214 numeral 2), es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P. Art. 4), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P. Art.93)”²⁶

De lo anterior podemos concluir que las disposiciones de los tratados internacionales

²⁶ VLADIMIRO NARANJO MESA. Teoría *Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Temis. Santa fe de Bogotá; 1995, pág.370.

sobre derechos humanos y sobre el derecho humanitario, que prohíben la orden de cometer violaciones a los Derechos Humanos Fundamentales, como la ejecución de ese tipo de órdenes, resulta obligatoria e imperativa para todas las autoridades del Estado Colombiano, sean estas civiles, militares, judiciales, administrativas, etc.

5.6. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Continuando con el análisis del “bloque de constitucionalidad”, en relación con el Art. 91 inciso segundo, éste se encuentra conformado también por el Art. 214 no. 2 de la Carta Política, que reglamenta los Estados de Excepción: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.”

Según la anterior disposición Constitucional, ni aún bajo estado de excepción (estado de guerra exterior, estado de conmoción interior) se pueden suspender los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, por lo cual tampoco se podrá vulnerarlos o lesionarlos. Significa lo anterior, que si en las situaciones más extremas que puede enfrentar una estado Democrático como son los de la guerra externa o el conflicto armado interno, se garantizan a plenitud los derechos

humanos, resulta como corolario obligado que ni aún en los estados de excepción se puede admitir como obligatoria la orden de violar los derechos humanos o cometer crímenes de guerra o infracciones al derecho internacional humanitario.

5.7. DERECHOS INTANGIBLES

Y en lo que alude a la Ley 137 de 1994 -estatutaria de los estados de excepción (estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, social y ecológica) y que también integra el "bloque de constitucionalidad", dispone en su Art. 3 y de conformidad con el Artículo 93 de la Constitución Política., la prevalencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos. Esencial es el Artículo 4 de la citada ley que dispone de manera perentoria: "Art. 4. Derechos intangibles. De conformidad con el Artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del

Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

“Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”

Además se añade en el Artículo 5, de la 137, que en los estados de excepción las limitaciones a los derechos humanos fundamentales no podrá ser tan gravosa que implique la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad y demás derechos humanos y libertades fundamentales.

El término *intangible* que utiliza el Artículo 4 significa que es intocable, inviolable o que se prohíbe lesionar; luego si aún durante los estados de excepción, la vida, la libertad, el debido proceso, la integridad personal, el derecho a no ser torturado ni desaparecido, la dignidad de la persona humana, etc., son derechos intangibles o inviolables, queda reafirmado que ninguna orden o mandato de superior, cualquiera que este sea puede ordenar su lesión injusta, máxime cuando según lo dispone el Art. de esta ley estatutaria, “en ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración.”

5.8. LAS FUNCIONES PROPIAS DE LA FUERZA PÚBLICA

Y finalmente, examinando el "bloque de constitucionalidad", el Art. 217 de la Constitución Política, determina cuales son las funciones de las fuerzas militares: "Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional", podrán en desarrollo de esas claras funciones constitucionales, intervenir en relación con delitos que amenacen la seguridad nacional, existencia del Estado y Régimen Constitucional, así mismo podrán como cualquier autoridad intervenir en caso de flagrancia y captura públicamente requerida. Pero la fuerza pública en el Estado Social de Derecho, tiene como función garantizar la paz, las condiciones para ejercer los derechos, teniendo según mandatos constitucionales siempre al hombre como el objetivo central del Estado y partiendo en todo caso del postulado normativo (Art. 95 Const. Pol.), que es su obligación "Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica."

5.9. INEXIGIBILIDAD DEL MANDATO VIOLATORIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como *conclusión* podemos deducir de todo lo hasta aquí dicho, que según la Constitución Nacional (Art. 1,2,4, 5, 6,11, 12, 13, 14, 16, 18, 29,85, 91,93,94, 95, 214 no. 2,217, 241 no. 10, entre otros), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario (ambos con fuerza normativa superior a la ley), la Ley 137 de 1994 (estatutaria de los Estados de Excepción), en razón a la

supremacía y superior rango de las normas que garantizan los derechos humanos fundamentales, estos son inviolables en todo tiempo y en todo lugar y frente a ciudadanos y autoridades, por lo cual la orden de violarlos, el mandato orientado a torturar, dar muerte a una persona, privar de la libertad, desaparecerla, ejecutarla sumariamente y todo tipo de violación a los derechos humanos será una orden ilegítima que no debe ni puede cumplirse.

En tal sentido no es obligatoria, y quien la imparte como quien la cumple con conocimiento se hace penal y disciplinariamente responsable. No existe en Colombia un deber de ejecutar órdenes criminales, pues la obediencia no es absoluta ni ciega.

5.10 EL INCUMPLIMIENTO DE ORDEN ILEGÍTIMA NO INFRINGE LA LEY.

Debe anotarse finalmente que el incumplimiento de orden militar ilegítima, no se encuentra tipificado como delito en el Código Penal Militar, pues según las claras prescripciones de los Artículos 97 y 100 del Decreto 2550 de 1988, los delitos de insubordinación y desobediencia de orden, solo se refieren a la "orden del servicio", la que lógicamente se entiende como orden legítima, pues no se puede comprender como una orden ilegítima o criminal pueda ser entendida como "orden del servicio".

En efecto, ejecuta un delito "El que incumpla orden del servicio o modifique la impartida por su respectivo superior," en tanto una orden que no sea del servicio, no

puede su incumplimiento considerarse delictivo. Orden del servicio es la que desarrolla o ejecuta los fines para los cuales ha sido creada la institución Militar, es decir, que la orden del servicio cumple o plasma en un caso concreto los objetivos generales que la Carta Política ha dado a la institución militar, razón por la cual una orden ilegítima, violatoria de los derechos fundamentales, o criminal no podrá ser nunca una "orden del servicio".

5.11 INOBLIGATORIEDAD DE ÓRDENES ILEGÍTIMAS. LA APARIENCIA DE LEGALIDAD

Lo dicho con antelación nos lleva a colegir que ni aún frente a la autoridad militar pueden existir órdenes ilegítimas, criminales que sean de obligatoria ejecución ²⁷. - Desde el momento en que el subordinado conoce la ilicitud de la orden, su obligación será no cumplirla, pues si lo hace estaría cometiendo acto arbitrario e injusto²⁸ en este evento el inferior que cumple la orden solo podría exonerarse de culpabilidad, demostrando una situación de coacción insuperable proveniente del superior o de cualquiera otra persona, o un estado de necesidad exculpante, o una situación de inexigibilidad de otra conducta, siempre y cuando pudiera por los medios jurídicos determinarse que ante tal situación era inexigible un comportamiento diferente. Desde luego que tal eximente no será aceptable en situaciones de crímenes de Lesa Humanidad.

²⁷ *Corte constitucional*, sentencia 225 mayo 18 dc 1995.

²⁸ GOMN JAKOBS, *Derecho Penal* trad. *Joaquín cuello Contreras*, Ed. Marcial Pons S.A., Madrid, 1995, Pág.

Si el subordinado actúa desconociendo la criminalidad del mandato y por error lo juzga obligatorio, como lo hemos dicho, su acción es injusta pero puede presentarse la situación de error de prohibición si es invencible. Desde luego que la posibilidad de suponer erradamente legítimo el mandato será posible cuando la orden no conlleva la comisión de un crimen atroz, o no es abiertamente delictiva. La *apariencia de legalidad* que pueda revestir un mandato no hace obligatoria la orden como se sostiene en un sector importante de la doctrina ²⁹ cuando se afirma que no es dado que el subordinado pueda en cualquier momento discutir la ilegitimidad de la orden "por que ello quebrantaría el principio de jerarquía administrativa, que también es un bien necesario para el buen funcionamiento de las instituciones públicas" y que el "derecho no puede exigir que el subordinado sepa que el contenido material del mandato sea ilícito porque ello requeriría revisar la orden, sino que basta que con su apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal. Se parte del principio de que los mandatos dictados por los superiores competentes están cubiertos por la presunción de legalidad, por lo que las decisiones que son formalmente (manifiestamente) válidas, poseen un estrecho margen de revisibilidad y por tanto la obediencia es obligatoria" ³⁰

Consideremos que tal solución es incompatible con el sistema jurídico, pues una orden "aparentemente legítima" sigue siendo ilegítima, pues la apariencia no puede cambiar la naturaleza jurídica del acto; lo aparente es aquello que no siendo parece ser, lo que "aparenta ser legítimo pero que resulta injusto". Cuando el mandado

²⁹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ.- *La obediencia debida*, Ob.-ct-Pág.338

³⁰ MIR PUIG. S., *Derecho Penal*, Ob. Ct Pág. 437; MORILLAS DE CUEVA, *La obediencia*, ob, ct. Pág. 100
ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *LA OBEDIENCIA DEBIDA*, ob. Ct, Pág. 340

siendo materialmente ilegítimo tiene "apariencia de legitimidad", la orden no se torna obligatoria pues su ilicitud subsiste, si mediante un mandato ilegítimo pero, con apariencia de legitimidad se ataca un bien jurídico, existe agresión actual e injusta y derecho a legítima defensa. Ante la orden aparentemente legítima la orden no se hace obligatoria, la situación no será de justificación, sino precisamente de inculpabilidad por error invencible de prohibición.

Si se considera obligatoria la orden injusta, pero con apariencia de legitimidad, querría decir que la orden es motivo de justificación y por ende no responderían ni el superior que impartió el mandato ni el subordinado que lo cumple, pues el hecho sería legítimo; además se caería en la inequidad de negar el derecho de legítima defensa al tercero afectado con el hecho injusto, siendo como lo es la defensa un derecho fundamental, pues hace al derecho inalienable de la seguridad de la persona. (Art. 5 C.P.)

Estos conceptos, extractados de la interesante obra del doctor, JESÚS ORLANDO GOMEZ LOPEZ, están perfectamente sustentados en las tendencias observadas en el escenario internacional, frente al tema de la "Obediencia debida", que evidentemente han señalado el camino a la interpretación de este principio en el ámbito Nacional, constituyéndose los mismos en importante marco de referencia para los profesionales del derecho frente al tema .

Sin embargo, un análisis general de los mismos, coloca en evidencia una vez más, que la tendencia que apoya la interpretación actual del principio militar de la

“Obediencia debida”, corresponde a un enfoque eminentemente jurídico, que si bien no excluye por completo el análisis del concepto, como fundamento de la profesión militar, lo toca apenas de manera tangencial.

No obstante, debemos señalar, que la mayor parte de estos conceptos, constituyen una base importante, para la necesaria integración que debe hacerse de los enfoques jurídico y castrense del principio en cuestión.

6. IMPACTO SOBRE LA DISCIPLINA Y EFECTIVIDAD DE LAS FUERZAS MILITARES

Finalmente y considerando que los capítulos anteriores nos han proporcionado suficiente ilustración, en lo relativo a los diversos conceptos y planteamientos existentes alrededor del principio Militar de la "Obediencia debida", procederemos a analizar el impacto que la interpretación de este concepto, ha tenido en el ámbito Nacional sobre la disciplina y la efectividad de las Fuerzas Militares.

Para cumplir con este propósito, desarrollaremos un trabajo metódico que nos permita avanzar paso a paso en este proceso, garantizándonos un análisis objetivo de los diferentes factores involucrados en el mismo, por lo cual iniciaremos con la enunciación de unos criterios específicos, extractados como síntesis de todo lo estudiado hasta esta parte, que marcan el ámbito de aplicación de la Obediencia debida y desde cuyo enfoque podemos observar las posibles desviaciones existentes en la interpretación de este principio Militar.

6.1 CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Estudiados los diferentes argumentos que se han desarrollado sobre el principio Militar de la "Obediencia debida" y en vista de las discusiones y polémicas suscitadas alrededor del tema, que han sido metódicamente recopiladas durante el desarrollo del trabajo, se presenta a continuación una síntesis de los criterios básicos que en opinión del investigador, deben constituir un marco conceptual de referencia, para la correcta interpretación de este principio, tanto en el ámbito castrense, como dentro de los profesionales del derecho, encargados de administrar justicia, en la jurisdicción Penal Militar.

Los mismos, no pretenden en ningún momento desarrollar, rebatir o adicionar, los conceptos, que han servido de base al presente trabajo, sino proporcionar elementos de juicio, de carácter general, que permitan resolver dudas y conflictos alrededor de la interpretación de este principio, considerado fundamental para la preservación de la disciplina dentro de la organización Militar, estos son:

6.1.1 La obediencia debida es el deber legal que se impone al subalterno, de cumplir las órdenes del servicio emitidas por un superior competente, dentro de los límites de su autoridad y con las formalidades legales requeridas, que no sea delictiva de modo manifiesto.

6.1.2 Se reconoce como "orden" dentro de la organización militar, el mandato superior, que debe entre otras características, ser LEGÍTIMO, LÓGICO, CLARO, PRECISO, CONSISO Y OPORTUNO.

6.1.3 Se entiende como "orden del servicio", aquella que tiene por finalidad desarrollar o cumplir los objetivos propios, para los cuales fue creada la institución; por tanto las órdenes emitidas por superior competente, que no tiene relación con "actos del servicio", no pueden demandar "Obediencia debida".

6.1.4. La responsabilidad sobre las consecuencias de las "Ordenes del servicio", recae en quien las emite y no en quien las ejecuta, dado que las mismas son el resultado de un proceso militar de toma de decisiones, donde se analiza la factibilidad, conducencia y efectos de las mismas y se toma por parte de quien tiene la mayor experiencia, preparación profesional y juicio valorativo, la mejor decisión, que inmediatamente se traduce en "Orden", para el subalterno.

6.1.5 Frente a un mandato "manifiestamente ilegal", es decir, aquel cuya ilegitimidad es tan notoria, que no se requiere de mayor análisis para detectarla, pues ésta salta a la vista, no hay deber de obediencia, pues no se dan las características requeridas, para que dicho mandato constituya una "orden".

6.1.6. Frente a un mandato que no sea "manifiestamente ilegal", el subalterno tiene el deber legal de cumplirlo sin vacilaciones, partiendo del principio de presunción de "legalidad de la orden", so pena de verse incurso en el delito de "Desobediencia"; La duda, no sustrae en ningún momento al subalterno del deber legal que tiene frente a este tipo de órdenes.

6.1.7 El cumplimiento de un mandato ilegal, cuya ilegalidad no sea manifiesta, en el momento que el subalterno lo recibe, exime de responsabilidad al

subalterno, trasladándose la misma al superior que la emitió. (Este es el espíritu de la Constitución Política en el inciso segundo del Artículo 91.)

6.1.8 El cumplimiento de un mandato ilegal, por parte de un Subalterno que tenga plena conciencia de la "ilegalidad" del mismo, genera responsabilidad legal, frente al hecho punible resultante, no solo al superior que emite la orden, sino al subalterno que la ejecute.

6.1.9 La "Obediencia debida", no puede ser considerada "Obediencia ciega", pues mientras la primera se da dentro de límites claros establecidos en los códigos y reglamentos Militares, la segunda no esta sujeta a normas ni admite límites, por lo que no es aplicable a la Organización Militar.

6.1.10 El Militar , como ser racional dotado de Inteligencia y juicio crítico, no está obligado a actuar en contra de su propia conciencia, en hechos que constituyen delitos de lesa humanidad, tales como la tortura, el genocidio y la desaparición forzada, por tanto ni el superior es competente para emitir mandatos dirigidos a estos fines, ni el subalterno esta obligado a cumplirlos.

6.2. HERRAMIENTAS DE EVALUACIÓN

Con el propósito de evaluar los criterios sobre los que actualmente se interpreta el principio de la "Obediencia debida", se prepararon y practicaron encuestas,

entre el personal de alumnos de la Escuela de armas y servicios, por considerar que los mismos constituyen una muestra "representativa" de la población total de Oficiales y Suboficiales del Ejército, por provenir de las diferentes Unidades de la Fuerza; igualmente se diseñaron dos casos esquemáticos, orientados a conocer el concepto que frente a una situación hipotética, factible de presentarse en la realidad, que involucra la aplicación del principio de "Obediencia debida", pueden tener de una parte los miembros de la institución Militar y de otra, profesionales del derecho, que ocupan cargos dentro de la jurisdicción Penal Militar y eventualmente se solicitó el concepto de "expertos", sobre el tema, con el fin de aclarar las dudas que surgieron dentro de la investigación, recopilándose paralelamente toda la documentación considerada necesaria para apoyar las conclusiones, que fueron surgiendo dentro del desarrollo de la misma.

6.3 ANALISIS DE RESULTADOS

A continuación se presenta un análisis de la información obtenida, como resultado de la aplicación de las herramientas de evaluación descritas en forma general en el punto anterior.

6.3.1 Encuesta Nro. 1 practicada a alumnos de la EAS.

6.3.1.1 Información técnica de la encuesta:

POBLACIÓN	:	Oficiales del Ejército.
TÉCNICA ESTADÍSTICA	:	Muestreo.
MUESTRA	:	50 Capitanes y 50 tenientes alumnos EAS
MEDICIÓN	:	Tabulación
MODELO DE INTERPRETACIÓN	:	Estadística descriptiva

3.1.2 Propósitos de la encuesta.

Determinar el nivel de conocimientos de los Oficiales sobre el tema de la "Obediencia debida".

Determinar si el criterio profesional del Oficial con respecto a la "Obediencia debida" favorece la aplicación de la llamada "Obediencia ciega".

Determinar en que forma los oficiales están interpretando el principio de "Obediencia debida".

3.1.3 Análisis de resultados.

De acuerdo al análisis de resultados consignado en el anexo "A "

3.1.4 Interpretación de resultados.

De acuerdo a los resultados obtenidos en la encuesta, podemos concluir que existe una gran confusión en los Oficiales con respecto a los criterios de aplicación

del principio de "obediencia debida", que evidentemente nace de la falta de una adecuada preparación académica del oficial en este campo, y crece con la influencia externa que recibe el Oficial de diferentes fuentes tales como los medios de comunicación, conferencias aisladas, charlas informales y otros eventos, en los que normalmente se analiza el concepto de la obediencia debida, desde una óptica, esencial o exclusivamente jurídica, donde el enfoque militar sobre el tema, es contemplado de manera tangencial, sin dar mayor profundidad a una serie de argumentos que contienen la esencia misma de nuestra profesión, y que por ende son verdaderamente importantes para el profesional de las armas.

Recordemos que la organización militar y en general todo tipo de organizaciones, se fundamentan en principios y valores perfectamente definidos y entendidos por los miembros de la misma, los cuales dan orientación y sentido a las actividades de la organización, permitiéndole reaccionar en situaciones críticas, de la forma y en el tiempo mas conveniente para sus intereses, con una identidad y unidad de criterio, sin la cual, no lograría cumplir sus objetivos, enfrentando y superando los continuos cambios del entorno.

Sin embargo, en el caso de la organización militar, lo que reflejan los resultados de esta encuesta, es que los principios que constituyen las bases mismas de la organización, como en este caso la "Obediencia debida", vienen siendo interpretados de manera distorsionada, al real "saber y entender" de cada persona, originando con esto confusiones que consecuentemente inducen a errores, que van en detrimento del prestigio de la Fuerza militar, así como de su disciplina y efectividad.

Lo anterior crea desde todo punto de vista efectos negativos sobre la institución militar en sí, que ve reducida su efectividad, como sucedió en un alto porcentaje, en el caso hipotético planteado a los Oficiales en esta encuesta, y sobre el Oficial o Suboficial, a quien se le presenten situaciones similares en el ejercicio de su función de mando, pues tendrá que responder en forma individual, ante un tribunal militar, por el delito de desobediencia y/o por el de omisión y por otros que se puedan derivar de los anteriores.

Paralelamente, esto crea desconfianza entre los miembros de la fuerza, que se ven ante la disyuntiva, de cumplir o no cumplir las órdenes, sin tener elementos de juicio necesarios, para tomar una decisión adecuada; pues el subalterno termina por entender, que se le ha transferido, por efectos de una legislación que aparentemente buscaba protegerlo, el peso de la responsabilidad de ser quien decide en última instancia, cuales órdenes debe cumplir y cuales no, sometiéndose posteriormente al escrutinio de quienes observan "desde la barrera", con la esperanza de no haber pecado por exceso o por defecto.

Es difícil en este orden de ideas, imaginar el funcionamiento de una organización como la militar, en la cual sus hombres se enfrentan a situaciones donde la simple duda frente a una orden, puede producir una derrota, que normalmente se paga con vidas humanas.

Las encuestas constituyen métodos estadísticos de recolección de información, que como cualquier herramienta estadística, puede contener inexactitudes, pero en

este caso no nos podemos llamar a engaños; los Oficiales que van a dirigir las unidades fundamentales y las Unidades tácticas de contraguerrillas del Ejército, no tienen conceptos claros, sobre aspectos tan importantes de la carrera Militar, como la "Obediencia debida" y esto los puede inducir a errores, que como ya lo citamos antes irán en detrimento de la institución y de ellos mismos a título individual.

6.3.2 Caso Esquemático practicado a funcionarios de la Jurisdicción Penal Militar

6.3.2.1. Información general.

Para conducir este ejercicio, se solicitó a varios profesionales del derecho, que laboran dentro de la jurisdicción Penal Militar, calificar a la luz del nuevo Código Penal Militar, un caso hipotético que involucraba una situación, donde debía evaluarse la aplicación del principio de "Obediencia debida".

6.3.2.2 Propósitos del Caso esquemático.

- Obtener el concepto jurídico de profesionales del derecho, que desarrollen su labor profesional dentro la jurisdicción Penal militar, frente a un caso hipotético de aplicación del principio de "Obediencia debida".

- Comparar la interpretación realizada por los funcionarios mencionados, del principio de "Obediencia debida, con los Criterios señalados en el numeral 6.1,

del presente capítulo.

6.3.2.3 Análisis de resultados.

De acuerdo al análisis de resultados consignado en el anexo "C "

6.3.2.4 Interpretación de resultados.

El análisis de los resultados obtenidos en la evaluación del caso esquemático presentado nos permite concluir entre otras cosas:

- Que existe una gran confusión en cuanto se refiere a la interpretación del ámbito de aplicación del principio militar de Obediencia debida, lo que viene causando una deformación del concepto, que afecta negativamente la disciplina y la efectividad de la organización militar, como quedó evidentemente demostrado en el caso hipotético bajo análisis.
- Que cuando se analizan casos que involucran el principio militar de la "Obediencia debida", buena parte de los profesionales del derecho, que tienen a su cargo la calificación de los mismos, están haciendo un análisis exclusivamente jurídico, que excluye el examen de conceptos fundamentales propios de la organización militar, que permitirían una calificación mas objetiva y a la vez ajustada a derecho, máxime si se tiene en cuenta que la jurisdicción Penal Militar, es considerada una jurisdicción especial, precisamente, porque supone una evaluación de aspectos como la formación, el entrenamiento, los valores y principios institucionales, la psicología

militar y otros, que pueden explicar los comportamientos asumidos por los militares frente a determinadas circunstancias y a determinados hechos; por tanto, el hecho de no involucrar en la calificación de los procesos, un análisis detallado de estos aspectos fundamentales de la profesión militar, sería una negación de la jurisdicción Penal Militar, como jurisdicción "especial".

- la interpretación actual que se viene haciendo del principio militar de "obediencia debida", va en detrimento de principios y valores militares tales como, la presunción de buena fe, la presunción de legalidad de la orden, la fuerza vinculante de la orden, el deber legal frente a la orden y el estricto cumplimiento de la misma, la jerarquía, y otros principios específicos de la actividad operacional como la compartimentación y el secreto; lo anterior como es obvio, puede crear fisuras inadmisibles, en la organización militar, como la pérdida de confianza de los subalternos hacia sus superiores y de estos últimos, hacia los primeros, la demanda de explicaciones a los superiores sobre el fundamento de toda orden que emitan, la responsabilidad compartida que de hecho dejaría sin piso la excepción constitucional consagrada en el inciso segundo del Artículo 91 de la Constitución nacional, y otras, que resquebrajarían inexorablemente la disciplina militar y disminuirían la efectividad de la fuerza en el cumplimiento de sus misiones.

6.3.3 Encuesta y Caso Esquemático Nro. 2

6.3.3.1 Información técnica

- POBLACIÓN : Oficiales y Suboficiales del Ejército.

- **TÉCNICA ESTADÍSTICA** : Muestreo.
- **MUESTRA** : 40 tenientes y 40 sargentos segundos
alumnos EAS
- **MEDICIÓN** : Tabulación
- **MODELO DE INTERPRETACIÓN** : Estadística descriptiva

6.3.3.2 Información General

Para la presente encuesta se han preparado los modelos "A" y "B", que contienen exactamente las mismas preguntas; la diferencia fundamental entre los dos modelos radica básicamente en que el modelo "A", hace una pequeña introducción, donde se explica de manera general los motivos de la encuesta, presentando a continuación un corto caso esquemático y pasando a las preguntas sin más preámbulos, mientras que el modelo "B", presenta en su introducción una visión general de la paulatina transformación del concepto de "Obediencia debida", de los cuestionamientos hechos al inciso segundo del Artículo 91 de la Constitución Política, que consagra para los militares, una excepción al principio de responsabilidad, y una ilustración sobre la reforma hecha al artículo 15 del antiguo reglamento de régimen disciplinario, incorporada en el artículo 31 del decreto 1797 del 2000 o nuevo reglamento de régimen disciplinario, para pasar posteriormente a presentar el caso esquemático y las preguntas.

Lo anterior tiene como propósito, verificar si la lectura de los conceptos registrados en el modelo "B", relacionados con la actual interpretación del concepto de "Obediencia debida", produce cambios sustanciales en las respuestas dadas

por el grupo de Oficiales y suboficiales que sean encuestados a través de este modelo, en relación a las respuestas dadas por los Oficiales y suboficiales que sean encuestados a través del modelo "A"; para lograr lo anterior, se tomó un grupo de 40 Oficiales y un grupo de 40 Suboficiales, alumnos de la Escuela de las Armas y Servicios, que a su vez fueron divididos en dos grupos de 20 hombres, aplicándose la encuesta con el modelo "A" a un grupo de Oficiales y un grupo de Suboficiales y la encuesta con el modelo "B" a los dos grupos restantes.

6.3.3.3 Propósitos de la encuesta.

- Determinar el nivel de conocimientos que tienen los Oficiales y Suboficiales sobre las reformas incorporadas al nuevo Código Penal Militar

- Determinar la influencia que algunos conceptos actuales sobre la "Obediencia debida" pueden tener, en las decisiones tomadas por Oficiales y Suboficiales del Ejército.

6.3.3.4 Análisis de resultados.

De acuerdo al análisis de resultados consignado en el anexo "B "

6.3.3.5 Interpretación de resultados.

Los resultados de la encuesta practicada, que han sido analizados en el numeral anterior, nos permiten concluir entre otras cosas, que la influencia causada por

nos coloca en una situación crítica, que nos obliga a ceder ante los elaborados enfoques jurídicos que apenas tocan en forma tangencial, el significado de este principio esencial para la disciplina y la relación de mando, llevándonos a desarrollar dentro de la propia institución militar, un concepto deformado de este principio cuya aplicación vulnera la disciplina y disminuye la efectividad de la Fuerza Militar.

Por otra parte, el desconocimiento de las reformas efectuadas al Código Penal Militar, por parte de un alto porcentaje de Oficiales y Suboficiales, que quedó evidenciado en los resultados de la encuesta, son el reflejo fehaciente de la falta de interés que nos aqueja, por mantenernos actualizados y la falta de acción de los Comandantes en los diferentes niveles del mando, para mantener enterados a sus hombres de los continuos cambios que se presentan dentro de la legislación Colombiana, máxime tratándose de un documento tan importante para un profesional de las armas, como es el Código Penal Militar.

6.4 ANÁLISIS DE LAS REFORMAS RELACIONADAS CON EL CONCEPTO DE “OBEDIENCIA DEBIDA”.

6.4.1. En el código Penal Militar

Después del amplio debate que suscito el tema de la “Obediencia debida”, durante el proceso de redacción del nuevo Código Penal Militar, que ya fue abordado ampliamente en el capítulo 4 del presente trabajo, se logró finalmente que no se

introdujeran modificaciones al artículo 26 del decreto 2550 de 1988, por lo que el artículo 34 de la ley 522 de 1999, o nuevo Código Penal Militar, es una transcripción precisa del mencionado artículo 26.

De otra parte, podemos señalar que la única modificación introducida en el nuevo Código Penal Militar, en lo que tiene que ver con el concepto de "Obediencia debida", fue la realizada en el libro segundo del actual Código, en la parte concerniente a los delitos, específicamente en los de Insubordinación y Desobediencia, donde se reemplazó la expresión "ORDEN DEL SERVICIO", presente en los artículos 97 y 100 del anterior Código, por la expresión "ORDEN **LEGÍTIMA** DEL SERVICIO", que figura en los artículos 112 y 115 del Código actual.

Esta modificación busca, según lo argumentan las personas que apoyaron la medida, hacer claridad al personal militar, en el sentido que solo las órdenes "legítimas", pueden ser objeto de "Obediencia debida"; sin embargo, dado que la legitimidad es una característica intrínseca de la orden, y que en tal medida no pueden existir "órdenes ilegítimas", pues el mandato que no sea LEGÍTIMO, LÓGICO, CLARO, PRECISO, CONCISO y OPORTUNO, no puede ser considerado "Orden", se estaría frente a una redundancia, que en vez de tener el efecto clarificador que se perseguía en el momento de su redacción, podría por el contrario ocasionar confusión dentro del personal militar, pues al existir la expresión "Orden legítima", queda tácitamente aceptado, que también existen "órdenes ilegítimas", lo cual como ya se ha señalado en varias oportunidades, no es posible debido, a las características propias de la orden, señaladas en el artículo 29 del decreto 1797 del 2000, o nuevo reglamento de régimen disciplinario.

6.4.2. En el reglamento de régimen disciplinario.

En lo que tiene que ver con el principio de obediencia debida, podemos señalar que el artículo 15 del decreto 085 de 1989, o antiguo reglamento de régimen disciplinario, que hace referencia a la responsabilidad de toda orden militar y que a la letra decía: "La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta. Cuando el subalterno advierta, que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar, o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito.", fue reformado por el decreto 1797 del 2000 o nuevo reglamento de régimen disciplinario que en su artículo 31 señala: "La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta. Cuando el subalterno que la recibe, advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un hecho punible o infracción disciplinaria, **el subalterno no está obligado a obedecerla, y deberá exponer al superior las razones de su negativa.**"

Esta nueva disposición (en negrilla y subrayada) por su parte si requiere de un análisis detallado, pues una mala interpretación de la misma podría abrir el camino a lo que podríamos denominar la "Cultura de la desobediencia", dentro de las fuerzas militares."

Para entender el anterior planteamiento debemos empezar por señalar que la palabra "advertir", usada tanto en el nuevo como en el antiguo, reglamento

de régimen disciplinario, que es definida en el diccionario Planeta de la lengua Española, como Observar, reparar, atender, tener en cuenta, llamar la atención sobre algo, aconsejar, amonestar, prevenir; resulta un poco ambigua, si analizamos que esa "observación" o ese "reparo", parte de la capacidad del subalterno para analizar el contenido de una orden frente a una situación determinada, sin tener en cuenta, como ya se ha señalado a lo largo del presente trabajo, que normalmente éste no tiene ni la información necesaria, ni el tiempo disponible para conducir un análisis objetivo y por tanto puede hacer apreciaciones erradas o inexactas, que lo pueden llevar incluso a verse incurso en el delito de "Desobediencia", pues como lo señala el tratadista argentino GUILLERMO FIERRO, el hecho que el subalterno advierta o aprecie que el mandato es manifiestamente ilegal, no quiere decir que efectivamente lo sea, pues la evaluación que puede llevar a cabo el agente es muy precaria y de dudosa efectividad, ante lo cual señala: " Parece entonces evidente que la posición de la teoría dominante no se compadece mucho con el ideal de justicia, pues su aplicación confirmaría el dicho popular de que "el hilo se corta siempre por lo más delgado, ya que ella transfiere todo el peso del problema al agente que, como sabemos, es quien se encuentra menos capacitado para resolver con acierto."¹.

Entendido perfectamente lo anterior, podríamos preguntarnos entonces: ¿ Por qué esta palabra un poco "ambigua", que procedía del antiguo reglamento de régimen disciplinario, no había sido nunca demandada, si producía los efectos señalados en el párrafo anterior ?; la explicación es muy sencilla, la diferencia radica básicamente

¹ COLOMBO, Carlos J. El derecho Penal Militar y la disciplina. Buenos Aires. Editorial. Librería Jurídica Abeledo.1992. Pag. 113

en el complemento que se daba a la misma en el artículo 15, del decreto 085 de 1989, cuando se disponía: "Cuando el subalterno **advierta**, que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar, o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. **Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito.**", le devolvía automáticamente al superior la responsabilidad sobre la orden, que había sido trasladada en forma temporal al subalterno en el momento que el mismo hacía uso del deber de "advertencia", dejándose como corresponde, en manos del superior la decisión final sobre la misma, partiendo de la base que ésta era el resultado de un proceso militar de toma de decisiones, que se enmarcaba dentro de las normas legales, y reglamentarias, y que había observado, para ser emitida, lo contemplado en el artículo 16 del mismo decreto que a la letra señalaba: "Antes de impartirse una orden se reflexionará sobre si su contenido está dentro de las facultades inherentes al cargo, si no invade atribuciones ajenas, si no es contraria al espíritu o letra de las normas y preceptos, reglamentos u órdenes superiores, si está bien concebida y si no dará lugar a contraórdenes"; por tanto, la responsabilidad por las consecuencias que la misma ocasionara, recaía en el superior, responsable de analizar todos los aspectos señalados antes de emitirla, y no en el subalterno, a quien la limitada información y el corto tiempo disponible, no permitían un análisis objetivo sobre la misma.

En cambio, el complemento que se da a la palabra "advierta" en el decreto 1797 del 2000 ó nuevo reglamento de régimen disciplinario, es bastante diferente, pues en este se dispone: "Cuando el subalterno que la reciba (la orden), **advierta** que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un

hecho punible o infracción disciplinaria, **el subalterno no está obligado a obedecerla, y deberá exponer al superior las razones de su negativa.** , esta facultando al subalterno para tomar la decisión final, es decir, que está creando la posibilidad legal, que cualquier subalterno al recibir una orden, determine subjetivamente, según su apreciación íntima, que de su ejecución, puede derivarse la comisión de un delito y se sustraiga al cumplimiento de la misma, afectándose en este forma gravemente la disciplina militar, y otros principios esenciales como la jerarquización, y el consiguiente “deber de obediencia”

En este orden de ideas, además de que se abre una puerta de escape, para que siempre que exista una duda, el subalterno pueda sustraerse del cumplimiento de las ordenes, argumentando que “advierte” que de la ejecución de las mismas “puede” derivarse manifiestamente la comisión de un delito, se está transfiriendo al subalterno la responsabilidad por los hechos que puedan derivarse de su negativa, convirtiendo la responsabilidad sobre la “orden militar” en una especie de ruleta, en la que si el subalterno acierta en su juicio sobre la legitimidad de la orden, no tiene problema, pero si se equivoca en su análisis, debido a la limitada información que maneja, será inmediatamente procesado por el delito de desobediencia, y esto básicamente es lo que marca la diferencia con lo contemplado en el artículo 15 del antiguo reglamento de régimen disciplinario, que de acuerdo a los anteriores argumentos no debía haber sido modificado, pues no constituía como argumentaban algunos una invitación a la “Obediencia ciega o absoluta”, sino que por el contrario mantenía en el superior la responsabilidad de las consecuencias de la orden, por contar éste, debido a sus conocimientos, a su experiencia profesional y su acceso a la información, con mejores elementos de juicio que el subalterno, para tomar

una decisión adecuada.

En oposición a lo que se ha expresado aquí, se podría argumentar, que los conceptos señalados anteriormente, son perfectamente claros y conducentes, hasta cuando se enfrenta el subalterno a un mandato "manifiestamente ilegal", frente al cual, el mismo está obligado a sustraerse del cumplimiento de la orden; sin embargo, cuando se habla de "manifiestamente ilegal", también se abre la puerta a un juicio de valores "subjetivo", pues aunque en desarrollo del presente trabajo hemos definido, - basados en lo expresado por muchos autores -, la expresión "orden manifiestamente ilegal", como aquella cuya ilegitimidad es tan notoria, que no se requiere de mayor análisis para detectarla, pues su ilegalidad salta a la vista, es muy posible que lo que sea "notoriamente ilegal" para algunos, no lo sea tanto para otros, pues aquí nos enfrentamos nuevamente a un problema de percepción; de modo que estamos transfiriendo también al subalterno, la responsabilidad de determinar cual mandato puede ser manifiestamente ilegal y cual no, siendo normalmente el subalterno, como lo expresaba el tratadista GUILLERMO FIERRO, el menos capacitado para desarrollar este análisis.

Por ejemplo, si nos remitimos al caso esquemático, contenido en la segunda encuesta que se practicó a los alumnos de la Escuela de las armas y servicios, que se encuentra en el anexo "B", del presente trabajo, es claro que los Oficiales y Suboficiales, a quienes se les practicó la encuesta tipo "B", pueden verse incurso en el delito de "Desobediencia", pues de acuerdo a sus respuestas, ninguno cumpliría la orden impartida por el Capitán Comandante de Compañía, a menos que les fuera entregada una orden de allanamiento; sin embargo, es fácil

deducir, que existe aquí un error de percepción, que lleva a estos Oficiales y suboficiales a considerar que este mandato encierra una conducta "manifiestamente ilegal", como lo es la violación de domicilio, y debido a lo anterior se sustraen del cumplimiento de una orden perfectamente legal, pues como es sabido el artículo 32 de la Constitución Política, señala expresamente: "El delincuente que sea sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión."; sin embargo, si este caso hipotético resultare real, no podemos pensar que el desconocimiento de este precepto Constitucional, vaya a salvar la responsabilidad del Oficial o Suboficial, que se niegue a cumplir la orden por considerarla "manifiestamente ilegal".

De otra parte, se debe señalar, que el decreto 1797 del 2000, transfiere una irregularidad del decreto 085 de 1989, cuando en su artículo 58, que enumera las faltas leves, señala como tal en el numeral 26: "Demandar explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, reconvención u observación", lo cual evidentemente entra en conflicto con el "deber de advertencia" señalado en el artículo 31, del mismo decreto, por lo que se considera, deben ser revisados y corregidos los conceptos señalados en los mismos; pero en este sentido, tenemos que remitimos a la realidad y descubrir en la practica las personas, las circunstancias y los hechos, sobre los cuales queremos legislar en forma "ideal", para emitir normas que verdaderamente contribuyan a mantener la disciplina dentro de la organización militar, y no para emitir normas, como la que se encuentra bajo análisis, que crean confusión y que contrariamente al espíritu de los

códigos y reglamentos militares, contribuyen no al mantenimiento, sino al relajamiento de la disciplina.

Por todo lo anteriormente expuesto, debemos señalar la necesidad de revisar y reformar, el artículo 31 del actual reglamento de régimen disciplinario, pues como se argumentó anteriormente, los preceptos allí expresados van en detrimento del principio militar de "Obediencia debida", que a su vez debilitan la excepción Constitucional, contenida en el inciso segundo del artículo 91 de la Constitución Política, causan un impacto negativo sobre la disciplina y la efectividad de las Fuerzas Militares.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. CONCLUSIONES.

7.1.1 Existe una evidente confusión en la interpretación del principio militar de "Obediencia debida", producida por varios factores entre los que se pueden señalar, la percepción que se tiene del concepto como sinónimo de impunidad, su interpretación exclusivamente jurídica, la escasez de literatura que nos brinde un enfoque amplio y suficiente de la "Obediencia debida" como principio fundamental de la organización militar y la influencia causada por canales informales de información, que llenan los espacios dejados por la falta de un sistema formal de información institucional, como quedó demostrado en las encuestas practicadas al personal de alumnos de la Escuela de armas y servicios, cuyos resultados pueden ser consultados en los anexos "A" y "B", del presente trabajo.

7.1.2 No se está impartiendo dentro de las Escuelas de formación, ni capacitación del Ejército, una adecuada formación en lo que se refiere a principios fundamentales de la profesión militar, tales como la "Obediencia debida", que son expuestos de manera tangencial, sin abordarlos con la profundidad requerida, para

que la aplicación de los mismos no genere dudas dentro del personal militar. (Ver anexos "A" y "B", resultados encuestas, y anexo "F", programas de materias).

7.1.3 Los medios y canales de difusión de información utilizados por la fuerza, no son efectivos para brindar a nuestros hombres la información necesaria sobre aspectos que, como la reforma del Código Penal Militar y del Reglamento de Régimen Disciplinario, son fundamentales para el cumplimiento de nuestra misión Constitucional y tampoco existe por parte del personal militar el suficiente interés para obtener la información pertinente, sobre hechos que son de dominio público, como las reformas señaladas.

7.1.4 Las reformas efectuadas al artículo 15, del decreto 085 de 1989, o antiguo Reglamento de Régimen disciplinario, consignadas en el artículo 31 del decreto 1797 del 2000, ó nuevo Reglamento de Régimen disciplinario, que tiene que ver con la responsabilidad de la orden, son nocivas para la institución militar, pues tienen los efectos señalados en el capítulo 6, numeral 6.4 del presente trabajo.

7.1.5 La "Obediencia debida", dentro de la institución militar en nuestro país nunca ha sido considerada como "Obediencia ciega o absoluta, prueba de lo anterior es que no han existido casos donde un subalterno que haya cumplido un mandato ilegal, con pleno conocimiento de su ilegalidad, haya sido absuelto de responsabilidad, por un tribunal militar, amparándose en el principio de "Obediencia debida".

7.1.6 La interpretación que se viene dando actualmente al principio militar de

“Obediencia debida”, produce efectos negativos sobre la disciplina y la efectividad de las Fuerzas Militares, pues genera dudas dentro del personal militar frente al deber legal de cumplir las órdenes, lo que puede en un momento dado inhibir su acción frente a las mismas, trayendo como consecuencia problemas graves para nuestros hombres, al verse incurso en procesos por “Desobediencia” o por “Omisión”, lo que a su vez puede generar sentimientos de rechazo, desmotivación y resentimiento, no solo en el personal procesado por dichos delitos, sino en el resto de personal militar que puede considerar como injustos estos procedimientos, generados por la confusión en los conceptos.

7.1.7 Una buena parte de los funcionarios que laboran dentro de la Jurisdicción Penal Militar, no tienen un conocimiento adecuado de los principios, valores, y condiciones especiales, en los que se fundamenta la profesión militar, lo que hace que en sus fallos, no se haga un análisis detallado de dichos fundamentos de la carrera militar, que le permitirían a los funcionarios encargados de administrar justicia, proferir unos fallos mas justos y objetivos.

7.2 RECOMENDACIONES

7.2.1 Demandar el artículo 31 del decreto 1797 del 2000, ó actual reglamento de régimen disciplinario, por lesionar su contenido en forma grave, principios y valores sobre los cuales se fundamenta la profesión militar, de acuerdo a los argumentos expresados en capítulo 6, numeral 6.4 del presente trabajo, bajo cuya interpretación sería contrario igualmente este precepto, al espíritu del Artículo 91 de la Constitución Política, que en su inciso segundo consagra la obediencia debida para el personal militar.

7.2.2 Ordenar la introducción, dentro de los programas académicos de las escuelas de formación y capacitación de las Fuerzas Militares, de la cátedra “fundamentos de la profesión militar”, con una intensidad horaria que permita a los Oficiales y Suboficiales de la fuerza estudiar en detalle principios fundamentales de la profesión de las armas, como es el de la obediencia debida. Y de otra parte ordenar a todos los niveles de la organización militar, la permanente capacitación y actualización de los miembros de la fuerza, en estas materias, para lo que se recomienda desarrollar los criterios de interpretación de la “Obediencia debida”, propuestos en el capítulo 6, numeral 6.1, del presente trabajo.

7.2.3 Elaborar un manual o texto de consulta, para todo el personal de las Fuerzas Militares, que explique los orígenes, desarrollo, importancia y ámbito de aplicación del principio militar de la “obediencia debida” que constituya una visión ecléctica de los enfoques castrense y jurídico sobre el tema, contribuyendo en esta forma a

eliminar la confusión reinante y las interpretaciones deformadas sobre el particular.

7.2.4 Diseñar un programa de ambientación, para los funcionarios de la jurisdicción Penal Militar, en el conocimiento de los principios, valores, fundamentos, y vivencias propias de la profesión militar, que les permita mayor objetividad en sus fallos, al combinar en los mismos los enfoques jurídico y castrense, de las situaciones puestas bajo su conocimiento u orbita jurisdiccional, dado que esa combinación de enfoques es la que hace de la Justicia Penal Militar, una jurisdicción especial.

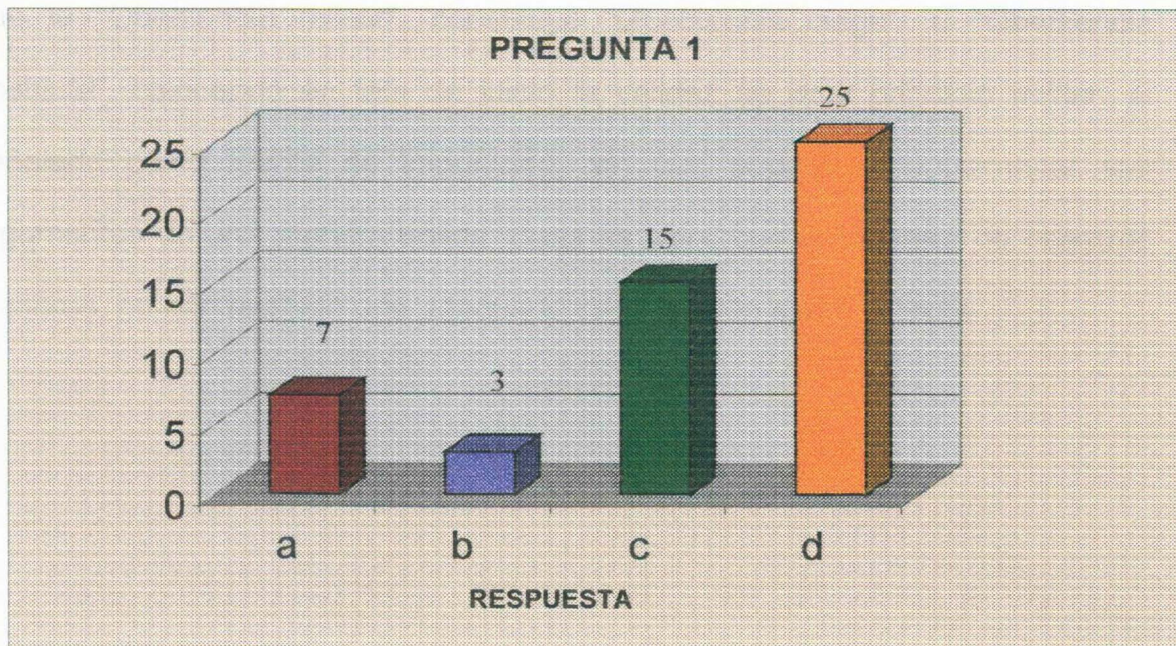
ANEXO "A" ANÁLISIS DE ENCUESTAS Nro. 1

PRIMERA PREGUNTA

En lo relacionado al tema de la "obediencia debida", en su caso particular, podemos afirmar que:

- a. Ha recibido adecuada capacitación sobre el tema, a lo largo de su carrera militar, en los institutos de formación y capacitación de la fuerza.
- b. Conoce el tema, porque eventualmente se ha interesado en él y a título particular ha profundizado en el conocimiento del mismo.
- c. Ha recibido información sobre el tema a través de terceras personas y charlas informales con sus superiores, compañeros o subalternos, dentro de las cuales se han discutido aspectos relacionados con el mismo.
- d. No se siente adecuadamente informado sobre el tema, a pesar que ha escuchado hablar de éste y ha desarrollado su propio concepto sobre el mismo.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS PRIMERA PREGUNTA

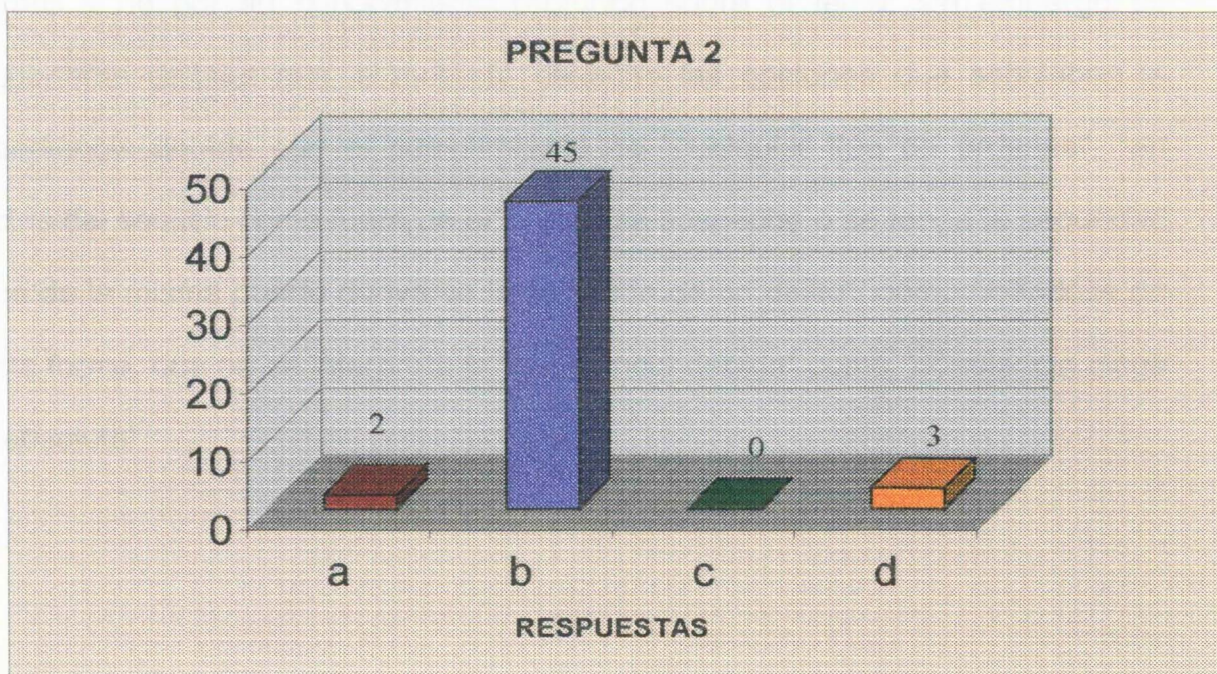
La respuesta dada por los encuestados a esta pregunta, señala sin lugar a dudas que el tema de la "obediencia debida, considerado un principio fundamental de la profesión militar, sobre el que se apoyan otros tan importantes como la disciplina, no ha recibido dentro de la formación del profesional de las armas, un tratamiento adecuado; como militares desafortunadamente nos hemos limitado a hablar de la obediencia de manera tangencial, sin entrar en detalles en un tema, que amerita toda nuestra atención, pues en la medida en que no se entiendan claramente los principios, características, importancia y parámetros de aplicación del principio de "Obediencia debida", este puede ser interpretado en forma errónea, dando pie a que personas ajenas a la institución militar, puedan fundamentar sus teorías que la "Obediencia militar", constituye "Obediencia ciega", u "Obediencia absoluta", colocando en tela de juicio la validez de este principio militar, al señalarlo como fuente de impunidad, sin que podamos contrarrestar sus argumentos de una manera sólida, pues es claro que la mayoría de nuestros hombres, no han recibido una adecuada capacitación sobre el tema.

SEGUNDA PREGUNTA

En su concepto, cual de las siguientes es la definición correcta para la "Obediencia debida":

- a. Es la obligación de todo Subalterno dentro de la institución militar a obedecer a su superior jerárquico, sin vacilación, en el tiempo modo y lugar determinado por este, cualquier tipo de órdenes.
- b. Es la obligación que tiene el subalterno, dentro de la institución militar, de cumplir las ordenes legítimas, emitidas con las formalidades legales, por parte de un superior competente para ello.
- c. Es la obligación que tiene todo subalterno, dentro de la institución militar, de cumplir las órdenes emitidas, con las formalidades legales, por superior competente para ello, así se sospeche o se tenga la seguridad que de la misma puede derivarse la comisión de un delito.
- d. Es la obligación que tiene todo subalterno dentro de la institución militar a obedecer a sus superiores, tanto en actos del servicio, como fuera de ellos.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS SEGUNDA PREGUNTA

Una comparación simple entre las respuestas dadas por los encuestados a esta pregunta y los resultados de la pregunta anterior, podría llevarnos a plantear una especie de contradicción, pues si de una parte es evidente que no existe una adecuada formación profesional alrededor del tema, de otra se puede comprobar que el 90% de los encuestados tienen un concepto claro alrededor de lo que significa la "Obediencia debida".

Lo anterior se puede explicar si partimos de la premisa que los encuestados dedujeron la mejor opción de las que les fueron presentadas, por simple sentido común o como consecuencia de los dictados de su ética profesional, solventada en los principios y valores que se inculcan al profesional de las armas y no por su conocimiento profundo sobre el tema; sin embargo es importante señalar que la mayoría deseó las opciones que asociaban la obediencia debida con el cumplimiento de "cualquier tipo de órdenes", "en actos del servicio como fuera de el" y "así se sospeche o se tenga la seguridad que de la misma puede derivarse la comisión de un delito", comprobándose de esta forma, que no se interpreta la "obediencia debida" como "obediencia ciega o absoluta"

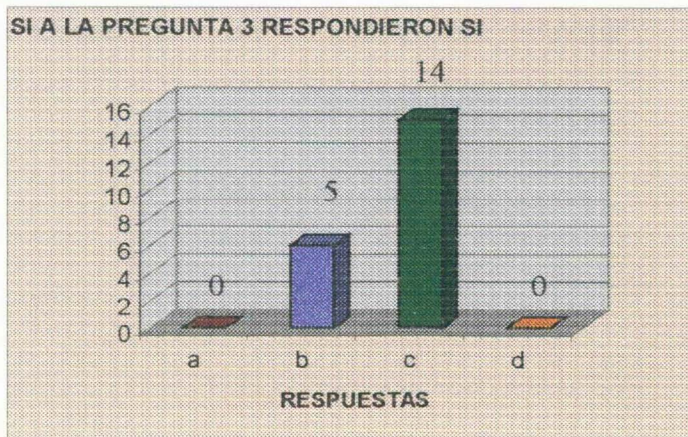
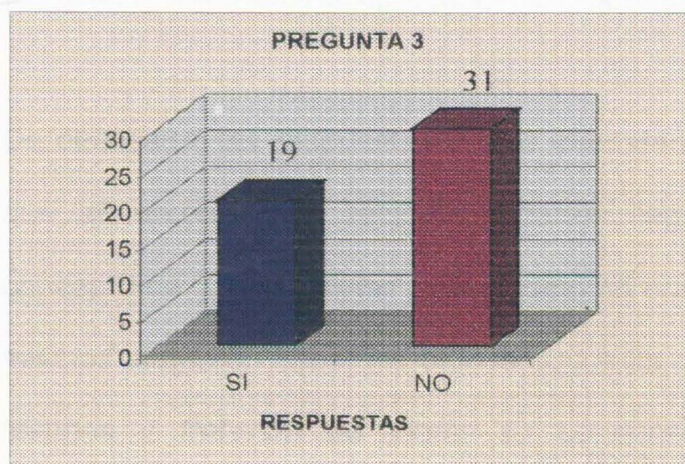
TERCERA PREGUNTA

Durante su tiempo de servicio como Oficial del Ejército, ha recibido Usted alguna vez, por parte de algún superior una orden abiertamente ilegal.

SI _____ NO _____

- a. Le fue emitida por escrito y debidamente firmada por su Comandante.
- b. La fue emitida en forma verbal por vía radial, telefónica o empleando cualquier otros medio de comunicación masiva.
- c. Le fue emitida en forma verbal, sin testigos y tratando de lograr su consenso sobre el particular.
- d. Ninguna de las anteriores *

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS TERCERA PREGUNTA

Si comparamos las encuestas de los Capitanes con las de los Tenientes en este punto, descubrimos que en el grupo de capitanes existe un mayor porcentaje de Oficiales que afirman haber recibido durante su carrera, "órdenes ilegales"; lo anterior puede explicarse, si se tiene en cuenta que estos Oficiales, que llevan un promedio de 13 a 14 años dentro de la carrera, alcanzaron a vivir épocas, donde la instrucción en materia de DD.HH. y DIH, era apenas incipiente, y los Comandantes militares en su afán de obtener éxitos operacionales, llegaban al punto de cometer excesos, que en las condiciones actuales resultarían inaceptables, pero que para su época, eran de uso común.

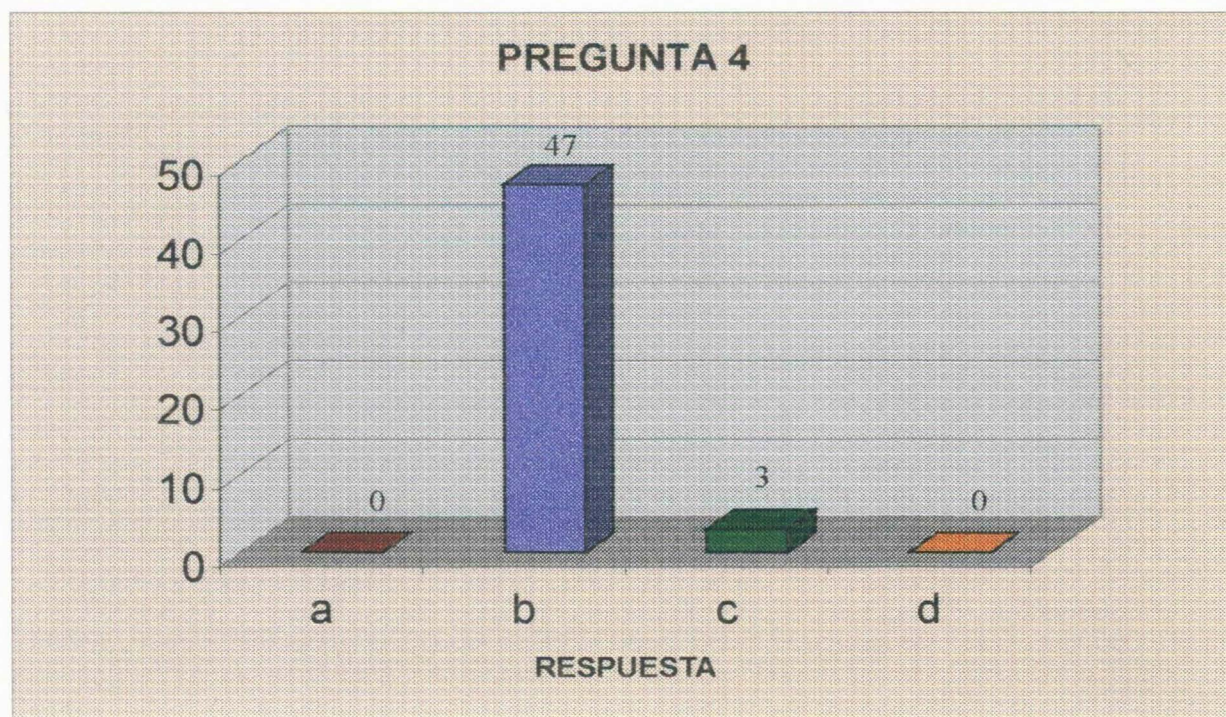
De otra parte, las respuestas dadas, permiten evidenciar que los encuestados que afirmaron haber recibido órdenes ilegales, no tienen claridad en el concepto de "Orden Militar", pues como se puede apreciar, casi un 75% de los mismos afirmaron haber recibido la supuesta orden ilegal "en forma verbal, sin testigos y tratando de lograr su consenso sobre el particular", lo que evidentemente no constituye una "Orden", sino un "concierto para delinquir".

CUARTA PREGUNTA

En la eventualidad que recibiera Usted, por parte de un superior competente una orden evidentemente ilegal:

- a. Se sentiría legalmente obligado a cumplirla.
- b. No se sentiría legalmente obligado a cumplirla.
- c. Pediría la orden por escrito y una vez obtenida ésta la cumpliría.
- d. La cumpliría sin vacilaciones, pues esto es parte de la "Obediencia debida"

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS CUARTA PREGUNTA

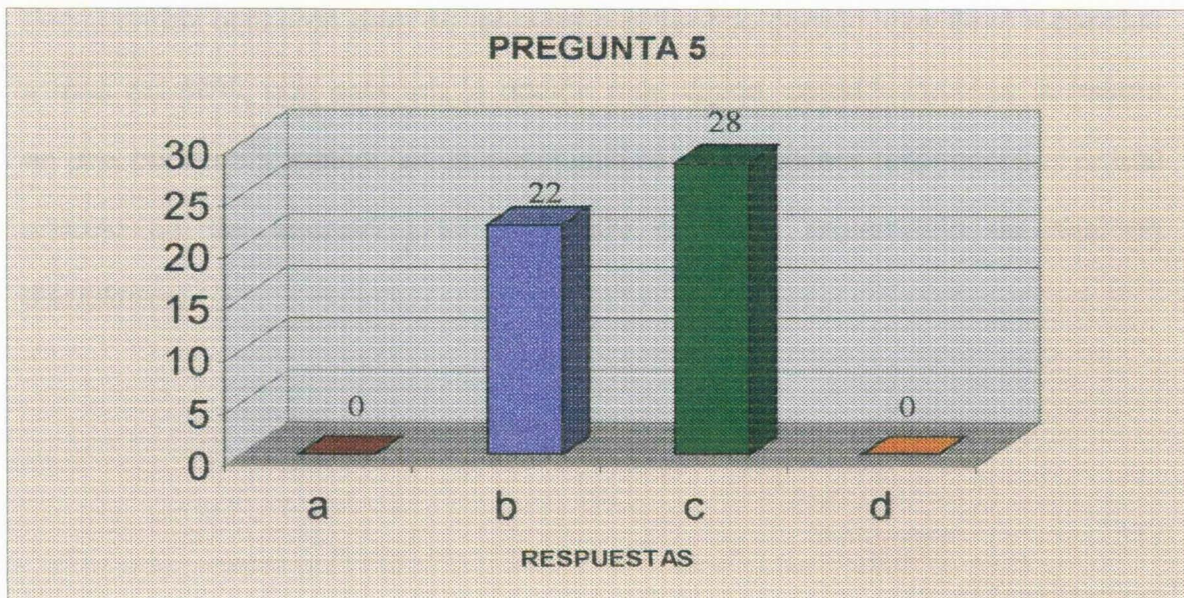
De la respuesta dada a esta pregunta, podemos concluir, que a pesar de la falta de un conocimiento profundo alrededor del tema de la "Obediencia debida", por parte de los encuestados, es claro que dentro de la institución militar las órdenes manifiestamente ilegales no son vinculantes, pues no generan en el subalterno la obligación legal de cumplir las mismas; lo anterior puede servir para demostrar que no existe dentro de la institución Militar, lo que algunas personas denominan "Obediencia ciega o absoluta".

QUINTA PREGUNTA

Dentro de las reformas hechas al concepto de "Obediencia debida", el antiguo artículo 15, hoy artículo 31 del reglamento de régimen disciplinario, quedó redactado en su parte final de la siguiente manera:

- a. Cuando el subalterno que reciba una orden advierta que de su ejecución pueda derivarse un delito o infracción disciplinaria, debe exponerlo al superior, si este insiste el subalterno está obligado a cumplir la orden previo confirmación por escrito.
- b. Cuando el subalterno que recibe una orden advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un hecho punible o infracción disciplinaria, el subalterno no está obligado a cumplir la orden.
- c. Cuando el subalterno que recibe una orden advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un hecho punible o infracción disciplinaria, el subalterno debe exponerlo al superior, si este insiste el subalterno está obligado a cumplir la orden, previa confirmación por escrito, a menos que se trate de una orden abiertamente ilegal, en cuyo caso el subalterno no está obligado a cumplir la orden.
- d. Cuando el subalterno que recibe una orden advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un hecho punible o infracción disciplinaria, de todas maneras está obligado a cumplir la orden.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS QUINTA PREGUNTA

Las respuestas dadas por los encuestados nos permiten nuevamente afirmar que no existe dentro de las Fuerzas Militares, "obediencia ciega o absoluta", pues como se puede ver, ninguno de los encuestados señaló la opción registrada en el literal "d", que impone al subalterno la obligación de cumplir las órdenes, así este advierta que de su cumplimiento, puede derivarse la comisión de un hecho punible.

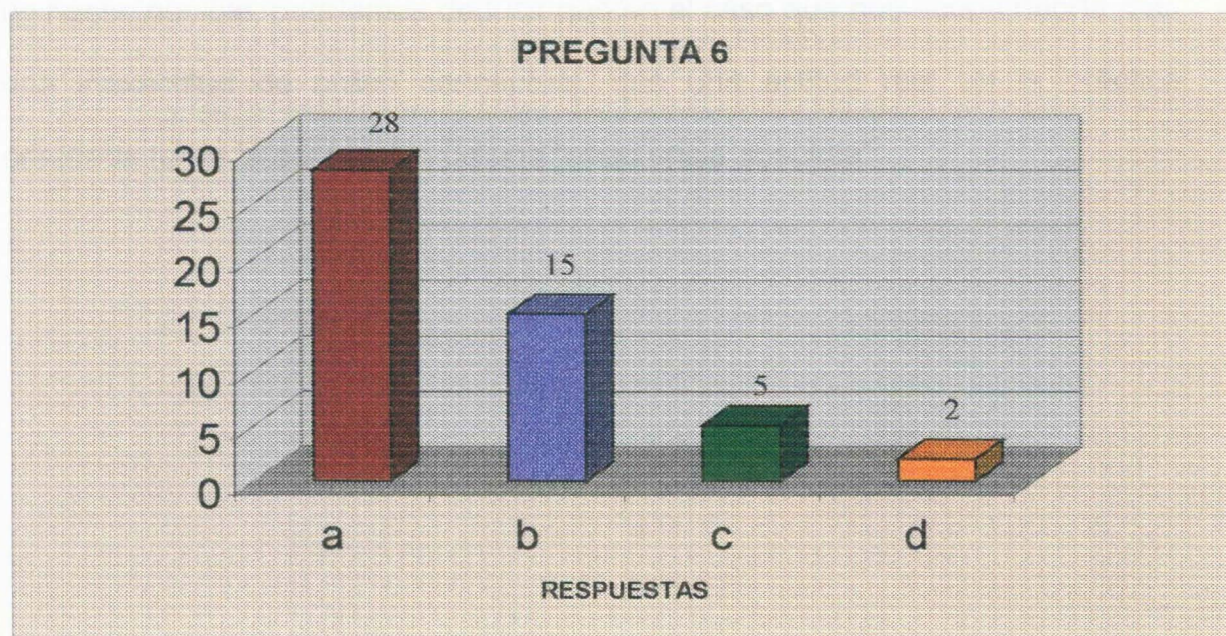
De otra parte, si se tiene en cuenta que los encuestados, no conocían en su mayoría, cual de las opciones propuestas era la que realmente se había incorporado en el reglamento de régimen disciplinario, es muy significativo que la opción registrada en el literal "c", haya sido la mas seleccionada por los mismos, pues podríamos inferir que desconociendo la norma real, los encuestados utilizaron para su respuesta el sentido común, que llevó a concluir a más del 50%, que esta era la opción más lógica, constituyéndose la misma en una buena alternativa, en la eventualidad que quisiera reformarse el actual artículo 31 del decreto 1797 del 2000 ó nuevo reglamento de régimen disciplinario.

SEXTA PREGUNTA

Con cual de los conceptos señalados a continuación, asociaría Usted mejor el principio de "Obediencia debida":

- a. Obediencia racional.
- b. Obediencia reflexiva.
- c. Obediencia ciega.
- d. Obediencia selectiva.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS SEXTA PREGUNTA

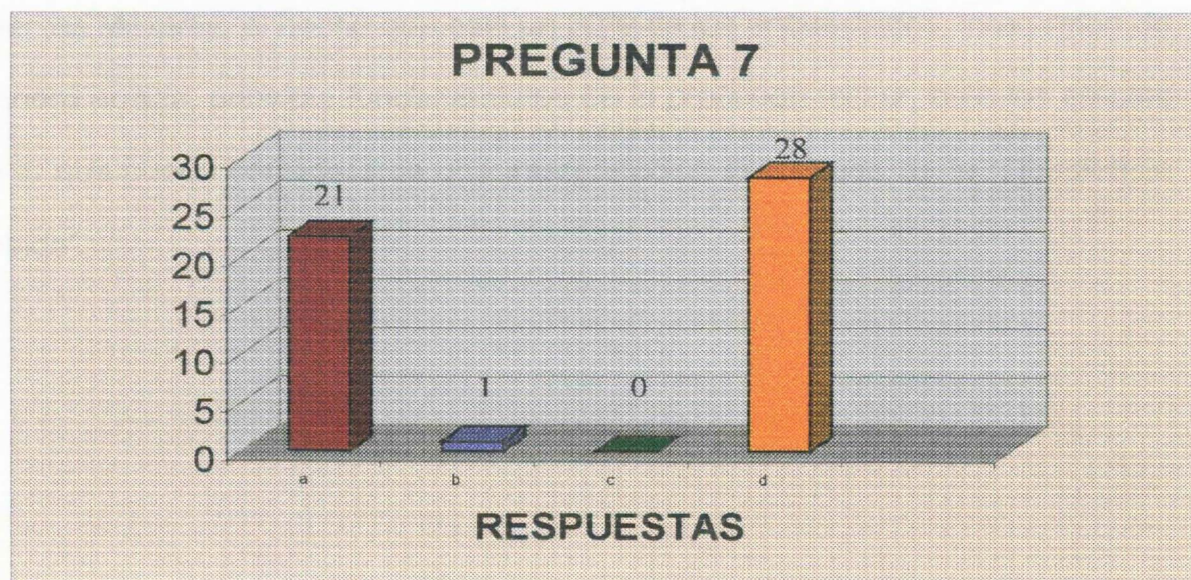
De las anteriores repuestas se puede concluir que el concepto de "Obediencia debida", está evidentemente mas asociado a los conceptos de "obediencia racional" o incluso "obediencia reflexiva", que al de "Obediencia ciega"; sin embargo no deja de ser significativo que un 10% de los encuestados halla asociado la "Obediencia debida", con la "Obediencia ciega", pues dentro de la Fuerza Militar, no pueden quedar vacíos en este sentido, ya que como es de todos sabido, las actuaciones de una persona o de un número minoritario de personas, que sean contrarias al espíritu de las organizaciones, afectan a toda la organización; sin embargo si analizamos nuevamente las respuestas a la quinta pregunta, donde ninguno de los encuestados, manifestó sentirse obligado a cumplir órdenes de cuya ejecución pudiera derivarse la comisión de un hecho punible, podríamos deducir que en el caso que nos ocupa habría mas una inexactitud de orden conceptual, que una actitud real en la práctica orientada hacia la aceptación de una "obediencia absoluta".

SÉPTIMA PREGUNTA

Pasando al principio de la responsabilidad de toda orden militar, la razón por la cual el nuevo Reglamento de Régimen disciplinario para las FF.MM. señala, en su artículo 31, que la responsabilidad de las mismas recae en quien las emite y no en quien las ejecuta, se debe a que:

- a. La orden emitida por el superior ha sido el resultado de un proceso militar de toma de decisiones, donde se han analizado detalladamente todas las opciones posibles, escogiéndose la mejor, por tanto es difícil para mí cuestionar la orden emitida y la cumpla con la confianza que esta es la mejor opción, siendo obviamente responsabilidad de quien la emite afrontar sus consecuencias.
- b. En vista que el subalterno debe acatar ciegamente las órdenes emitidas por el superior, es lógico que quien responda por las consecuencias de las órdenes sea quien las emite y no quien las ejecuta.
- c. El subalterno no está en capacidad de cuestionar ninguna orden del superior y por tanto se constituye en un instrumento del mandato superior, de cuyas consecuencias es responsable solo quien emite la orden.
- d. Existe un error de apreciación, pues a pesar de las situaciones especiales que se viven durante la guerra, superior y subalterno están en capacidad de llegar a un consenso, para la toma de decisiones, por lo que la responsabilidad debe ser compartida.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS SEPTIMA PREGUNTA

Dentro de la organización militar las órdenes deben cumplirse en el tiempo, modo y lugar en que son emitidas por el superior, exceptuando aquellas que puedan llegar a ser manifiestamente ilegales; este es el fundamento de la disciplina dentro de la organización Militar y por tanto el hecho de creer que pese a las situaciones especiales que se viven durante la guerra, puede haber oportunidad de llegar a un consenso entre superior y subalterno, para la toma de decisiones, constituye un error, pues nadie puede desconocer que las complejas situaciones a las que se enfrenta el militar requieren de decisiones oportunas, tomadas por un Comandante que además de contar con la experiencia necesaria para ello, normalmente cuenta con una información mas clara y completa, que el subalterno al cual se le emite la orden.

Dado lo anterior resulta preocupante, para la disciplina y la efectividad de las Fuerzas Militares, el hecho que casi un 60% de los encuestados, interpreten de manera errada, principio fundamentales de la profesión militar, bajo los efectos de lo que puede considerarse una interpretación deformada de la "Obediencia debida".

OCTAVA PREGUNTA

Durante las diferentes fases de instrucción militar, los Soldados son entrenados para responder automáticamente a voces de mando, emitidas por sus comandantes directos; lo anterior se debe a que:

- a. El tiempo de instrucción es muy escaso y es más fácil automatizar a los Soldados que entrenarlos para pensar.
- b. Durante el combate los Soldados deben responder automáticamente a estímulos externos, como la voz del Comandante, pues en ese momento pensar o dudar puede representar la muerte.
- c. Este es uno de los mecanismos orientados a obtener del Soldado una "Obediencia ciega", que como superior me va a favorecer tanto dentro como fuera del servicio.
- d. El nivel cultural de los Soldados normalmente es muy bajo y por tanto esta es la forma más fácil de entrenarlos.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS OCTAVA PREGUNTA

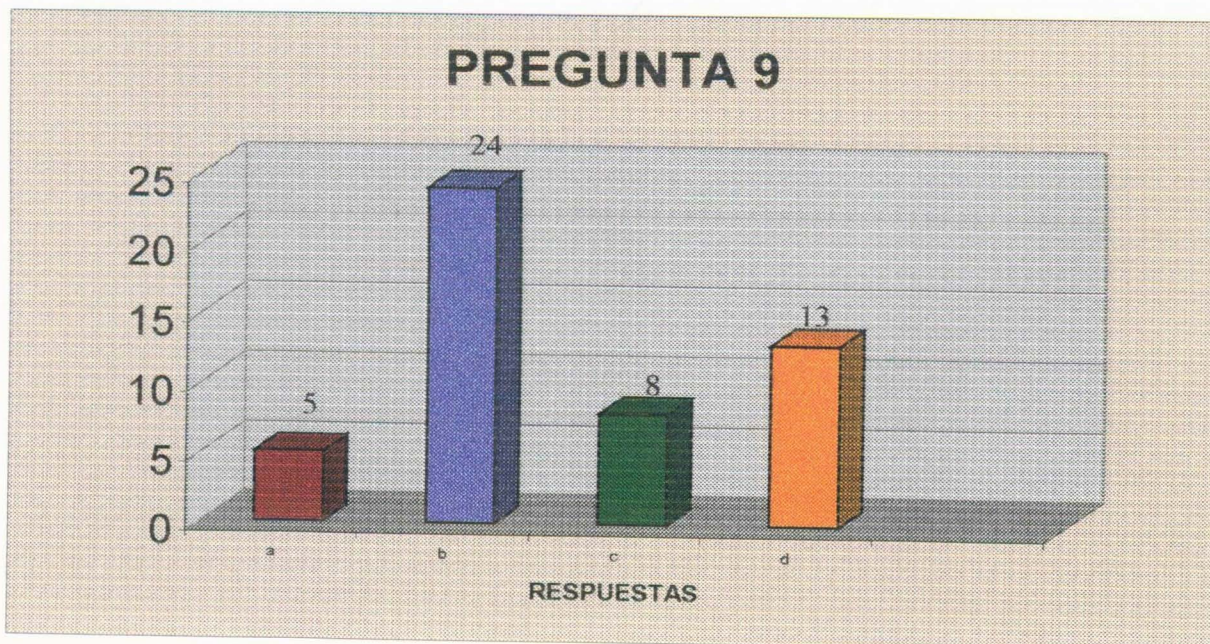
Las respuestas dadas a esta pregunta permiten deducir que un 72% de los encuestados, conocen con claridad el motivo por el cual dentro de la instrucción militar se hace tanto énfasis en la automatización de algunos procesos, que contribuyen a una mayor eficiencia en el campo operacional y que en un momento dado pueden salvar la vida a nuestros hombres; por tanto es también preocupante que un 28% de los encuestados asocien esta clase de entrenamiento a elementos como la "Obediencia ciega", el bajo nivel cultural de los Soldados, o el corto tiempo de instrucción, factores que a pesar de influir en el proceso, no constituyen la esencia del mismo, lo que demuestra profundos vacíos en la formación profesional militar de algunos de nuestros futuros Oficiales superiores.

NOVENA PREGUNTA

Cuando Usted como Comandante militar, en desarrollo de una operación, emite a sus subalternos una orden, de cuya rápida ejecución depende el éxito de la operación, lo que Usted espera es:

- Que el Subalterno que recibe la orden, reflexione sobre la legitimidad de la misma, pues esto contribuye a disminuir problemas legales.
- Que el Subalterno que recibe la orden, trate de entender con la limitada información que posee, su concepto táctico y hacer algunas recomendaciones que me ayuden a mejorar el plan.
- Que el Subalterno que la recibe, me exponga sus dudas de tipo legal, alrededor de la orden emitida, con el fin de hacerle las aclaraciones necesarias.
- Que el subalterno que recibe la orden actúe sin vacilación, ejecutando la orden en el tiempo modo y lugar requerido.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS NOVENA PREGUNTA

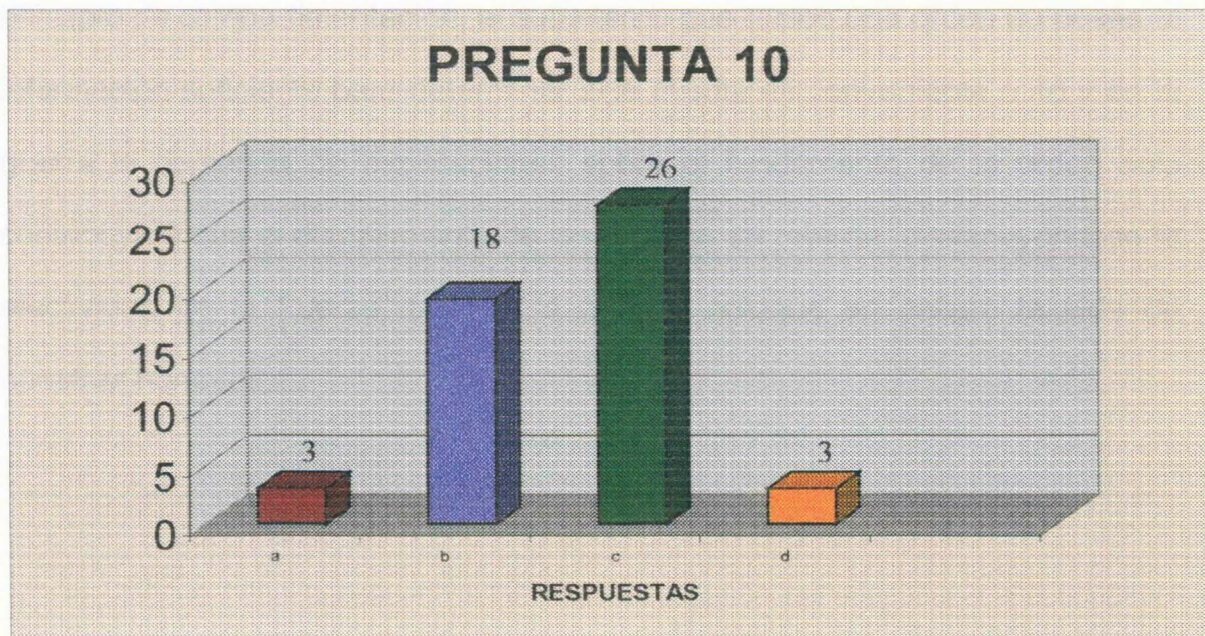
Las respuestas dadas a esta pregunta, confirman nuevamente que existe una confusión, en gran parte de nuestros Oficiales, que solo puede atribuirse a un desconocimiento del principio de la "Obediencia debida", como fundamento de la profesión militar, y a una interpretación deformada del concepto jurídico emitido por la honorable Corte Constitucional en este campo, ya que no es lógico suponer que como Comandante al emitir una orden, de cuyo rápido cumplimiento depende el éxito de la operación, yo espere algo diferente a que la misma sea cumplida sin vacilaciones y en el tiempo, modo y lugar requerido; sin embargo como podemos observar en este caso, más del 50% de los encuestados, manifestaron esperar conductas diferentes a la que normalmente espera un Comandante militar en esta situación.

DECIMA PREGUNTA

El cuestionamiento a las órdenes o la demanda de explicaciones al superior sobre el fundamento de las mismas normalmente:

- a. Aumenta la cohesión dentro de la Unidad.
- b. Permite mayor transparencia y claridad a las relaciones entre superior y subalterno.
- c. Ocasiona paulatina perdida de confianza entre superior y subalterno, y crea divisiones en la unidad.
- d. Mantiene el espíritu de cuerpo de la unidad.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS DECIMA PREGUNTA

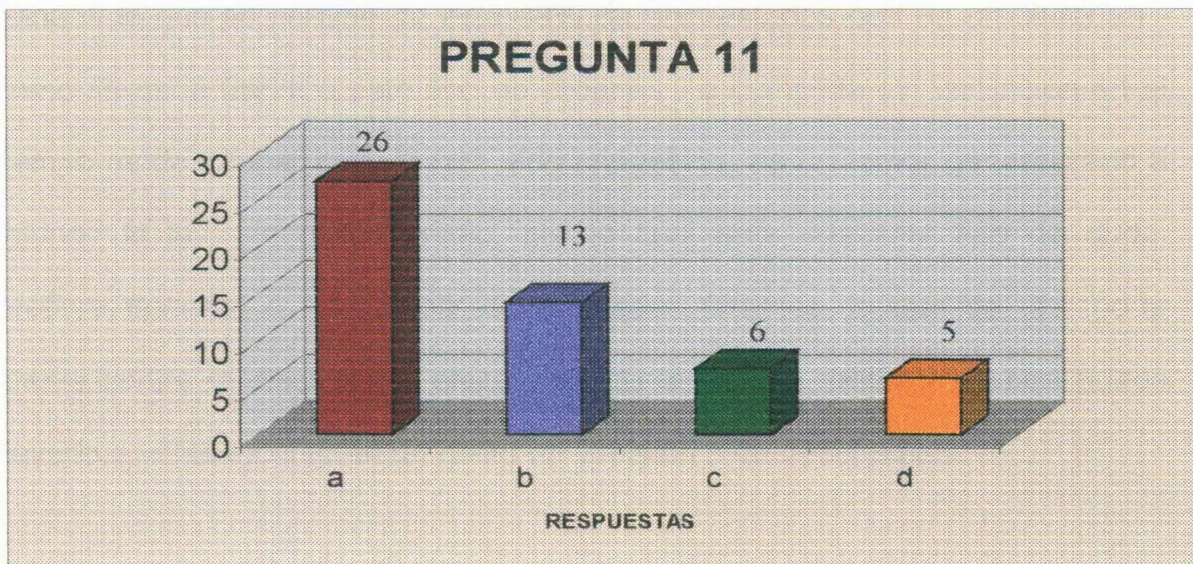
De las respuestas dadas a la anterior pregunta, podemos deducir de una parte que por lo menos un 52% de los Oficiales encuestados, son concientes que la demanda de explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, - siempre que esta no sea manifiestamente ilegal - produce desconfianza y logra paulatinamente deteriorar la relación superior- subalterno; sin embargo de otra parte un 38% de los encuestados considera que este procedimiento permite mayor claridad a las relaciones entre superior y subalterno, lo cual si es analizado a la luz de cualquier profesión liberal sería completamente válido, pero si se analiza desde el punto de vista de los principios y fundamentos de la profesión militar, posiblemente no podría resultar tan claro, ya que debemos tener en cuenta que en la mayoría de las oportunidades, en cumplimiento del principio de compartimentación, el subalterno que recibe una orden no posee la información suficiente para determinar si la misma es conveniente o no y en la guerra la demanda de explicaciones sobre el fundamento de la orden solo contribuye a que el cumplimiento de las mismas se retarde, disminuyéndose la efectividad de la Fuerza militar y a que se coloque en peligro la vida de nuestros hombres.

UNDÉCIMA PREGUNTA

En su opinión una orden emitida con las formalidades legales, por un superior competente, que no sea delictiva de un modo manifiesto:

- a. Debe ser cumplida sin vacilación por parte del subalterno, en el tiempo, modo y lugar requerido por el superior.
- b. Debe ser analizada detenidamente por parte del subalterno, pues la obediencia no puede ser "ciega", sino que debe ser "reflexiva".
- c. No debe ser cumplida por el subalterno, hasta que el superior no aclare al subalterno hasta la menor duda, que se desprenda de la misma.
- d. Debe examinarse detenidamente a la luz de los principios del derecho, con el fin de determinar sin lugar a dudas, si la misma es legítima o no, y solo cuando se tenga seguridad sobre esta situación el subalterno determinará si debe o no cumplir la misma.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS UNDECIMA PREGUNTA

Las respuestas dadas a la anterior pregunta, confirman nuevamente que existe una seria confusión en la interpretación actual que se hace del principio de "Obediencia debida" y que además existe un desconocimiento de una buena cantidad de miembros de las Fuerzas Militares, de los fundamentos de la profesión militar, pues de otra forma no se puede explicar que frente a una orden emitida con las formalidades legales, por un superior competente, que no sea delictiva de un modo manifiesto, un 26% de los encuestados señale que la analizaría detenidamente, un 12% conteste que no la cumpliría mientras le queden dudas y un 10% manifieste que le haría una profunda evaluación a la luz de los principios del derecho, cuando en su mayoría los cuadros y Soldados que componen la Fuerza militar, no cuentan con una formación legal adecuada que le permita conducir este tipo de análisis; sin embargo en general lo que se percibe de este 48% de encuestados que no procederían - como se debe frente a este tipo de órdenes - a cumplirla sin vacilación en el tiempo modo y lugar que le han sido impuestos, es un temor generalizado a infringir la ley, sin proponérselo, por lo cual ante cualquier tipo de duda, prefiere demorar o no cumplir determinadas órdenes, lo que de una parte atenta contra la disciplina y efectividad de la Fuerza militar y de otra puede llevarlo a verse incurso en un delito de Omisión o de desobediencia.

CASO ESQUEMATICO – PRIMERA PREGUNTA

Ante la orden emitida por su Comandante, Usted actúa de la siguiente manera:

- a. Inmediatamente toma las medidas necesarias para cumplir la orden que le ha sido emitida en el menor tiempo posible.
- b. Solicita a su Comandante nuevamente mayor información sobre el particular y en caso de no obtenerla, aplaza el cumplimiento de la orden hasta que sus dudas le sean aclaradas.
- c. Deduce que de esta orden, aunque emitida con las formalidades requeridas y por parte de superior competente, se puede derivar la comisión de un hecho punible, pues la misma impide la libre locomoción de los ciudadanos, autorizándose además el empleo de la fuerza en su contra, de ser necesario y por tanto considera que no debe cumplir la misma.
- d. Ninguna de las anteriores *

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS PRIMERA PREGUNTA-CASO ESQUEMATICO

Las respuestas dadas por los encuestados al caso esquemático presentado, confirman, que la respuesta de la mayoría de nuestros subalternos frente a cualquier tipo de duda, es la de aplazar o cancelar el cumplimiento de las órdenes, inclusive aquellas que no son manifiestamente ilegales, como la que se emitió en este caso; sin embargo, como ya se dijo antes, es claro que el subalterno no se resiste al cumplimiento de las órdenes, con el propósito de vulnerar la disciplina militar, sino que lo hace temeroso, de que el cumplimiento de la orden que se le ha emitido, pueda llevarlo, sin saberlo, a infringir la ley.

Todo lo anterior nace de una errada interpretación del principio de la "Obediencia debida", que en ningún momento limita el cumplimiento de órdenes que no sean manifiestamente ilegales, o exige del subalterno la revisión minuciosa de todas las órdenes que le sean emitidas, pues en este sentido basta que la orden tenga apariencia de legalidad, para que el subalterno esté obligado a cumplirla, so pena de verse incurso en el delito de "Desobediencia".

CASO ESQUEMATICO – SEGUNDA PREGUNTA

De acuerdo a la información anterior, que consecuencias piensa Usted que le traerá al Capitán "X", el hecho de haber incumplido la orden de rodear el municipio de LA ROSA, evitando la salida o entrada de personal a dicha localidad?

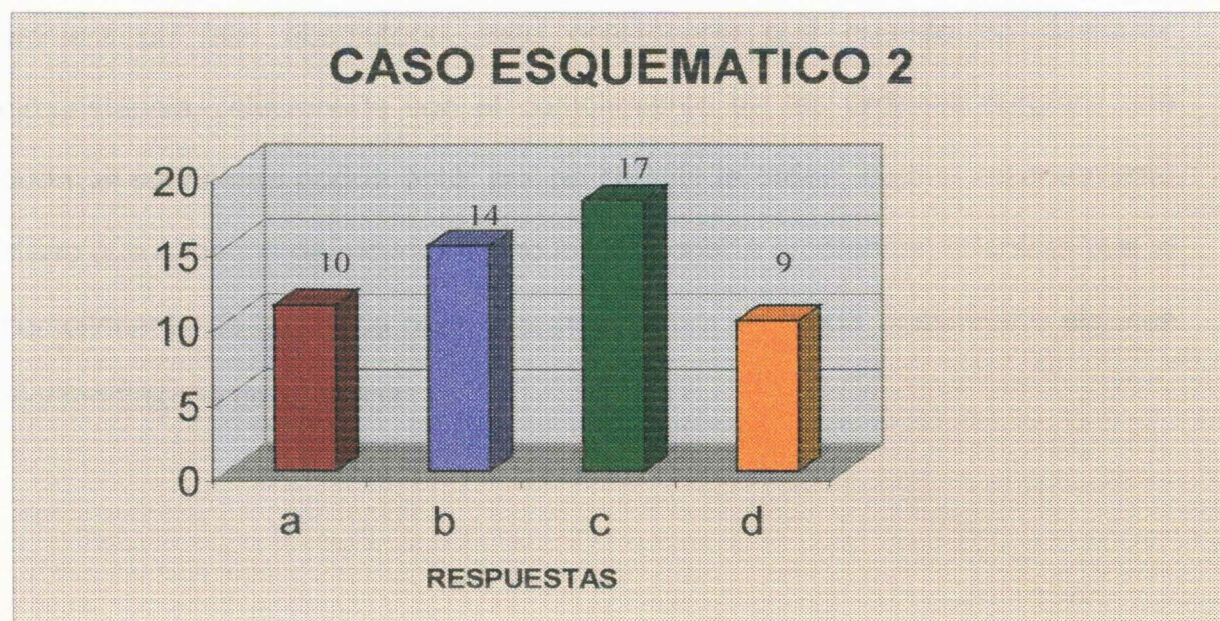
a. El Capitán "X", actuó en forma correcta, pues no tenía la información necesaria, que le permitiera determinar si la orden recibida, era legítima o no, a pesar que la misma había sido emitida con las formalidades necesarias y por un superior competente; debido a lo anterior no podrá imputársele responsabilidad penal ni disciplinaria.

b. La conducta del Capitán "X", está plenamente tipificada en el delito de desobediencia, que señala: "El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio, impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de uno a tres años.

c. La responsabilidad de las consecuencias del incumplimiento de la orden no debe recaer en el Capitán "X", sino en su superior, que no brindó a su subalterno las explicaciones necesarias, que le permitieran juzgar objetivamente si la orden que estaba recibiendo era o no legítima.

d. La responsabilidad sobre las consecuencias del incumplimiento de la orden del Capitán "X", debe ser compartida entre el oficial en mención y toda la cadena del mando desde donde se originó la orden, pues se omitió al Capitán "X", información que este debía conocer para establecer la legitimidad de la orden.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS SEGUNDA PREGUNTA-CASO ESQUEMATICO

Las respuestas tan divididas, dadas por los encuestados a la anterior pregunta, nos permiten confirmar que existen serias dudas sobre el tipo de órdenes que deben o no deben ser cumplidas por parte del subalterno. Si analizamos un poco más detalladamente las respuestas, podríamos inferir, que frente a una sentencia condenatoria en contra del Capitán que se colocó de ejemplo en el caso esquemático, por el delito de desobediencia, más del 60% de los encuestados expresarían su desacuerdo con la medida y podría generarse entre muchos de ellos, un sentimiento de rechazo frente a la justicia penal Militar y consecuentemente frente a la institución, al tiempo que se aumentarían sus dudas, alrededor del cumplimiento a las órdenes.

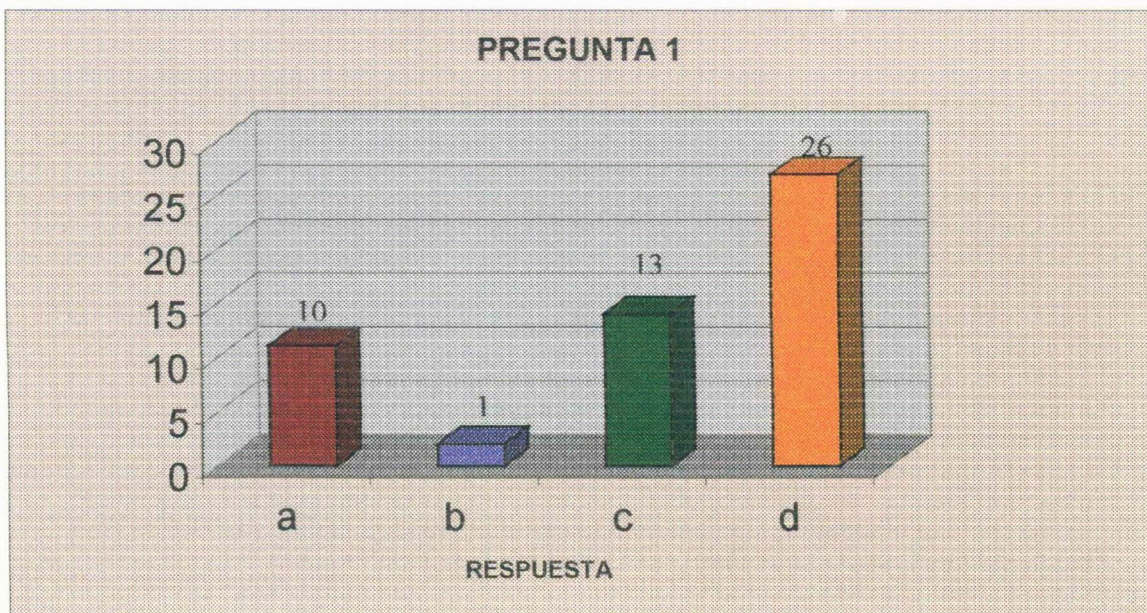
De otra parte si contra la evidencia existente en contra del mismo capitán, se emitiera un fallo absolutorio, esto ocasionaría que cuando en cualquier circunstancia, relacionada con el cumplimiento de las órdenes surgiera una duda, el subalterno podría optar por no cumplir la orden, bajo el razonamiento cierto que el hecho de incumplirla no le ocasionaría problemas, mientras que el cumplimiento de la misma podría, aunque fuera en teoría ocasionarle algunas incomodidades de tipo legal.

PRIMERA PREGUNTA

En lo relacionado al tema de la "obediencia debida", en su caso particular, podemos afirmar que:

- a. Ha recibido adecuada capacitación sobre el tema, a lo largo de su carrera militar, en los institutos de formación y capacitación de la fuerza.
- b. Conoce el tema, porque eventualmente se ha interesado en él y a título particular ha profundizado en el conocimiento del mismo.
- c. Ha recibido información sobre el tema a través de terceras personas y charlas informales con sus superiores, compañeros o subalternos, dentro de las cuales se han discutido aspectos relacionados con el mismo.
- d. No se siente adecuadamente informado sobre el tema, a pesar que ha escuchado hablar de éste y ha desarrollado su propio concepto sobre el mismo.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS PRIMERA PREGUNTA

Como en el caso de las encuestas practicadas a los señores Capitanes, las respuestas a esta primera pregunta denotan, un inadecuado grado de preparación en temas propios de la carrera militar que se consideran fundamentales, para correcto funcionamiento de la organización militar.

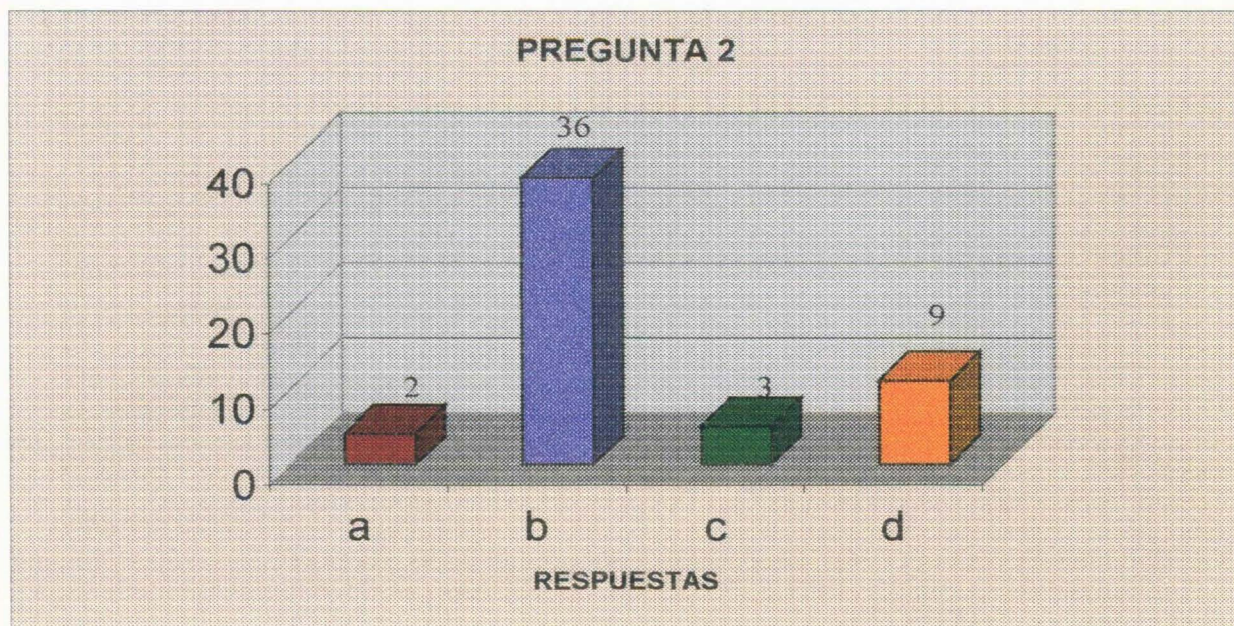
Los resultados numéricos de las respuestas son similares a los de los Capitanes, por lo que se considera que los resultados son consistentes y se ajustan a la situación real de la institución militar en este campo.

SEGUNDA PREGUNTA

En su concepto, cual de las siguientes es la definición correcta para la "Obediencia debida":

- a. Es la obligación de todo Subalterno dentro de la institución militar a obedecer a su superior jerárquico, sin vacilación, en el tiempo modo y lugar determinado por este, cualquier tipo de órdenes.
- b. Es la obligación que tiene el subalterno, dentro de la institución militar, de cumplir las ordenes legítimas, emitidas con las formalidades legales, por parte de un superior competente para ello.
- c. Es la obligación que tiene todo subalterno, dentro de la institución militar, de cumplir las órdenes emitidas, con las formalidades legales, por superior competente para ello, así se sospeche o se tenga la seguridad que de la misma puede derivarse la comisión de un delito.
- d. Es la obligación que tiene todo subalterno dentro de la institución militar a obedecer a sus superiores, tanto en actos del servicio, como fuera de ellos.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS SEGUNDA PREGUNTA

Las respuestas dadas a la pregunta anterior permite concluir, como en el caso de los Capitanes, que la mayoría de los Oficiales encuestados a pesar de sus limitaciones frente al tema, tienen un concepto claro acerca del concepto de "Obediencia debida".

De otra parte al llevar a cabo un juicio comparativo entre los resultados que muestra la figura y los obtenidos para la misma pregunta en el grupo de Capitanes, podríamos concluir que existe dentro de los Oficiales de grado teniente una tendencia más pronunciada a creer que la "Obediencia debida", se aplica tanto para las órdenes del servicio, como para las que se den fuera de él, lo cual es un error que es necesario corregir mediante la instrucción, pues muchas veces se relaciona este concepto, con el juramente que como militares prestamos al ingresar a las filas que nos demanda lealtad a nuestros superiores y compañeros tanto en actos del servicio, como fuera de él, lo que naturalmente no implica en medida alguna que dicha lealtad se pueda materializar en órdenes ajenas al servicio.

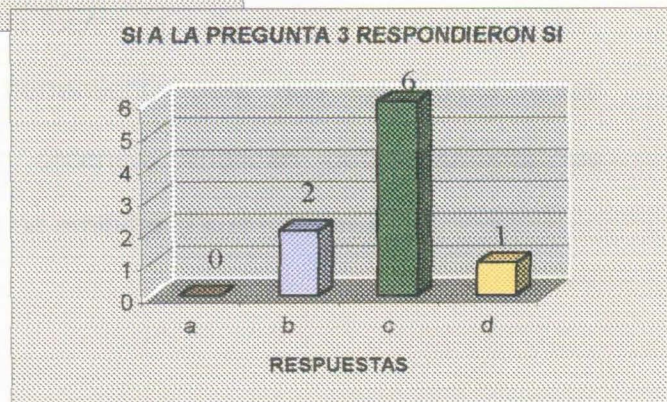
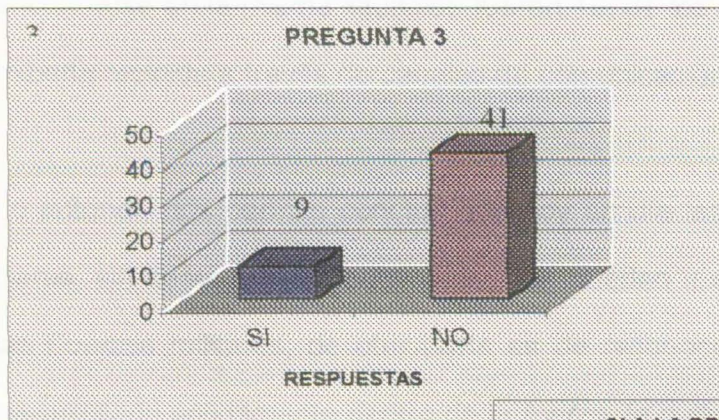
TERCERA PREGUNTA

Durante su tiempo de servicio como Oficial del Ejército, ha recibido Usted alguna vez, por parte de algún superior una orden abiertamente ilegal.

SI _____ NO _____

- a. Le fue emitida por escrito y debidamente firmada por su Comandante.
- b. La fue emitida en forma verbal por vía radial, telefónica o empleando cualquier otros medio de comunicación masiva.
- c. Le fue emitida en forma verbal, sin testigos y tratando de lograr su consenso sobre el particular.
- d. Ninguna de las anteriores *

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS TERCERA PREGUNTA

Es interesante observar, en cuanto se refiere a la pregunta de las órdenes ilegales, que solo 9 de los tenientes encuestados manifestaron haber recibido durante su vida militar, alguna orden que consideraran ilegal, de los cuales solamente dos manifestaron haber recibido la misma mediante canales de comunicación abiertos, y los siete restantes manifestaron haberlas recibido en privado y tratando de lograr su consenso sobre el particular, mientras que en el caso de los Capitanes, el número de encuestados que manifestaron encontrarse en la misma situación fueron 19, de los cuales cinco, manifestaron haberla recibida a través de canales de comunicación abiertos.

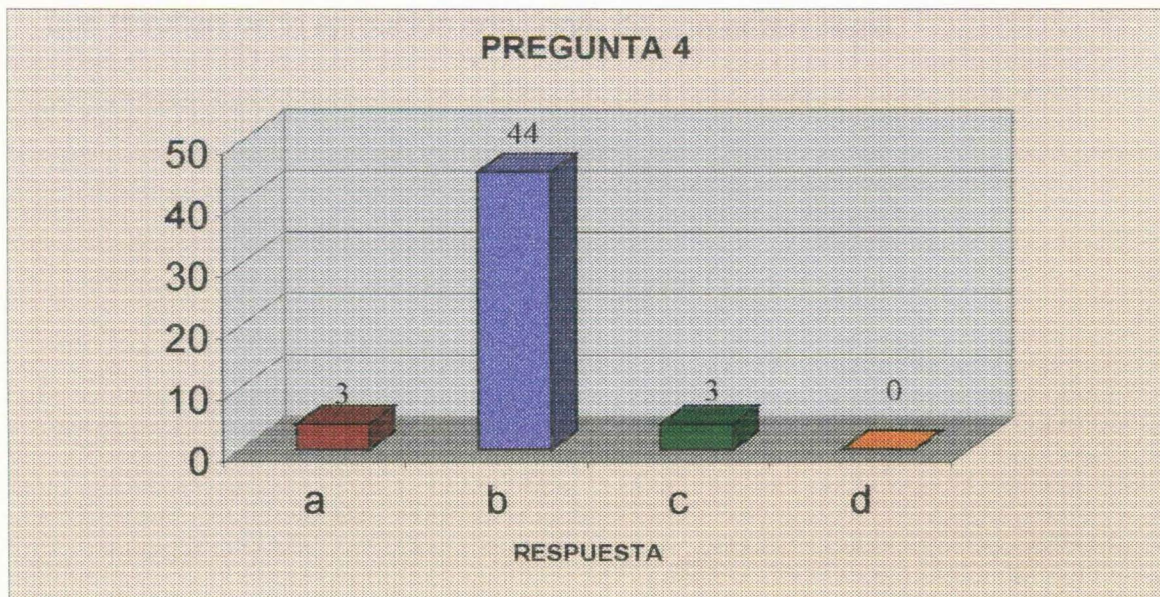
Lo anterior, nos permite concluir que hoy en día las ordenes son mucho mas claras, sin darse lugar a equívocos, que pueden ir en contra de la imagen de las Fuerzas militares; de otra parte es de reconocer que hoy por hoy se ha desarrollado sólidamente dentro de la fuerza, la cultura de los DD.HH y el DIH, que constituyen una importante herramienta para que los Comandantes Militares, responsables de emitir órdenes, analicen detalladamente las consecuencias de las mismas antes de emitirlas a sus hombres.

CUARTA PREGUNTA

En la eventualidad que recibiera Usted, por parte de un superior competente una orden evidentemente ilegal:

- a. Se sentiría legalmente obligado a cumplirla.
- b. No se sentiría legalmente obligado a cumplirla.
- c. Pediría la orden por escrito y una vez obtenida ésta la cumpliría.
- d. La cumpliría sin vacilaciones, pues esto es parte de la "Obediencia debida"

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS CUARTA PREGUNTA

En las respuestas a esta pregunta la tendencia es exactamente igual a la que se presentó en las encuestas realizadas a los señores Capitanes, por lo que se reafirma que la "Obediencia ciega", no aplica dentro de las Fuerzas Militares.

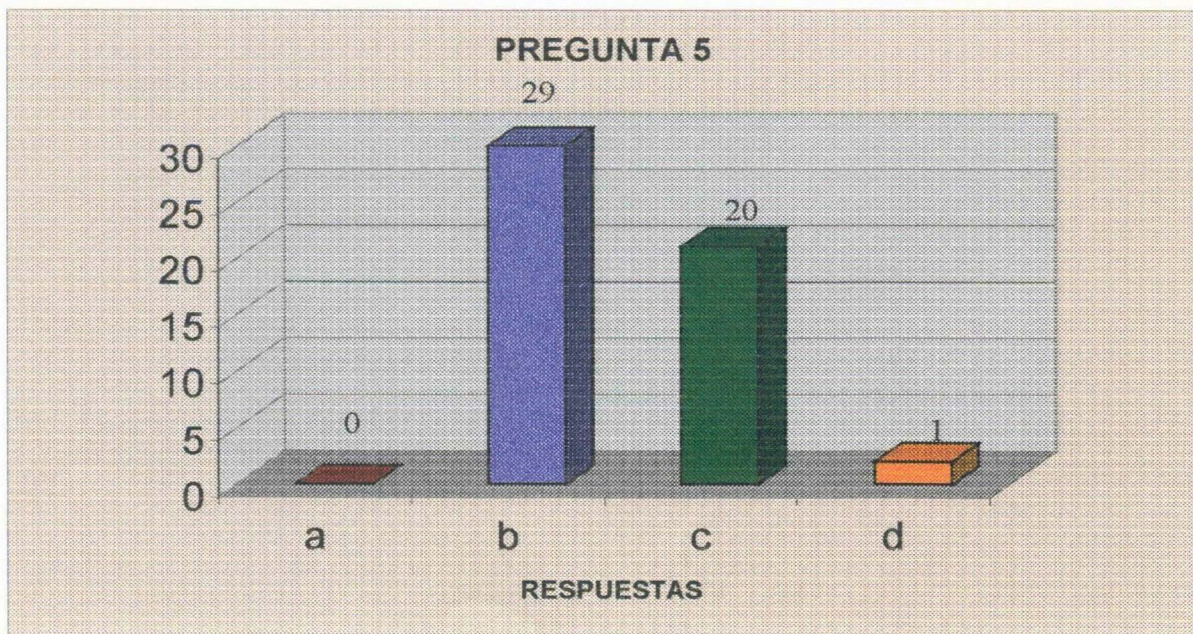
Pese a lo anterior es necesario tener en cuenta que, contrariamente a lo ocurrido en la encuesta practicada a los Capitanes, en esta tres de los Oficiales encuestados señalaron sentirse obligados legalmente a cumplir la orden, lo cual si llegase a ser una confusión conceptual, no tendría mucha importancia, pero de llegarse a llevar a la práctica colocaría a quienes piensan de esta manera a responder frente a los hechos ilícitos que resulten de la ejecución conciente de una orden ilegal.

QUINTA PREGUNTA

Dentro de las reformas hechas al concepto de "Obediencia debida", el antiguo artículo 15, hoy artículo 31 del reglamento de régimen disciplinario, quedó redactado en su parte final de la siguiente manera:

- a. Cuando el subalterno que reciba una orden advierta que de su ejecución pueda derivarse un delito o infracción disciplinaria, debe exponerlo al superior, si este insiste el subalterno está obligado a cumplir la orden previo confirmación por escrito.
- b. Cuando el subalterno que recibe una orden advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un hecho punible o infracción disciplinaria, el subalterno no está obligado a cumplir la orden.
- c. Cuando el subalterno que recibe una orden advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un hecho punible o infracción disciplinaria, el subalterno debe exponerlo al superior, si este insiste el subalterno está obligado a cumplir la orden, previa confirmación por escrito, a menos que se trate de una orden abiertamente ilegal, en cuyo caso el subalterno no está obligado a cumplir la orden.
- d. Cuando el subalterno que recibe una orden advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un hecho punible o infracción disciplinaria, de todas maneras está obligado a cumplir la orden.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS QUINTA PREGUNTA

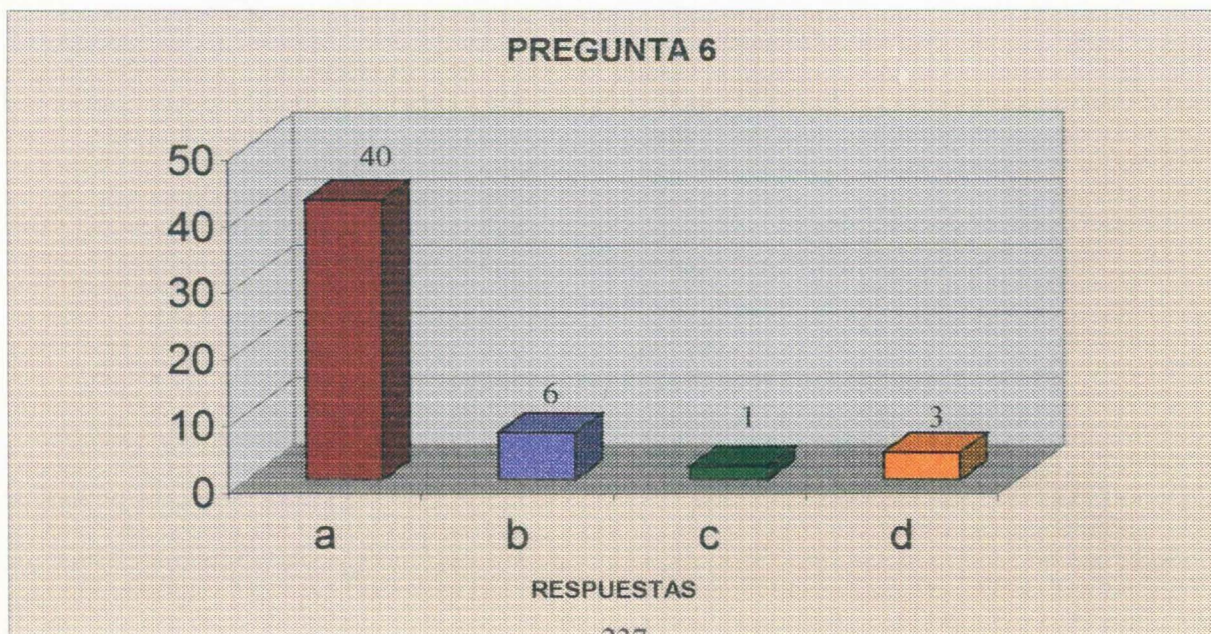
En las respuestas a esta pregunta se presentó la misma tendencia dentro de los Oficiales a aprobar el texto sobre responsabilidad de la orden que se les presentó en el literal "c", sin embargo la tendencia fue menos pronunciada que en el caso de los capitanes, lo cual no quiere decir desde ningún punto de vista, que las conclusiones a las que se llegó anteriormente puedan en este momento perder su validez.

SEXTA PREGUNTA

Con cual de los conceptos señalados a continuación, asociaría Usted mejor el principio de "Obediencia debida":

- a. Obediencia racional.
- b. Obediencia reflexiva.
- c. Obediencia ciega.
- d. Obediencia selectiva.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS SEXTA PREGUNTA

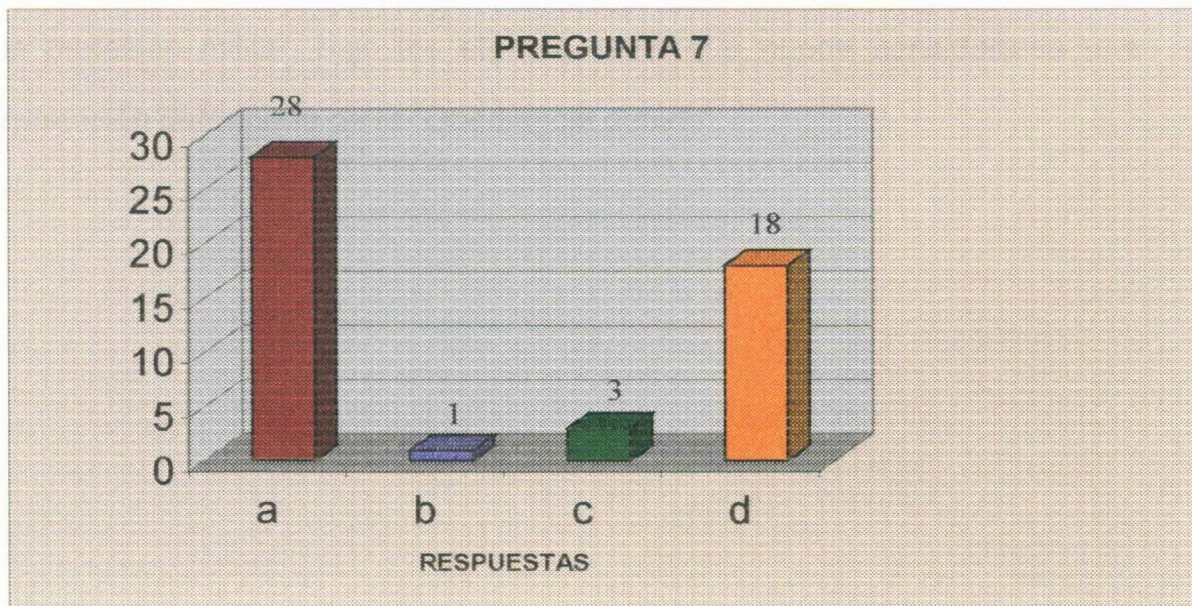
Como podemos observar en las respuestas a la sexta pregunta, el 80% de los Tenientes encuestados asocian el concepto "Obediencia debida", al de "Obediencia racional, un 12% al de "Obediencia reflexiva, un 6% al de "Obediencia selectiva" y solamente un oficial asocia este concepto al de "Obediencia ciega"; lo anterior como en el caso de las encuestas practicadas a los Capitanes, desvirtúa los argumentos esgrimidos por algunos juristas en nuestro país, que señalan que dentro de la Fuerza Militar el concepto de "Obediencia debida" es entendido como "Obediencia ciega".

SÉPTIMA PREGUNTA

Pasando al principio de la responsabilidad de toda orden militar, la razón por la cual el nuevo Reglamento de Régimen disciplinario para las FF.MM. señala, en su artículo 31, que la responsabilidad de las mismas recae en quien las emite y no en quien las ejecuta, se debe a que:

- La orden emitida por el superior ha sido el resultado de un proceso militar de toma de decisiones, donde se han analizado detalladamente todas las opciones posibles, escogiéndose la mejor, por tanto es difícil para mí cuestionar la orden emitida y la cumpla con la confianza que esta es la mejor opción, siendo obviamente responsabilidad de quien la emite afrontar sus consecuencias.
- En vista que el subalterno debe acatar ciegamente las órdenes emitidas por el superior, es lógico que quien responda por las consecuencias de las órdenes sea quien las emite y no quien las ejecuta.
- El subalterno no está en capacidad de cuestionar ninguna orden del superior y por tanto se constituye en un instrumento del mandato superior, de cuyas consecuencias es responsable solo quien emite la orden.
- Existe un error de apreciación, pues a pesar de las situaciones especiales que se viven durante la guerra, superior y subalterno están en capacidad de llegar a un consenso, para la toma de decisiones, por lo que la responsabilidad debe ser compartida.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS SÉPTIMA PREGUNTA

Al analizar la tendencia de las respuestas dadas a esta pregunta, es curioso observar que a diferencia de lo sucedido en las encuestas practicadas a los señores Capitanes, donde la mayor tendencia se reflejó hacia la posibilidad de un consenso en la toma de decisiones militares, en las practicadas a los Tenientes la mayor tendencia se refleja, hacia el entendimiento que la orden militar es el fruto de un proceso, adecuado y responsable de toma de decisiones, que impone al subalterno el cumplimiento de las órdenes emitidas sin vacilación, partiéndose del principio de legalidad de la orden.

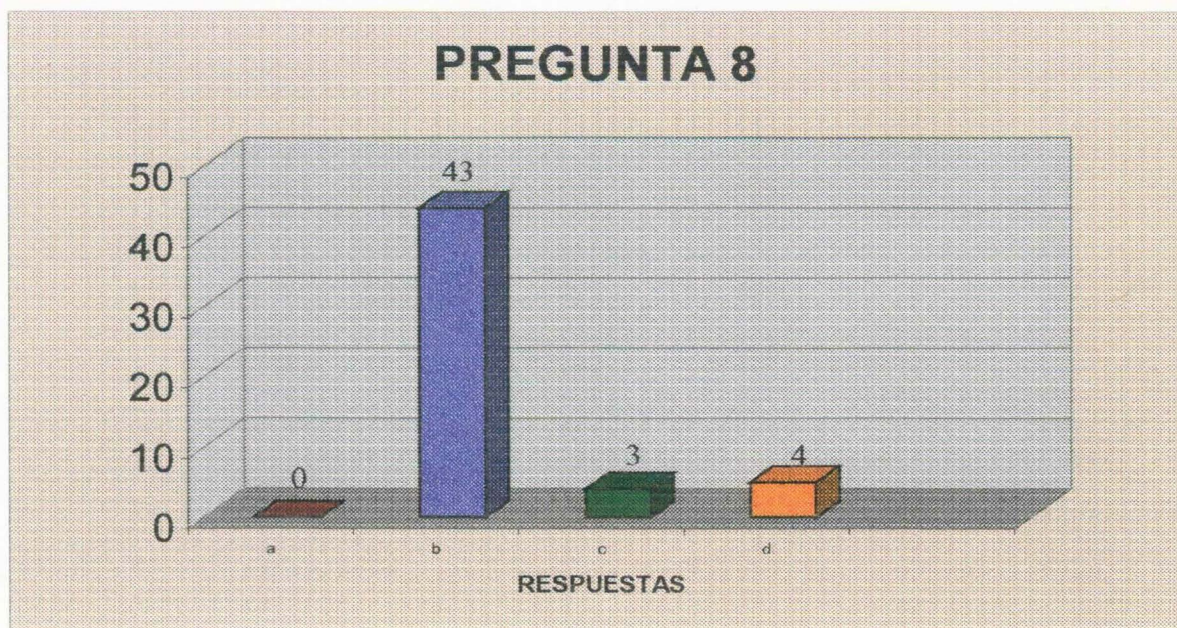
Sin embargo, como en el caso de los Capitanes, no deja de ser preocupante, para la disciplina y la efectividad de las Fuerzas Militares, que un 42% de los Tenientes encuestados, interpreten de manera errada, principio fundamentales de la profesión militar, bajo los efectos de lo que puede considerarse una interpretación deformada de la "Obediencia debida".

OCTAVA PREGUNTA

Durante las diferentes fases de instrucción militar, los Soldados son entrenados para responder automáticamente a voces de mando, emitidas por sus comandantes directos; lo anterior se debe a que:

- a. El tiempo de instrucción es muy escaso y es mas fácil automatizar a los Soldados que entrenarlos para pensar.
- b. Durante el combate los Soldados deben responder automáticamente a estímulos externos, como la voz del Comandante, pues en ese momento pensar o dudar puede representar la muerte.
- c. Este es uno de los mecanismos orientados a obtener del Soldado una "Obediencia ciega"., que como superior me va a favorecer tanto dentro como fuera del servicio.
- d. El nivel cultural de los Soldados normalmente es muy bajo y por tanto esta es la forma mas fácil de entrenarlos.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS OCTAVA PREGUNTA

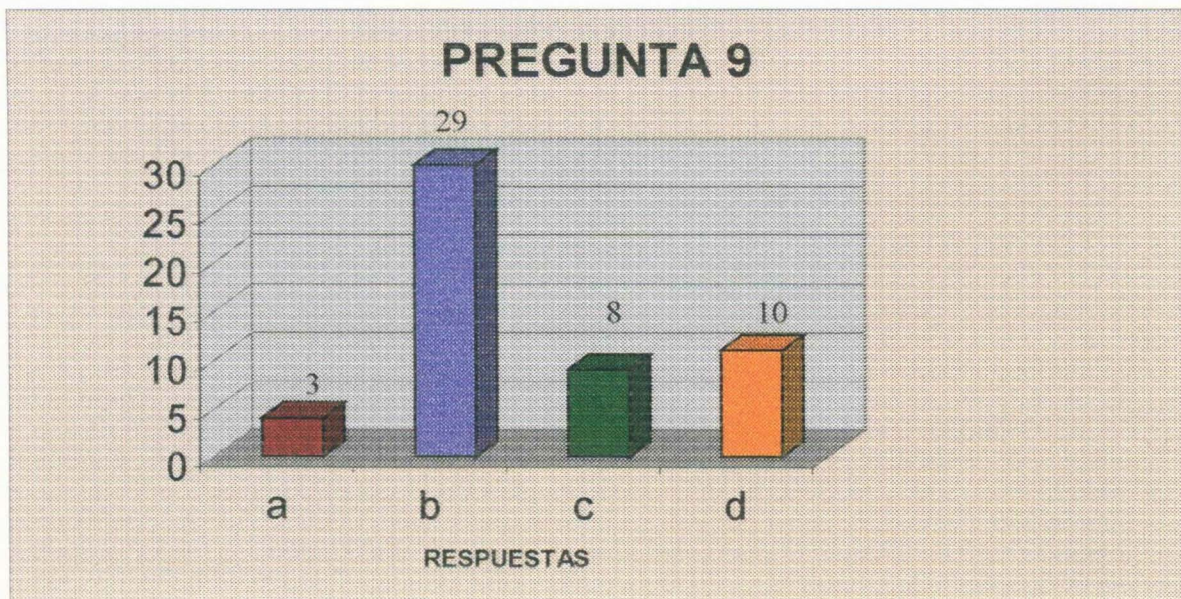
Las respuestas dadas a esta pregunta permiten concluir que un 86% de los encuestados – porcentaje superior al obtenido en las encuestas de los Capitanes - conocen con claridad el motivo por el cual dentro de la instrucción militar se hace tanto énfasis en la automatización de algunos procesos, que contribuyen a una mayor eficiencia en el campo operacional y que en un momento dado pueden salvar la vida a nuestros hombres. Sin embargo como sucedió en las encuestas de los Señores Capitanes, aunque en menor proporción, es también preocupante que un 14% de los encuestados asocien esta clase de entrenamiento con otros factores que aunque influyen en el proceso, no constituyen la esencia del mismo, lo que demuestra vacíos en la formación profesional militar de algunos de nuestros futuros Comandantes de Unidad Fundamental.

NOVENA PREGUNTA

Cuando Usted como Comandante militar, en desarrollo de una operación, emite a sus subalternos una orden, de cuya rápida ejecución depende el éxito de la operación, lo que Usted espera es:

- Que el Subalterno que recibe la orden, reflexione sobre la legitimidad de la misma, pues esto contribuye a disminuir problemas legales.
- Que el Subalterno que recibe la orden, trate de entender con la limitada información que posee, su concepto táctico y hacer algunas recomendaciones que me ayuden a mejorar el plan.
- Que el Subalterno que la recibe, me exponga sus dudas de tipo legal, alrededor de la orden emitida, con el fin de hacerle las aclaraciones necesarias.
- Que el subalterno que recibe la orden actúe sin vacilación, ejecutando la orden en el tiempo modo y lugar requerido.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS NOVENA PREGUNTA

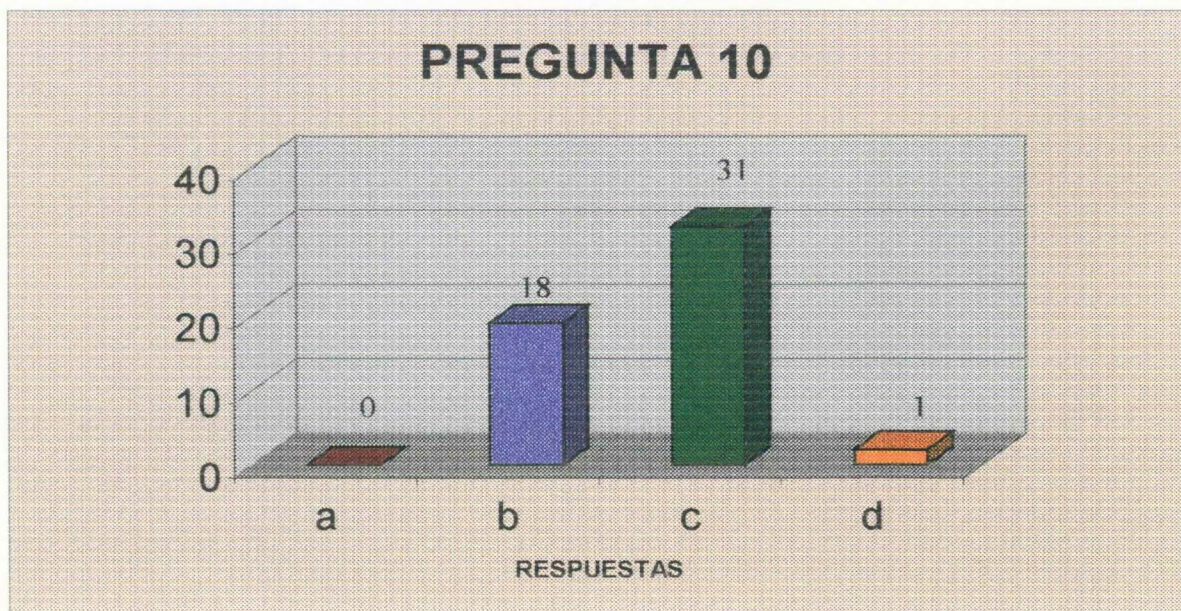
Aquí, como en el caso de las encuestas practicadas a los Capitanes es preocupante el desconocimiento que se percibe del ámbito de aplicación del principio de "Obediencia debida", como fundamento de la profesión militar, y la interpretación deformada que se ha venido dando al concepto jurídico emitido por la corte Constitucional en varias, de sus sentencias sobre el tema, pues como se señaló en el análisis de las encuestas de los señores Capitanes, solo de esa forma se entiende que un comandante militar, espere de sus hombres conductas diferentes a las que garanticen el efectivo e inmediato cumplimiento de las órdenes, especialmente frente a una situación de emergencia como la descrita en el enunciado de la pregunta.

DECIMA PREGUNTA

El cuestionamiento a las órdenes o la demanda de explicaciones al superior sobre el fundamento de las mismas normalmente:

- a. Aumenta la cohesión dentro de la Unidad.
- b. Permite mayor transparencia y claridad a las relaciones entre superior y subalterno.
- c. Ocasiona paulatina perdida de confianza entre superior y subalterno, y crea divisiones en la unidad.
- d. Mantiene el espíritu de cuerpo de la unidad.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS DECIMA PREGUNTA

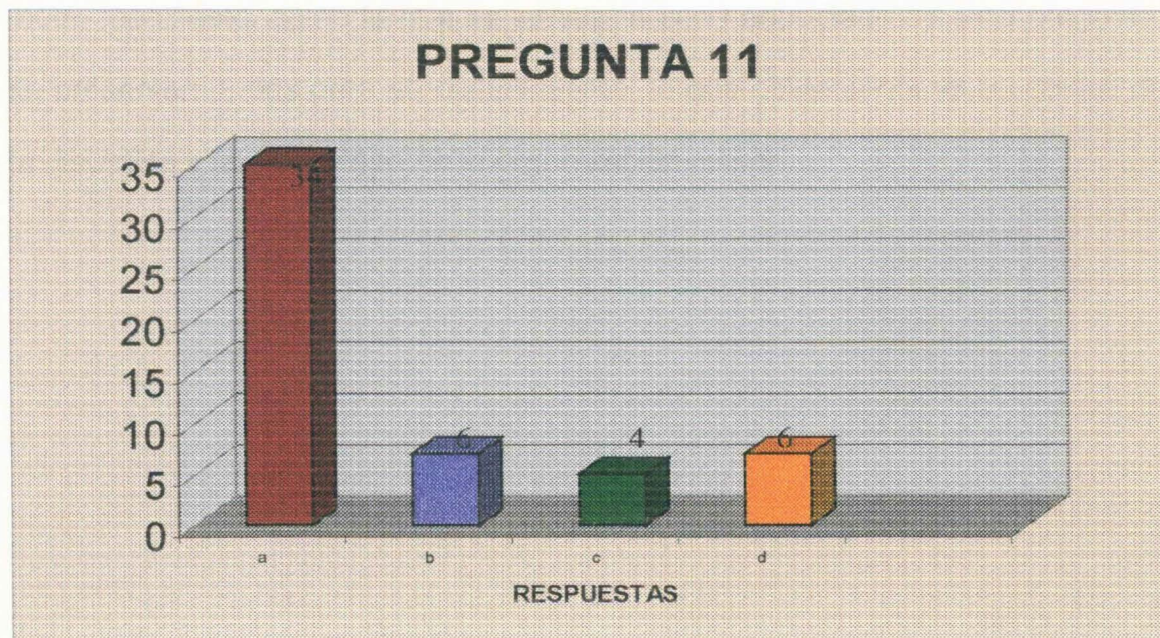
Las respuestas dadas a la anterior pregunta, observan la misma tendencia que pudimos observar en las encuestas practicadas a los Capitanes, es decir, que aunque un buen porcentaje de Oficiales, en este caso el 62%, son concientes que la demanda de explicaciones al superior sobre el fundamento de una orden, - siempre que esta no sea manifiestamente ilegal - produce desconfianza y logra paulatinamente deteriorar la relación superior- subalterno, hay un porcentaje que desconociendo los mas elementales principios de la profesión militar, consideran que este tipo de actitudes, permiten mayor transparencia y claridad al interior de la organización Militar, lo cual es bastante improbable si se tiene en cuenta el análisis que se hizo para el mismo caso en las encuestas de los Capitanes.

UNDÉCIMA PREGUNTA

En su opinión una orden emitida con las formalidades legales, por un superior competente, que no sea delictiva de un modo manifiesto:

- a. Debe ser cumplida sin vacilación por parte del subalterno, en el tiempo, modo y lugar requerido por el superior.
- b. Debe ser analizada detenidamente por parte del subalterno, pues la obediencia no puede ser "ciega", sino que debe ser "reflexiva".
- c. No debe ser cumplida por el subalterno, hasta que el superior no aclare al subalterno hasta la menor duda, que se desprenda de la misma.
- d. Debe examinarse detenidamente a la luz de los principios del derecho, con el fin de determinar sin lugar a dudas, si la misma es legítima o no, y solo cuando se tenga seguridad sobre esta situación el subalterno determinará si debe o no cumplir la misma.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS UNDÉCIMA PREGUNTA

Las respuestas dadas a esta pregunta, nos permitiría en condiciones normales suponer que es mas claro para una buena parte de los Tenientes el concepto de "Obediencia debida", que para los Capitanes, pues al comparar los resultados tenemos que mientras del grupo de Tenientes contestaron acertadamente un 68% de los mismos, dentro de los Capitanes, solo lo hizo de esta forma un 52%; sin embargo en la practica y aunque en los resultados de esta pregunta la tendencia no sea tan acentuada, es necesario señalar que una buena parte de los cuadros y Soldados que conforman la Institución militar, no han recibido una adecuada instrucción sobre los fundamentos de la profesión militar, lo que hace que, frente a una orden emitida con las formalidades legales, por un superior competente, que no sea delictiva de un modo manifiesto, como la que se señalaba en el enunciado de esta pregunta, se presenten dudas para su cumplimiento, lo que obviamente va en contra de la disciplina y la efectividad de la organización militar.

CASO ESQUEMATICO – PRIMERA PREGUNTA

Ante la orden emitida por su Comandante, Usted actúa de la siguiente manera:

- a. Inmediatamente toma las medidas necesarias para cumplir la orden que le ha sido emitida en el menor tiempo posible.
- b. Solicita a su Comandante nuevamente mayor información sobre el particular y en caso de no obtenerla, aplaza el cumplimiento de la orden hasta que sus dudas le sean aclaradas.
- c. Deduce que de esta orden, aunque emitida con las formalidades requeridas y por parte de superior competente, se puede derivar la comisión de un hecho punible, pues la misma impide la libre locomoción de los ciudadanos, autorizándose además el empleo de la fuerza en su contra, de ser necesario y por tanto considera que no debe cumplir la misma.
- d. Ninguna de las anteriores *

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS RESULTADOS PRIMERA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

Aunque las respuestas dadas al caso esquemático, se concentran hacia los literales “b” y “d”, encontramos que la tendencia general en todos los encuestados que señalaron como respuesta ninguna de las anteriores, es de cumplir la orden a medias o en forma condicionada, lo cual obviamente riñe con el tratamiento que debe recibir la orden militar, que como ya se dijo en el análisis hecho a las encuestas de los Capitanes, no es manifiestamente ilegal, como en esencia no lo era la que se emitió al Capitán, en el caso esquemático bajo estudio.

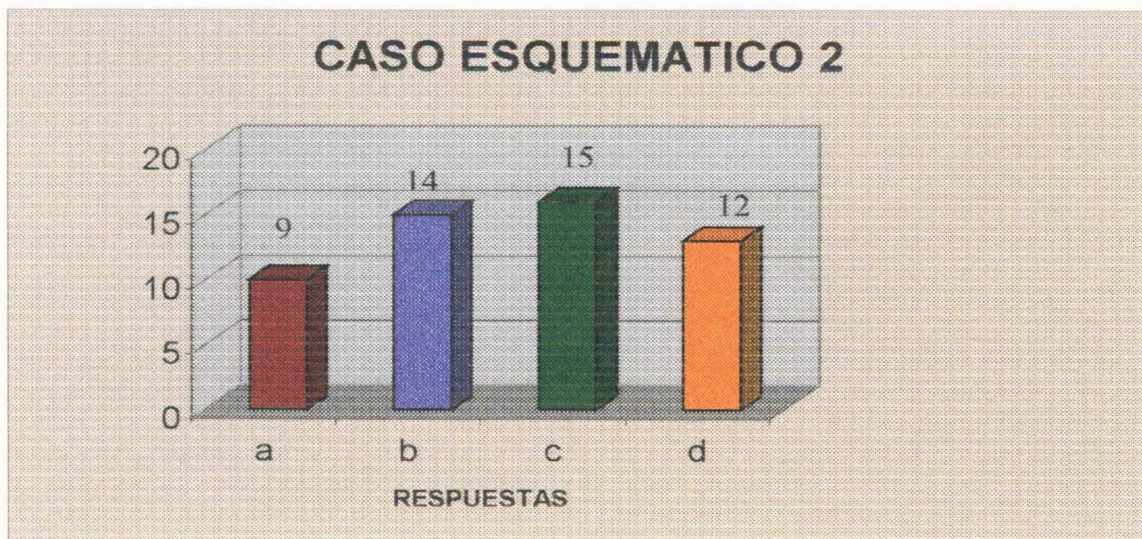
Por tanto debemos concluir que existe una peligrosa confusión en una buena parte de nuestros cuadros de mando, alrededor de las órdenes que deben cumplirse y las que por el contrario no se deben cumplir; esta confusión como lo venimos manifestando a lo largo del análisis de estas encuestas no solo va en detrimento de la disciplina y la efectividad de la Fuerza militar, sino del subalterno, que al recibir una orden lo asaltan un mar de dudas y termina o no cumpliendo una orden que debía cumplir, o cumpliendo una de la cual se desprendían conductas manifiestamente ilegales, de modo que frente a tal confusión, quien resulta mas afectado es el Subalterno que aparentemente, se buscaba proteger, mediante la reforma.

CASO ESQUEMATICO – SEGUNDA PREGUNTA

De acuerdo a la información anterior, que consecuencias piensa Usted que le traerá al Capitán "X", el hecho de haber incumplido la orden de rodear el municipio de LA ROSA, evitando la salida o entrada de personal a dicha localidad ?

- El Capitán "X", actuó en forma correcta, pues no tenía la información necesaria, que le permitiera determinar si la orden recibida, era legítima o nó, a pesar que la misma había sido emitida con las formalidades necesarias y por un superior competente; debido a lo anterior no podrá imputársele responsabilidad penal ni disciplinaria.
- La conducta del Capitán "X", está plenamente tipificada en el delito de desobediencia, que señala: "El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio, impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de uno a tres años.
- La responsabilidad de las consecuencias del incumplimiento de la orden no debe recaer en el Capitán "X", sino en su superior, que no brindó a su subalterno las explicaciones necesarias, que le permitieran juzgar objetivamente si la orden que estaba recibiendo era o no legítima.
- La responsabilidad sobre las consecuencias del incumplimiento de la orden del Capitán "X", debe ser compartida entre el oficial en mención y toda la cadena del mando desde donde se originó la orden, pues se omitió al Capitán "X", información que este debía conocer para establecer la legitimidad de la orden.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS DE RESULTADOS SEGUNDA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

En este último punto la tendencia de las respuestas, con muy leves diferencias, son similares a las que se presentaron en las encuestas practicadas a los Capitanes, por tanto las conclusiones son básicamente las mismas allí consignadas.

ANEXO "B" ANÁLISIS DE ENCUESTAS Nro. 2

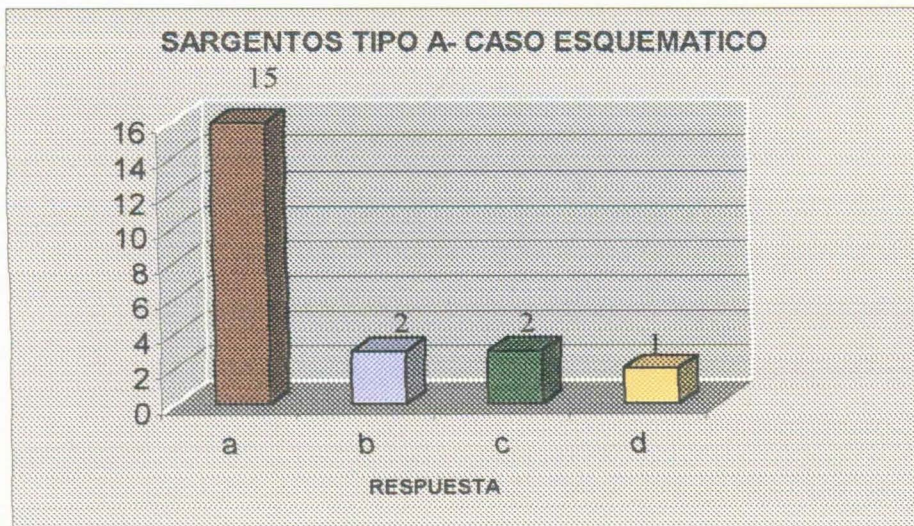
ANÁLISIS ENCUESTA SARGENTOS TIPO "A"

PRIMERA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

Ante la orden recibida, que actitudes de las que se señalan a continuación tomaría Usted:

- a. Procedería en forma inmediata a ingresar a la vivienda y le daría captura al delincuente, en cumplimiento a lo ordenado por su Comandante.
- b. Solicitaría a su Comandante, que le hiciera llegar la orden de allanamiento, pues Ud. tiene dudas sobre la legalidad del procedimiento ordenado por su Comandante y solo penetraría en el inmueble una vez cuente con dicho documento.
- c. Consideraría que no esta obligado a cumplir la orden emitida por su Comandante, pues esto les puede causar a Ud. y a sus hombres, problemas de Justicia.
- d. No cumpliría la orden pues en esas circunstancias, es preferible permitir la huída del delincuente, que verse envuelto en un problema ANÁLISIS, como consecuencia de un procedimiento ilegal.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS PRIMERA PREGUNTA

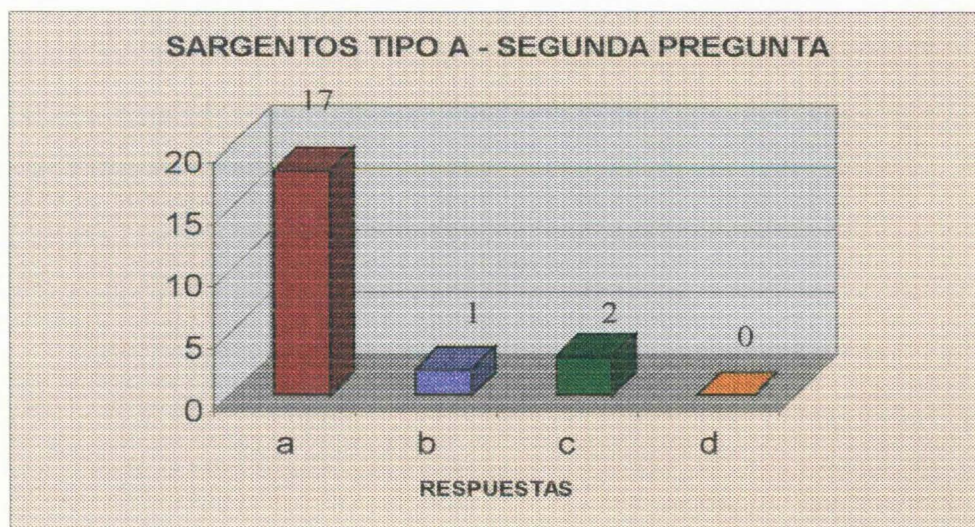
Las respuestas dadas por los encuestados a esta pregunta, nos permiten concluir que un 75% de los mismos, que no fueron enterados de las reformas incluidas en el reglamento de régimen disciplinario y en el Código Penal Militar, no tendrían dudas en el momento de cumplir la orden; otro 25% sin embargo, expresaron duda frente a un concepto que debe ser de común uso dentro de los miembros de la Fuerza Militar.

SEGUNDA PREGUNTA

Basado en los conocimientos que como profesional Militar tengo, está claro que frente a las ordenes militares, emitidas por un superior competente, no estoy obligado a cumplir:

- a. Las órdenes que sean manifiestamente ilegales.
- b. Aquellas órdenes sobre cuya legalidad me quede alguna duda.
- c. Ninguna orden que no me sea emitida por escrito.
- d. Ninguna orden contraria a otra emitida con anterioridad, así me sea comunicada por el mismo superior, que me emitió la primera.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS SEGUNDA PREGUNTA

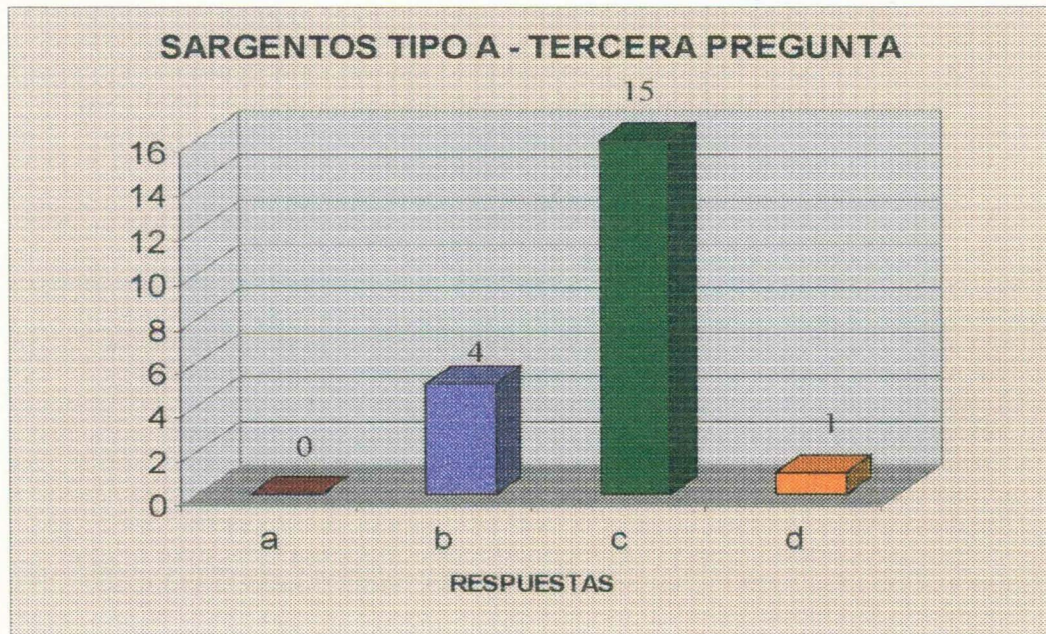
En las respuestas a esta pregunta, también se observa que la mayoría de los encuestados, el 85% para ser exactos, respondieron acertadamente la pregunta, aún sin haberseles informado las reformas que se incluyeron en el código Penal Militar y en el reglamento de régimen disciplinario, sin embargo como en el caso anterior, se observa que un bajo porcentaje de los suboficiales encuestados tiene dudas aún sobre el particular.

TERCERA PREGUNTA

Con respecto a la ley 522 de 1999 ó nuevo Código Penal Militar, puedo manifestar que:

- a. He recibido instrucción amplia y suficiente sobre el mismo y podría explicar en forma general las reformas que fueron incorporadas en este nuevo código a la Jurisdicción penal militar.
- b. He recibido instrucciones generales sobre el tema, y recuerdo algunas de las reformas que se le hicieron a la Jurisdicción Penal Militar, en el nuevo código
- c. He escuchado hablar sobre el particular, pero no podría explicar que reformas específicas fueron hechas a la Jurisdicción Penal Militar, en el nuevo código.
- d. No conocía que se hubiera reformado el código penal militar.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS TERCERA PREGUNTA

Las respuestas dadas por los encuestados a esta pregunta, demuestran el regular nivel de conocimientos que tiene la mayoría de nuestros hombres, sobre las reformas hechas al código Penal Militar, llegando incluso uno a aceptar que no estaba enterado que se hubiera reformado el Código; quiere esto decir que como Comandantes estamos fallando en la difusión de las informaciones que son de interés para nuestros hombres; de otra parte es preocupante saber que no conocemos suficientemente los instrumentos que nos han sido entregados para conservar la disciplina, en los cuales se consigna que podemos y que no podemos hacer, frente a determinadas situaciones y hechos.

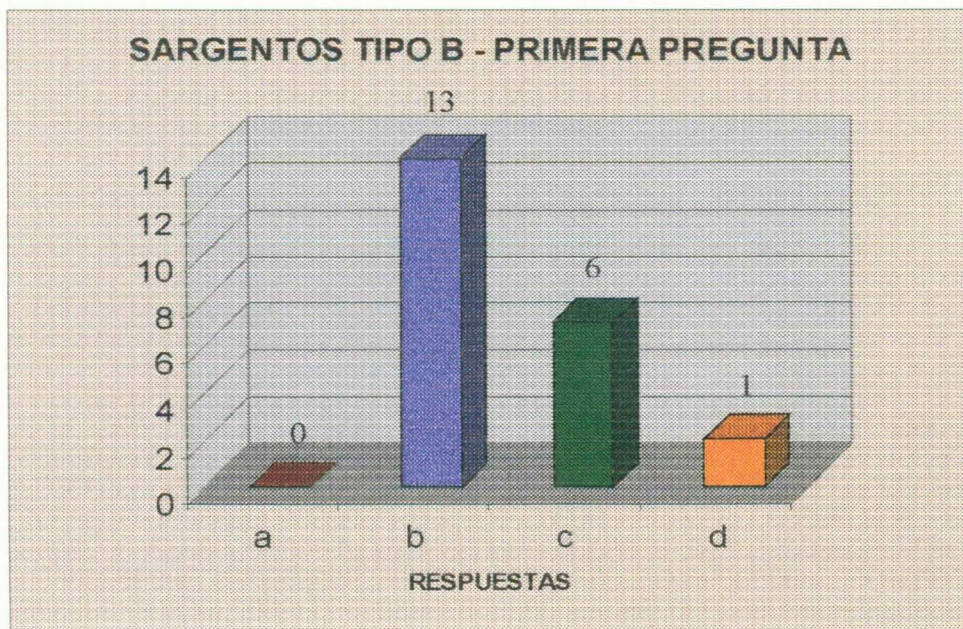
ANÁLISIS ENCUESTAS SARGENTOS TIPO “B”

PRIMERA PREGUNTA

En relación con los conceptos señalados anteriormente, queda claro que frente a una orden militar, emitida por mi superior competente, no estoy obligado a cumplir:

- a. Las órdenes que sean notoriamente ilegales.
- b. Aquellas órdenes sobre cuya legalidad me quede alguna duda.
- c. Ninguna orden que no me sea emitida por escrito.
- d. Ninguna orden contraria a otra emitida con anterioridad, así me sea comunicada por el mismo superior, que me emitió la primera.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS PRIMERA PREGUNTA

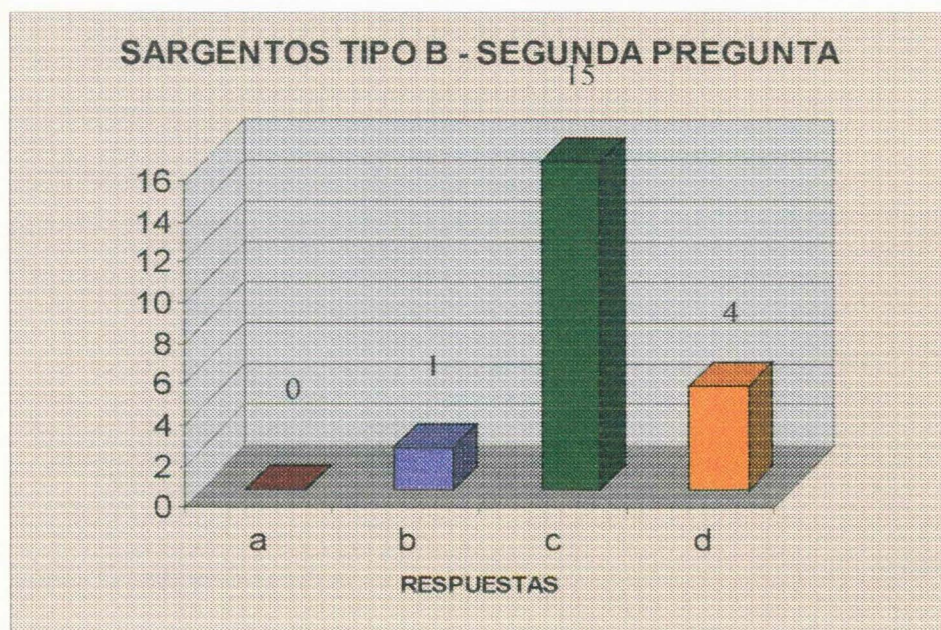
Es significativo observar como siendo los encuestados personas que ostentan el mismo grado y poseen un nivel cultural relativamente uniforme, las respuestas a esta pregunta hayan cambiado tan radicalmente; para entender esto debemos recordar que a los Suboficiales que contestaron las encuestas tipo "B", se les explicó brevemente los cambios incorporados al reglamento de régimen disciplinario y al código Penal Militar y se les hizo una ambientación sobre la interpretación que se da actualmente al concepto de "Obediencia debida" y que es posible que estos conceptos hayan influido sobre sus respuestas, de otra forma no se explicaría esta marcada diferencia de criterios entre los grupos a los que se formuló la misma pregunta desde dos enfoques o perspectivas diferentes.

SEGUNDA PREGUNTA

Con respecto a la ley 522 de 1999 ó nuevo Código Penal Militar, puedo manifestar que:

- a. He recibido instrucción amplia y suficiente sobre el mismo y podría explicar en forma general las reformas que fueron incorporadas en este nuevo código a la Jurisdicción penal militar.
- b. He recibido instrucciones generales sobre el tema, y recuerdo algunas de las reformas que se le hicieron a la Jurisdicción Penal Militar, en el nuevo código
- c. He escuchado hablar sobre el particular, pero no podría explicar que reformas específicas fueron hechas a la Jurisdicción Penal Militar, en el nuevo código.
- d. No conocía que se hubiera reformado el código penal militar.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS SEGUNDA PREGUNTA

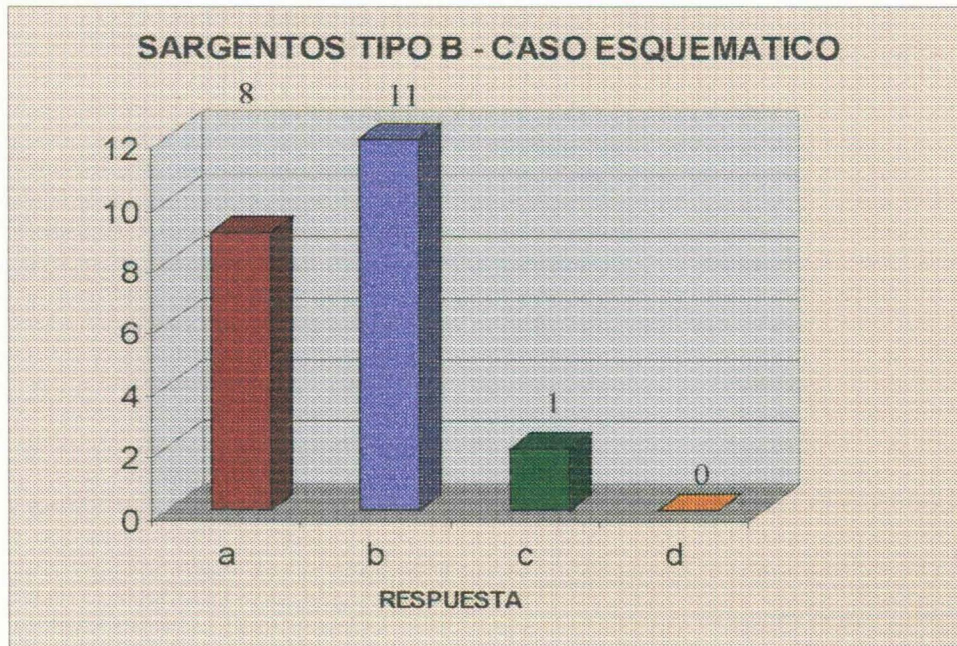
Las respuestas dadas a esta pregunta no difieren significativamente de las dadas por los Suboficiales a quienes se les aplicó la encuesta tipo "A", pues la orientación que se dio a este grupo no tiene nada que ver con esta pregunta; sin embargo los resultados confirman una vez más el regular nivel de conocimientos que tiene nuestros hombres sobre una materia tan delicada e importante como es el Código Penal Militar.

TERCERA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

Que actitudes de las que se señalan a continuación tomaría Ud.

- a. Procedería en forma inmediata a ingresar a la vivienda y le daría captura al delincuente, en cumplimiento a lo ordenado por su Comandante.
- b. Solicitaría a su Comandante, que le hiciera llegar la orden de allanamiento, pues Ud. tiene dudas sobre la legalidad del procedimiento ordenado por su Comandante y solo penetraría en el inmueble una vez cuente con dicho documento.
- c. Consideraría que no esta obligado a cumplir la orden emitida por su Comandante, pues esto les puede causar a Ud. y a sus hombres, problemas de Justicia.
- d. No cumpliría la orden pues en esas circunstancias, es preferible permitir la huida del delincuente, que verse envuelto en un problema judicial, como consecuencia de un procedimiento ilegal.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS TERCERA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

Estas respuestas comparadas con las que dieron los Suboficiales que contestaron las encuestas tipo "A", nos permiten concluir que efectivamente la orientación que se dio a los Suboficiales que contestaron la encuesta tipo "B", influyó sobre sus respuestas, generando un poco de confusión como se deduce de sus respuestas, que difieren bastante de las del otro grupo; observemos que en el grupo "A", la respuesta de la mayoría de los Suboficiales, fue que procederían en forma inmediata, mientras que en el grupo "B", pese a que el precepto sobre el cual se fundamentaba la orden es de conocimiento general, un 55% de los suboficiales, preferiría esperar una orden de allanamiento que en este caso no es necesaria; luego esta claro que estos conceptos generaron confusión dentro de los Suboficiales.

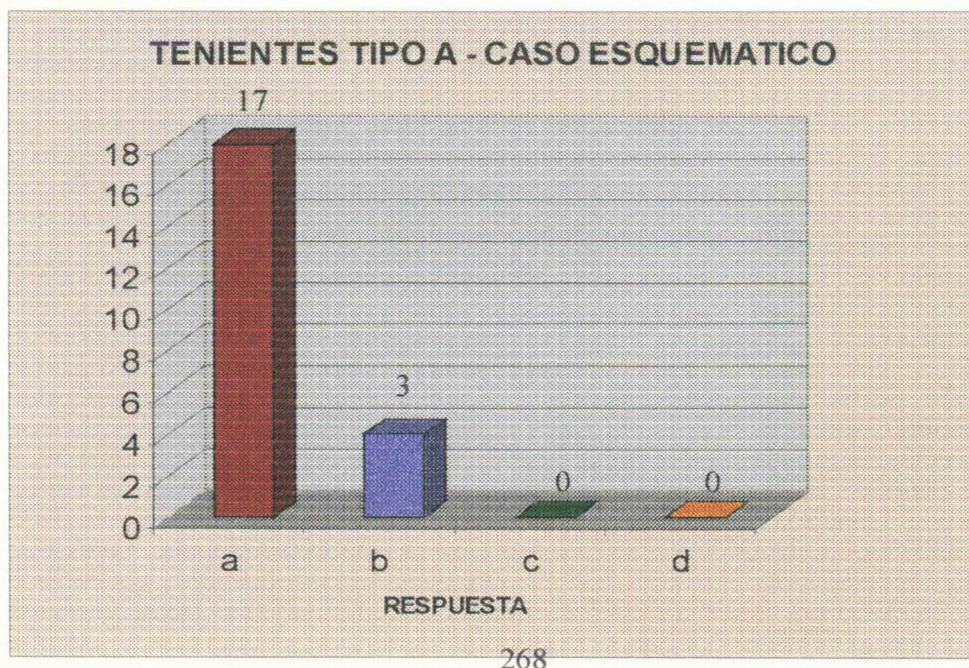
ANÁLISIS ENCUESTA TENIENTES TIPO "A"

PRIMERA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

Ante la orden recibida, que actitudes de las que se señalan a continuación tomaría:

- a. Procedería en forma inmediata a ingresar a la vivienda y le daría captura al delincuente, en cumplimiento a lo ordenado por su Comandante.
- b. Solicitaría a su Comandante, que le hiciera llegar la orden de allanamiento, pues Ud. tiene dudas sobre la legalidad del procedimiento ordenado por su Comandante y solo penetraría en el inmueble una vez cuente con dicho documento.
- c. Consideraría que no esta obligado a cumplir la orden emitida por su Comandante, pues esto les puede causar a Ud. y a sus hombres, problemas de Justicia.
- d. No cumpliría la orden pues en esas circunstancias, es preferible permitir la huida del delincuente, que verse envuelto en un problema ANÁLISIS, como consecuencia de un procedimiento ilegal.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS PRIMERA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

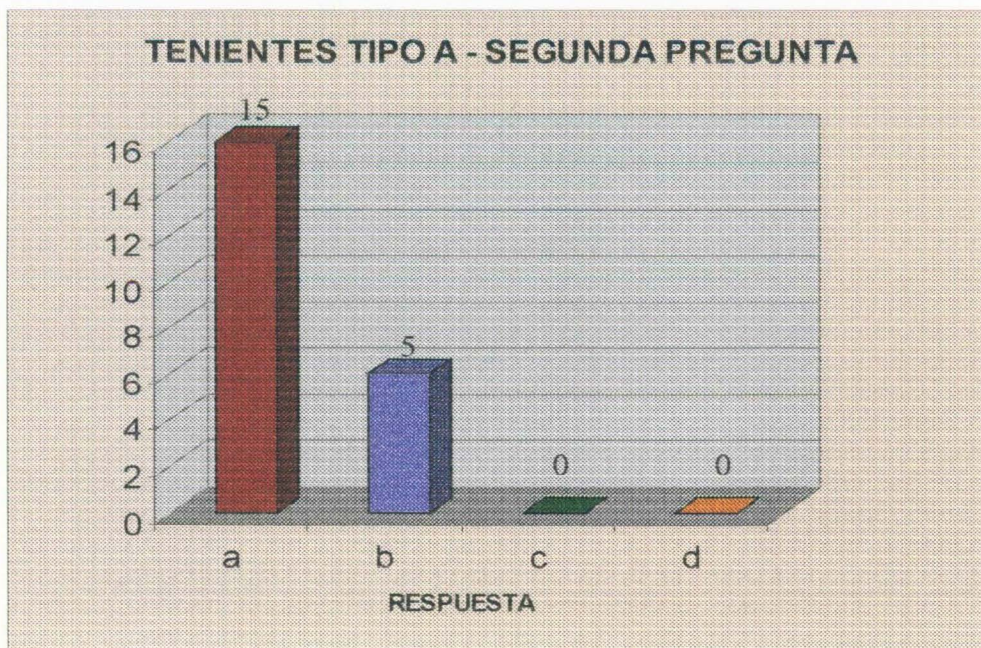
Las respuestas dadas por los encuestados a esta pregunta, nos permiten concluir que un 85% de los mismos, que no fueron enterados de las reformas incluidas en el reglamento de régimen disciplinario y en el Código Penal Militar, no tendrían dudas en el momento de cumplir la orden; otro 15% sin embargo, expresaron duda frente a un concepto que debe ser de común uso dentro de los miembros de la Fuerza Militar; sin embargo es de anotarse que comparadas las respuesta con las dadas por los Suboficiales del grupo “A”, dentro del grupo de Oficiales, existe un menor porcentaje de encuestados con dudas sobre el particular.

SEGUNDA PREGUNTA

Basado en los conocimientos que como profesional Militar tengo, está claro que frente a las ordenes militares, emitidas por un superior competente, no estoy obligado a cumplir:

- a. Las órdenes que sean manifiestamente ilegales.
- b. Aquellas órdenes sobre cuya legalidad me quede alguna duda.
- c. Ninguna orden que no me sea emitida por escrito.
- d. Ninguna orden contraria a otra emitida con anterioridad, así me sea comunicada por el mismo superior, que me emitió la primera.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS SEGUNDA PREGUNTA

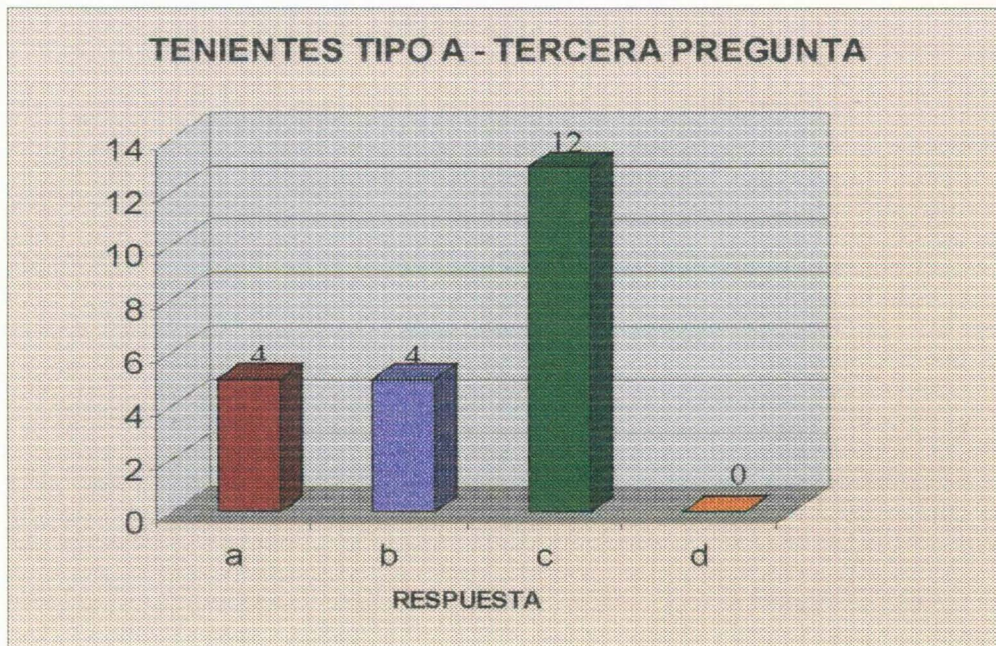
En las respuestas a esta pregunta, también se observa que la mayoría de los encuestados, el 75% para ser exactos, respondieron acertadamente la pregunta, aún sin haberseles informado las reformas que se incluyeron en el código Penal Militar y en el reglamento de régimen disciplinario, sin embargo, comparadas las respuestas con los suboficiales del grupo "A", podemos señalar que existe un mayor porcentaje de duda entre los Oficiales, 25%, en lo relacionado a este tema.

TERCERA PREGUNTA

Con respecto a la ley 522 de 1999 ó nuevo Código Penal Militar, puedo manifestar que:

- a. He recibido instrucción amplia y suficiente sobre el mismo y podría explicar en forma general las reformas que fueron incorporadas en este nuevo código a la Jurisdicción penal militar.
- b. He recibido instrucciones generales sobre el tema, y recuerdo algunas de las reformas que se le hicieron a la Jurisdicción Penal Militar, en el nuevo código
- c. He escuchado hablar sobre el particular, pero no podría explicar que reformas específicas fueron hechas a la Jurisdicción Penal Militar, en el nuevo código.
- d. No conocía que se hubiera reformado el código penal militar.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS TERCERA PREGUNTA

Las respuestas dadas por los encuestados a esta pregunta, demuestran el regular nivel de conocimientos que tiene la mayoría de nuestros hombres, sobre las reformas hechas al código Penal Militar, incluso dentro del cuerpo de Oficiales; sin embargo una comparación de estos resultados, con los que se presentaron en el grupo "A" de Suboficiales, nos permite concluir que existe dentro de los Oficiales un mayor porcentaje de los mismos que consideran estar enterados de las reformas; sin embargo, y pese a lo anterior, el nivel de desconocimiento casi total de las reformas es bastante alto, ya que corresponde en esta encuesta a un 60%.

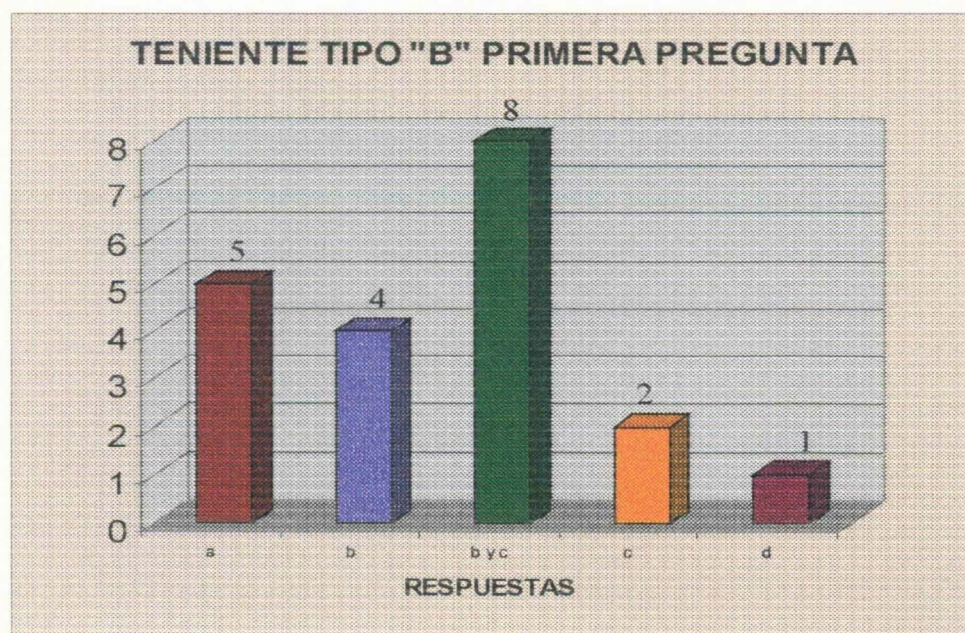
ANÁLISIS ENCUESTAS TENIENTES TIPO "B"

PRIMERA PREGUNTA

En relación con los conceptos señalados anteriormente, queda claro que frente a una orden militar, emitida por mi superior competente, no estoy obligado a cumplir:

- Las órdenes que sean notoriamente ilegales.
- Aquellas órdenes sobre cuya legalidad me quede alguna duda.
- Ninguna orden que no me sea emitida por escrito.
- Ninguna orden contraria a otra emitida con anterioridad, así me sea comunicada por el mismo superior, que me emitió la primera.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS PRIMERA PREGUNTA

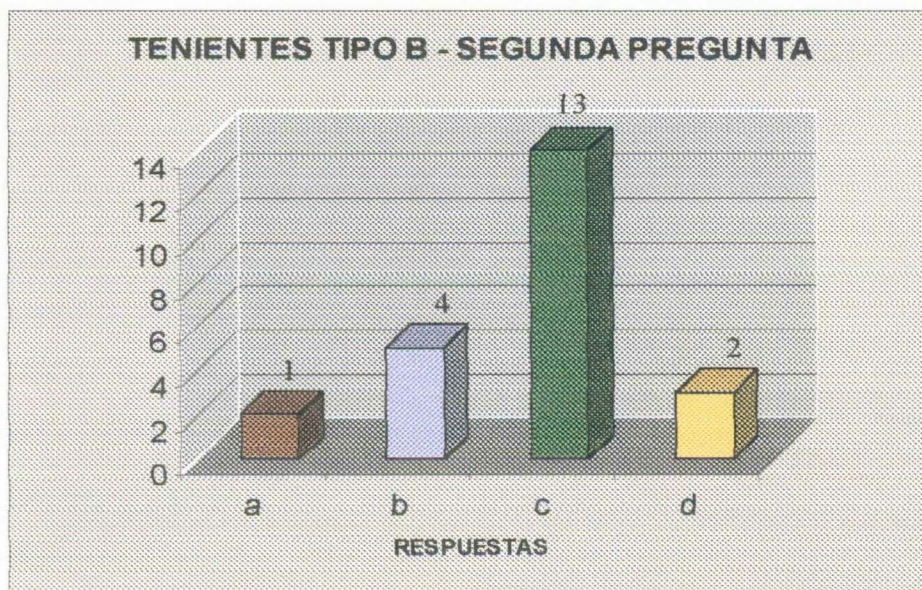
Como en el caso de las encuestas practicadas el grupo de Suboficiales es notorio que siendo los encuestados personas que ostentan el mismo grado y poseen un nivel cultural relativamente uniforme, existan respuestas tan diferentes entre uno y otro grupo; en este sentido, como se expresó en el análisis de las encuestas del grupo de Suboficiales, es claro que los conceptos que se dieron a conocer en forma sucinta al grupo "B", influyó determinadamente en las respuestas de este grupo, generando confusión entre los Oficiales de este grupo.

SEGUNDA PREGUNTA

Con respecto a la ley 522 de 1999 ó nuevo Código Penal Militar, puedo manifestar que:

- He recibido instrucción amplia y suficiente sobre el mismo y podría explicar en forma general las reformas que fueron incorporadas en este nuevo código a la Jurisdicción penal militar.
- He recibido instrucciones generales sobre el tema, y recuerdo algunas de las reformas que se le hicieron a la Jurisdicción Penal Militar, en el nuevo código
- He escuchado hablar sobre el particular, pero no podría explicar que reformas específicas fueron hechas a la Jurisdicción Penal Militar, en el nuevo código.
- No conocía que se hubiera reformado el código penal militar.

RESULTADOS ESTADÍSTICOS



ANÁLISIS SEGUNDA PREGUNTA

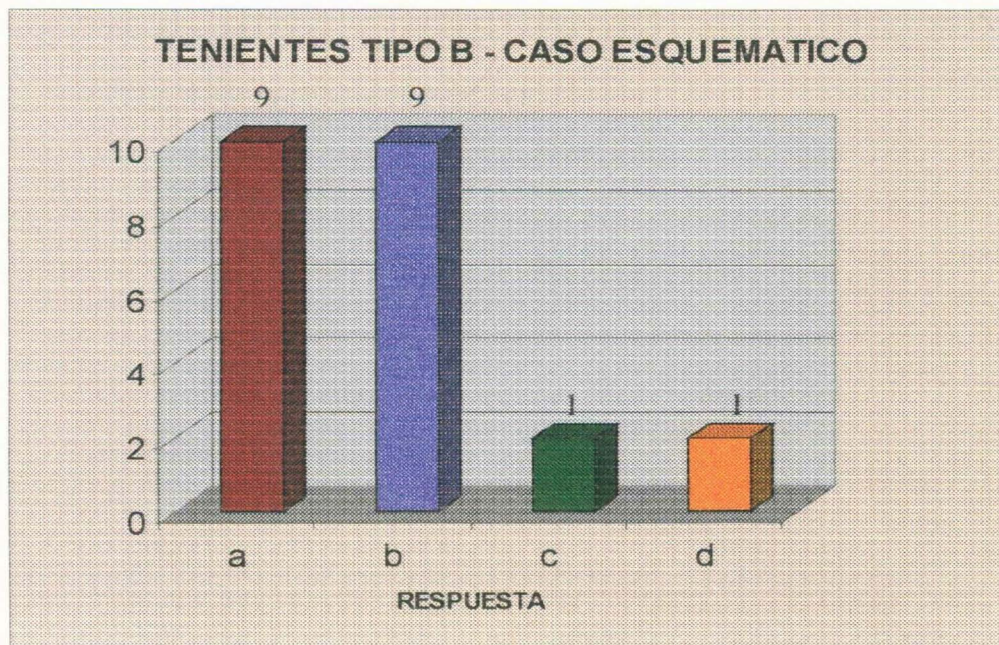
Las respuestas dadas a la anterior pregunta confirman nuevamente el regular nivel de conocimientos que tienen nuestros cuadros de mando sobre el nuevo Código Penal Militar; sin embargo no causaría ninguna sorpresa descubrir que sobre el antiguo código Penal Militar, se tenía el mismo desconocimiento; lo anterior es preocupante y constituye un crudo indicador de nuestra baja preparación profesional y de la falta de preocupación que como miembros de la institución militar tenemos, por dominar las materias propias de nuestra profesión.

TERCERA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

Que actitudes de las que se señalan a continuación tomaría Ud.

- a. Procedería en forma inmediata a ingresar a la vivienda y le daría captura al delincuente, en cumplimiento a lo ordenado por su Comandante.
- b. Solicitaría a su Comandante, que le hiciera llegar la orden de allanamiento, pues Ud. tiene dudas sobre la legalidad del procedimiento ordenado por su Comandante y solo penetraría en el inmueble una vez cuente con dicho documento.
- c. Consideraría que no esta obligado a cumplir la orden emitida por su Comandante, pues esto les puede causar a Ud. y a sus hombres, problemas de Justicia.
- d. No cumpliría la orden pues en esas circunstancias, es preferible permitir la huída del delincuente, que verse envuelto en un problema judicial, como consecuencia de un procedimiento ilegal.

RESULTADOS ESTADISTICOS



ANÁLISIS TERCERA PREGUNTA – CASO ESQUEMATICO

Las respuestas dadas a lo contemplado en el caso esquemático, comparadas con las de los Oficiales del grupo “A”, nos permiten concluir que efectivamente la orientación que se dio a los Oficiales del grupo “B”, influyó sobre sus respuestas, generando un poco de confusión, en sus conceptos, ya que contrariamente a lo que sucedió en el grupo “A” de Oficiales y en el grupo “A” de Suboficiales, los Oficiales del grupo “B”, se inclinaron por esperar una orden de allanamiento que en este caso no es necesaria, de acuerdo a la ley, siendo sus respuestas muy similares en este sentido a las del grupo “B” de Suboficiales.

ANEXO "C" CONCEPTOS DE EXPERTOS

ANÁLISIS DEL CONCEPTO DEL SEÑOR CORONEL ® HERNAN CONTRERAS PEÑA, JUEZ MILITAR DE INSTANCIA DE DIVISIONES DEL EJERCITO, FRENTE A LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6.1

El señor coronel ® CONTRERAS, presenta en su concepto un enfoque jurídico que examina el principio militar de obediencia, dentro de la organización militar, resaltando entre otras cosas la importancia del cumplimiento de las órdenes, el principio de responsabilidad de la orden militar y la obligación legal que impone al Subalterno el cumplimiento de una orden que no es por lo menos en su apariencia "manifiestamente ilegal".

La argumentación anterior aunque no es muy profunda, señala elementos claros que permiten deducir que la conducta del Capitán fue antijurídica, pues sin existir causa justificada, - y en este caso asumimos que la duda que se planteaba, no puede esgrimirse como "Causa justificada" - éste se negó a cumplir una orden del servicio, emitida por un superior competente, con las formalidades que ese momento permitía la situación, orden que a su vez, el subalterno dada la urgencia comunicada por su Comandante, en el momento en que éste hacía uso de su deber legal de advertencia, ha debido cumplir fundamentado en el principio de legalidad de la orden superior, evitando en esta forma la calamidad de inmensas proporciones que el incumplimiento a la orden originó.

Por tanto, este concepto que resume la aplicación del principio de la obediencia debida, tanto desde el punto de vista de la organización militar, como desde el

punto de vista jurídico, se enmarca en nuestro concepto, dentro de los criterios de interpretación de este principio militar señalados en el numeral 6.1 del cuerpo del presente trabajo de investigación.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURIDICO DE LA DOCTORA MARTHA LUZ FONSECA PALACIO, JUEZ 13 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR, FRENTE A LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6.1

La exposición de la doctora FONSECA, está enfocada exclusivamente a interpretar en forma exegética, los aspectos del orden jurídico que podrían vulnerarse con el cumplimiento de la orden, desprendiéndose incluso de su argumentación, una tendencia a proteger el derecho individual hasta el punto de anteponerlo al derecho colectivo.

De otra parte podemos observar que no aparecen dentro de sus argumentos, si quiera tangencialmente un enfoque de la "Obediencia debida", como fundamento de la profesión militar, que en un caso de estos es absolutamente importante analizar, pues se debe partir del conflicto que significa para el subalterno la disyuntiva entre el deber legal de cumplir una orden emitida por un superior competente, que no es por lo menos en apariencia manifiestamente ilegal, y las consecuencias que puede traer el no cumplir la misma; sin embargo como se puede observar, la Doctora FONSECA, imprime a su exposición, un enfoque exclusivamente jurídico, que de otra parte tampoco involucra muchos de los criterios señalados en el numeral 6.1, que tiene plena aplicación en este caso, como son los que tiene que ver con la responsabilidad de la orden, el cumplimiento de orden ilegal, con apariencia de legalidad, el incumplimiento de orden legal, bajo la excusa de la duda, etc. Que pueden dar una mayor objetividad a su decisión.

**ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURIDICO DE LA DOCTORA NANCY RODRÍGUEZ
PRIETO, JUEZ 74 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR, FRENTE A LOS
CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6.1**

Los argumentos esgrimidos por la doctora RODRÍGUEZ, se basan exclusivamente en el hecho que la orden emitida al Capitán no era lo suficientemente clara, ya que no se suministró al Oficial la información necesaria.

Dado lo anterior, podemos señalar que 'este argumento no es suficientemente contundente, si se tiene en cuenta que, el Capitán no requería hacer un análisis concienzudo de los motivos que habían llevado a su superior a emitir la orden, pues de acuerdo a lo que ha señalado repetidamente la Corte Constitucional, el subalterno puede omitir el cumplimiento de órdenes que sean manifiestamente ilegales, y al decir "manifiestamente ilegales", se refiere a aquellas "cuya ilegitimidad es tan notoria, que no se requiere de mayor análisis para detectarla, pues ésta salta a la vista"; en este orden de ideas podría concluirse que no siendo la orden "manifiestamente ilegal", el oficial estaba obligado a cumplirla.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURIDICO DE LA DOCTORA LUZ MARINA HENAO CARDONA, AUDITORA 17 DE GUERRA, FRENTE A LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6.1

La Doctora LUZ MARINA HENAO CARDONA, argumenta que el Capitán no cometió delito de desobediencia, pues el fundamento de la orden que le fue emitida, debía habersele explicado, planteando incluso en su concepto la posibilidad que el Comandante del Batallón le hubiera suministrado la información pertinente, planteando de paso una desobediencia del Coronel al Presidente de la república, lo que "sí" resulta ilógico e ilegal.

En su argumentación la Doctora HENAO, no plantea ni siquiera remotamente la existencia de delito, a pesar que está plenamente tipificado el delito de "desobediencia", sino que por el contrario justifica la omisión del Capitán con un argumento bastante débil, como lo vimos antes.

De otra parte tampoco, realiza un enfoque desde el punto de vista militar, referido a la importancia del cumplimiento de las órdenes, a los efectos graves que tiene el incumplimiento de las mismas - como en este caso particular -, a la presunción de legalidad de la orden, ni a la importancia que tiene para la organización militar la aplicación del principio de la compartimentación, que contrariamente en este caso específico sugiere vulnerar.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURIDICO DEL DOCTOR TULIO FERNANDO VIZCAÍNO TERREROS, FISCAL 24 PENAL MILITAR, FRENTE A LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6.1

El Doctor VIZCAÍNO, hace un amplio análisis de los factores, involucrados en el caso planteado, señalando metódicamente los principios y normas que se deben tener en cuenta para tomar la decisión y los explica claramente; sin embargo es necesario reflexionar sobre la posición del subalterno que recibe la orden, quien la mayoría de las veces no tiene ni el tiempo, ni la formación legal necesaria para realizar un análisis tan detallado de la situación antes de tomar la decisión; es por esto que la norma actual establece que el subalterno, no esta obligado a ejecutar órdenes "manifiestamente ilegales", es decir aquellas cuya ilegalidad salta a la vista y sobre las cuales el simple sentido común, nos envía una alerta ya que repugnan a nuestra conciencia, como es el caso de las desapariciones, la tortura, el asesinato fuera de combate , etc.; pero en ningún momento la norma está induciendo al subalterno a analizar detalladamente cada orden recibida, tratando de detectar algo ilícito dentro de la misma, y en este sentido repito, la norma esta hablando de aquellos mandatos cuya ilicitud salta a la vista, y si vamos al caso esquemático, podemos concluir que la orden recibida por el capitán no es "manifiestamente ilegal", su cumplimiento no repugna nuestra conciencia y si bien es cierto que de su ejecución se puede derivar un hecho punible, corresponde al juez que conozca el caso determinar si esta acción tiene un causal de justificación, por la situación especial en la que se dio el hecho, y no al subalterno a quien se emite la orden.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURIDICO DE LA DOCTORA CONSUELO OSPINA RODRÍGUEZ JUEZ 71 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR, FRENTE A LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6.1

La Doctora CONSUELO OSPINA RODRÍGUEZ, analiza en forma detallada el caso, para concluir en su exposición, que la orden emitida al Capitán, no le fue transmitida en forma clara, precisa y perentoria, por lo cual éste no cumplió la orden, causando un problema sanitario, por el cual debe ser investigado por omisión el superior que dio la orden, por no haberla transmitido en forma adecuada, máxime tratándose de propias tropas.

Dado lo anterior queda claro que se desecha de tajo el principio de compartimentación, pues se considera que pese al riesgo que la información hubiese podido filtrarse, esta debía haber sido difundida al Capitán; de otra parte tampoco se tiene en cuenta la obligación de obediencia que tiene el Coronel de no transmitir la información, dada la orden emitida en ese sentido por el presidente de la república y por el contrario, se trata de endilgar al mismo responsabilidad Penal, por no desobedecer la orden, es decir por el hecho de no ir "contra la ley".

De otra parte, como en la mayoría de los conceptos vistos antes, no se hace un análisis a la luz de la "Obediencia debida", como principio fundamental de la organización militar, dejándose curiosamente sin valor estos principios dentro de una jurisdicción que es considerada especial, precisamente, por que debe tener en cuenta situaciones que influyen en la conducta del militar, como su formación, (Principios y valores) entrenamiento, psicología, etc., Para poder juzgar su

conducta con mayor objetividad; de otra forma la jurisdicción Penal Militar, perdería su esencia y por ende su razón de ser.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURIDICO DE LA DOCTORA ADELA OSPINA ARANGO, JUEZ 72 DE INSTRUCCIÓN PENAL MILITAR, FRENTE A LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6.1

La Doctora ADELA OSPINA ARANGO, plantea en su concepto, que efectivamente, se cometió por parte del Capitán "X" el delito de "desobediencia" por negarse a cumplir una orden, que estaba obligado a cumplir en razón a que la misma había sido emitida por superior competente, siendo su contenido claro, lógico y preciso

Igualmente plantea que si bien es cierto que la ejecución de la misma podía en un momento dado violar un derecho fundamental que era el de la locomoción, el bien colectivo debía imponerse sobre el bien particular.

Aunque en su concepto, la Doctora OSPINA, no hace un análisis detallado de principio de "Obediencia debida" desde el punto de vista de la organización militar, es claro que su argumentación se apoya en el principio de presunción de legalidad de la orden y en la importancia del principio de Compartimentación.

Se apoya igualmente la Doctora OSPINA, al hacer referencia al artículo 115 del Código Penal Militar, en la legalidad de la orden, y la consecuencia jurídica que implica el incumplimiento de la misma que se ha resaltado en el numeral 6.1.5 del capítulo 6 del presente trabajo.

ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURIDICO DE LA DOCTORA ELSA SALDAÑA, AUDITORA 24 DE GUERRA, FRENTE A LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6.1

La Doctora SALDAÑA, hace un interesante planteamiento, donde compara la norma existente en el antiguo código y la que aparece en el actual, señalando, que frente a la antigua norma el Capitán podría verse enmarcado en el delito de desobediencia, mientras es improbable que actualmente, pueda el Capitán ser acusado de tal delito; sin embargo si analizamos los documentos en mención encontramos que el único cambio que incorporó el nuevo código en ese sentido fue agregar la palabra "Legítima", que interpreta la doctora SALDAÑA, como una norma que prescribe el carácter impositivo de la orden superior, como justificación de la conducta del subalterno, llevando al mismo a la obligación de conocer los pormenores del mandato, para asumir la responsabilidad de la ejecución.

El desarrollo de dicha interpretación, aunque saludable en una organización particular, podría significar, la eliminación de la excepción contemplada en el inciso 2 del artículo 91 de la Constitución nacional, pues querría decir que siempre que la ejecución de una orden, trajera como consecuencia un hecho punible, la responsabilidad recaería siempre en el superior, por haberla emitido y en el subalterno por no haber exigido los pormenores del mandato, que lo llevaran a dilucidar los posibles hechos punibles que de la ejecución de la orden podrían desprenderse.

De otra parte no puede aceptarse desde ningún punto de vista que dentro de la

organización militar las órdenes puedan perder el carácter imperativo que las caracteriza, pues los Comandantes militares frente a situaciones de apremio tendrían que esperar el correspondiente análisis de parte del Subalterno, que como ya se ha planteado en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, no cuenta normalmente ni con el tiempo, ni con la información necesaria, para realizar un análisis objetivo apropiado de la orden; si realmente se estuviera mediante las reformas introducidas al Código Penal Militar y al Reglamento de régimen disciplinario, persiguiendo la condición descrita en su concepto, por la Doctora MAYORGA, se estaría buscando inexorablemente el fin de la "Obediencia debida", como fundamento de la profesión militar, con su consecuente impacto sobre la disciplina y la efectividad de las Fuerzas Militares.

De otra parte, consideramos que la expresión "Orden legítima", es una redundancia del nuevo Código Penal militar, pues en el decreto 1797 del 2000, quedaron estipuladas como características a la orden, que las mismas sean LEGITIMAS, lógicas, claras, precisas, concisas y oportunas, por lo cual cuando hablamos de "Orden Legítima", siendo este adjetivo una de sus características, estaríamos cayendo en una redundancia, sin llegar a tener la connotación que plantea la Doctora SALDAÑA, por las razones antes expuestas.

En este orden de ideas y concientes que efectivamente dicha adición puede encontrarse presente en el nuevo código, debido a que el decreto 1797 del 2000, que definió las características de la orden es cronológicamente posterior a la ley 522, de 1999, que introdujo esta modificación al Código Penal Militar, podemos concluir que la misma, en vez de tener el efecto clarificador que en su momento

pretendía tener, lo que puede actualmente es causar confusiones al personal militar, pues al hablarse de "Orden legítima", se asume tácitamente que en efecto puede haber también "Ordenes ilegítimas", lo cual no es correcto, de acuerdo a lo planteado en el numeral 6.1.2 del capítulo 6 del presente trabajo.

ANÁLISIS GENERAL DE LOS RESULTADOS

De los resultados generales, analizados en forma individual, podemos concluir que de los profesionales del derecho consultados, solamente dos encontraron responsable del delito de desobediencia al Capitán que se negó a cumplir la orden, mientras los seis restantes, no encontraron merito suficiente para calificar como "Desobediencia", la conducta del Capitán, argumentando diversas razones, que tuvieron como común denominador en la mayoría de los casos, la ausencia de un enfoque militar del problema, es decir de un enfoque que analizara la conducta del Capitán a la luz de los fundamentos, principios y valores, que rigen la profesión militar y de los deberes propios del subalterno frente a la orden.

Esta situación contrasta, en forma clara con el concepto que se deduce de la aplicación de los "Criterios de interpretación", del principio militar de obediencia debida, señalados en el capítulo 6 del cuerpo del trabajo, numeral 6.1, de cuyo análisis podemos argumentar con respecto al caso esquemático bajo estudio lo siguiente:

1. La orden fue emitida al Capitán por su superior competente, dentro de los límites de la autoridad del mismo, con las formalidades legales que permitía la situación y estaba orientada a proteger un bien jurídico de la población, como es el derecho a la vida y a la salud, impidiendo que un virus mortal detectado en la población de La Rosa, pudiera propagarse a otras poblaciones, y por lo tanto el subalterno tenía el deber legal de cumplirla en el tiempo modo y lugar que se le había señalado.

2. Si bien es cierto que el cumplimiento de la orden, podía vulnerar el derecho de la población de La Rosa, a la libre locomoción, también lo es que la orden, como se señaló en el punto anterior, tenía como propósito evitar la propagación de un virus mortal hacia otras poblaciones, y frente a dos bienes jurídicamente tutelados por la Constitución Política, que se enfrentaban en esta situación, era necesario para tomar la decisión correcta, juzgar objetivamente, cual de los dos lesionaba en menor grado los derechos de la población anteponiendo el bien común al bien particular, como evidentemente se hizo.

3. Que el Capitán al no contar con toda la información requerida, para hacer una mejor evaluación de la situación, podía hacer uso del " Deber de advertencia ", como efectivamente lo hizo, pero una vez explicado por parte de su Comandante, que existían razones para mantener la información bajo reserva e informado de la urgencia que tenía el cumplimiento de la orden, no siendo la misma "manifiestamente ilegal", el Capitán tenía la obligación legal de cumplir la misma, amparado en la "presunción de legalidad" de la orden superior en las circunstancias antes descritas, con la plena seguridad que de derivarse de dicha situación, la comisión de un hecho punible, su actuación quedaría cobijada en la excepción constitucional contemplada en el inciso segundo del Artículo 91.

4. El mandato superior emitido al Capitán, constituía una "Orden militar", pues reunía las características necesarias para esto; era LEGITIMO, por las condiciones señaladas en el primer punto, de este análisis, era LÓGICO, pues podía ser cumplido con los medios orgánicos de la Unidad, así la acción hubiera tenido que ser apoyada posteriormente por otras Unidades, era CLARO, pues las

acciones ordenadas al capitán eran específicas y no inducían a posibles errores de interpretación, era PRECISA, pues señalaba con exactitud las acciones que debían conducirse, era CONCISA, pues iba de una forma concreta al propósito esencial de la orden, y era OPORTUNA, pues en bien de la población, no solo del municipio de LA ROSA, sino de todo el país de LAS FLORES, era urgente ejecutar la acción prevista en ella sin tardanza, ante la situación de emergencia que se había planteado; dado lo anterior la orden tenía la fuerza vinculante necesaria, que imponía al subalterno el deber legal de darle cumplimiento, en el menor término posible.

5. La actitud observada por el Capitán en el caso esquemático, se opone en forma abierta a la disciplina y a los principios militares de jerarquía y obediencia; el Capitán interpreta en forma equivocada su deber de oponerse a la ejecución de órdenes "manifiestamente ilegales", y desconoce la autoridad del superior que le emite la orden, dudando además de las motivos urgentes que el superior le plantea, para que se cumpla la misma, lo cual es inaceptable dentro de la organización militar, donde el cumplimiento de las "órdenes",- con las características ya señaladas para dicho concepto -, constituyen la función esencial de la organización y deben cumplirse, porque son fruto de un proceso militar de toma de decisiones, que bajo un enfoque multidisciplinario de la situación, toma la mejor decisión posible, traduciéndola en una orden, que dada su naturaleza, y no siendo manifiestamente ilegal, no requiere de un análisis detallado por parte del subalterno, que no cuenta ni con la información ni con el tiempo necesario, para ello.

En el caso esquemático que se nos presenta la orden emitida fue fruto de un

análisis concienzudo de la situación, hecha por el gabinete presidencial en pleno, donde se examinaron las opciones y se tomó concertadamente la mejor decisión posible, transmitiéndose la misma por el canal pertinente hasta llegar a quien debía ejecutarla; sin embargo a este nivel, el Capitán encargado de cumplir la misión, que no contaba con la información ni los elementos de juicio necesarios para determinar si en realidad la orden era o no ilegal, - y no contaba con dicha información, no por terquedad, sino porque existía una razón de peso que impedía transmitir dicha información, apoyada en un mandato presidencial que ordenaba en forma clara y perentoria mantener la información bajo reserva - , se niega a cumplir la orden, argumentando que la misma viola derechos fundamentales de los pobladores del municipio de LA ROSA, causando con su negativa un desastre de proporciones mayores, que genera una gran crisis nacional ; es decir, con su decisión da al traste, con todo un proceso de toma de decisiones de alto nivel, porque duda sobre la legitimidad de la orden, sin contar con los suficientes elementos de juicio para sustentar su análisis, y esta duda lo inhibe de cumplir una orden tan importante para su país. Podrá en esta situación declararse a este Oficial no responsable del delito de "Desobediencia", como lo plantean en su concepto alguno de los profesionales del derecho consultados ?.

BIBLIOGRAFÍA

CAVET, André. El arte de Mandar. Edición privada. Bogotá: Imprenta y litografía de las Fuerzas Militares. 1972. 263 p.

COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Bogotá: Editorial Impre Andes S.A. 1994. 164 p.

COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Informe anual Derechos Humanos y DIH 2000. Bogotá: Imprenta y Publicaciones de las Fuerzas Militares. 2201 p. 47-72.

COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Justicia Penal Militar. Jurisprudencia. Bogotá: Imprenta y Publicaciones de las Fuerzas Militares. 1988 p.273-295

COLOMBO, Carlos J. El derecho Penal Militar y la disciplina. Buenos Aires: Editorial. Librería Jurídica Abeledo. 1992. p. 113-185

DAVENPORT, Manuel y STOCKDALE, James. Etica Militar. Buenos Aires: Editorial Sudamérica. 1988. 243 p.

DEBATE REFORMA, Código Penal Militar. Bogotá: 1995. actas 12, 13, 14, y 16.

DECRETO 1797 de 2000, Reglamento de régimen disciplinario para el personal de las FF.MM. Bogotá. 2001

DECRETO 2550 de 1988, Código Penal Militar. Bogotá: Imprenta y publicaciones de las Fuerzas Militares. 1989.

DECRETO 085 de 1989, Reglamento de régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Bogotá: Imprenta y Publicaciones de las Fuerzas Militares. 1989. p. 3-70.

DON DE Mando Militar. Bogotá: Talleres de litografía del Comando General del Ejército. Tercera edición. 1988. 83 p.

FIERRO, Guillermo J. La obediencia debida en el ámbito Penal Militar. Buenos Aires: Editorial De palma , 1.984. 325 p.

GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los Derechos Humanos. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997. 274 p.

IBAÑEZ SANCHEZ, José Roberto. Democracia, seguridad y Fuerza Pública. Bogotá: Imprenta y publicaciones de las Fuerzas Militares. Primera edición. 1994. 450 p.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN. Tesis y otros trabajos de grado Bogotá: ICONTEC. 2001, 132 p. NTC. 1486

LEY 522 de 1999, Código Penal Militar. Bogotá: Editorial Unión Ltda. 1999. 119 p.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Tercera edición. Madrid. Editorial Barcelona. p. 534 y ss.

OLIVAR BONILLA, Leonel, Derecho Penal Militar. Bogotá: Editorial Colombia nueva Ltda. 1980. p. 107- 130.

PEÑA VELASQUEZ, Edgard. Comentarios al nuevo Código Penal Militar. Bogotá: Ediciones Librería del profesional. 2001. p. 9-62.

POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, Constituciones de Colombia. Cuarta edición. Bogotá: Talleres gráficos del Banco Popular. 1986. cinco tomos

RODRÍGUEZ USSA, Francisco. Estado de Derecho y jurisdicción Penal Militar. Bogotá. 1988. p. 9-53.

RUEDA SOTO, Marco Antonio. Fuerzas Militares y delito. Bogotá: Litoperla Impresores Ltda. 2000. 93 p.

VELAREÑO, Sergio. Antijuridicidad y justificación. Segunda edición. México D.F.: Editorial Trillas. 1986. p. 223 y ss

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y CABALLERO, Ricardo Juan. Derecho penal Militar.
Buenos aires: Editorial Jurídicas Ariel. 1 980. p 353 y ss.

BIBLIOTECA CENTRAL DE LAS FF.MM.

"TOMAS RUEDA VARGAS"



201005816

TMP6731