

**RESPONSABILIDAD PENAL DEL MILITAR EN RAZÓN A LAS ÓRDENES
IMPARTIDAS POR EL SUPERIOR**

**JOHAN STALIN JAIMES LANZZIANO
CODIGO 7000462**

**LADY VIVIANA ROJAS NIÑO
CODIGO 7000568**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACION EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR
2011**

**RESPONSABILIDAD PENAL DEL MILITAR EN RAZÓN A LAS ÓRDENES
IMPARTIDAS POR EL SUPERIOR**

**JOHAN STALIN JAIMES LANZZIANO
LADY VIVIANA ROJAS NIÑO**

**Presentado al Doctor:
DR. RAUL CADENA LOZANO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACION EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR
2011**

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MILITAR EN RAZÓN A LAS ÓRDENES IMPARTIDAS POR EL SUPERIOR

RESUMEN

El presente trabajo pretende determinar la responsabilidad penal en la que pueden incurrir los militares que ejecutan órdenes de superiores y que con base en la misma concurre un hecho delictivo, mirada a la luz de la doctrina nacional e internacional, la jurisprudencia sobre el tema particular y la legislación colombiana.

INTRODUCCIÓN

La teoría general del delito enseña que para que se configure el hecho ilícito deben concurrir tres aspectos importantes los cuales son la tipificación, antijuridicidad y culpabilidad, aspectos de los cuales deriva la responsabilidad penal y por tanto la imposición de la correspondiente pena, que en el caso de los miembros del Ejército se encuentra expresamente regulada por el Código Penal Militar contenido en las leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, aclarando que el último se aplica para los hechos cometidos a partir del 1º de enero de 2010.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace importante determinar si en el cumplimiento de ordenes superiores, el subordinado que ostenta la calidad de militar, cuenta con responsabilidad penal y debe ser juzgado por el correspondiente delito, o si por el contrario la ejecución de esta orden que ocasiona lesión a un bien jurídico tutelado, puede ser tomada como una eximente de responsabilidad.

Así las cosas y para desarrollar el objeto del presente trabajo se han de analizar las posturas doctrinales y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales que pretendan dilucidar el panorama jurídico del soldado que comete un hecho delictivo por una orden del superior.

La presente investigación pretende ser un **documento de reflexión**.

1. RESPONSABILIDAD PENAL

En el contexto del derecho penal, la responsabilidad tiene distintas acepciones, inicialmente se habla de responsable como sancionable, seguidamente se tiene que la responsabilidad penal se materializa cuando el autor de una conducta punible recibe una sanción contemplada en la Ley penal y en términos de otros doctrinantes, la responsabilidad penal se da cuando un hecho particular conlleva a la consecuencias jurídicas¹.

Por su parte la Corte Constitucional ha manifestado que la responsabilidad penal es aquella que: *"(...) se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad y no en consideraciones genéricas relativas al carácter, a la manera de ser o al temperamento de un individuo. De la Constitución se desprende la adopción de un derecho penal que repara en lo que el sujeto hace y no en las cualidades del autor del hecho punible"*².

Ahora la responsabilidad penal puede ser impuesta a una persona bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, condiciones que no encuentran discusión en la doctrina y que determinan que la persona será objeto de este tipo de responsabilidad en primer lugar en el caso de ser un imputable al que mediante sentencia definitiva se le condene por la realización de un hecho típico jurídico y culpable.

¹ Sobre el particular: AGUDELO, Nodier. *"Inimputabilidad y Responsabilidad Penal"* Editorial Temis, Bogotá, 1984. p. 5.

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-425 de 1997. RESPONSABILIDAD PENAL- Alcance.

Trayendo nuevamente a colación a la Corte Constitucional, se tiene que: *“Verificada la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, no deviene en forma automática la imposición de la pena o la medida de seguridad autorizada por la ley, pues, como se sabe, en tal evento es indispensable la declaración de responsabilidad de la misma con respecto a una persona determinada. Esa responsabilidad es una situación jurídica concreta que por decisión judicial se predica de alguien”*³.

Ahora la doctrina internacional conceptúa sobre la responsabilidad penal, en el sentido de que la misma se configura adicionalmente cuando la pena que se ha de imponer es necesaria, tratadistas como ROXIN determinan que el supuesto jurídico de la responsabilidad si bien es la culpabilidad del sujeto, debe analizarse además la necesidad de la imposición de la pena⁴.

Se colige de lo anterior que la responsabilidad penal se materializa en la concurrencia de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y adicionalmente en la necesidad de la pena⁵.

Adicionalmente y teniendo en cuenta que se configura la responsabilidad penal cuando se ha de imponer necesariamente la pena, es claro que el análisis de antijuridicidad es determinante para fijar las consecuencias jurídicas de la misma, la jurisprudencia lo ha distinguido de esta manera: *“Como puede observarse la modalidad de la conducta del sujeto activo en esta clase de delitos es diversa: mientras en los delitos dolosos el agente dirige su conducta de manera inequívoca a producir un daño a bienes tutelados por el orden jurídico, en los delitos culposos el daño ocasionado es producto de una negligencia, imprudencia o impericia, sin que en ningún momento el autor haya querido*

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-647 de 2001. PENA - Necesidad

⁴ Sobre el particular: ROXIN, Claus. *“Derecho Penal. Parte General”* Editorial Civitas. 1997. p. 222

⁵ SANDOVAL FERNANDEZ. Jaime. *“Causales de ausencia de responsabilidad penal”* Revista de Derecho, Universidad del Norte, Vol. 19. p. 3.

ocasionar un menoscabo del bien tutelado por la ley. Esa circunstancia permite diferenciar claramente estas conductas delictivas, haciendo posible, también, atribuirle consecuencias jurídicas diferentes, atendiendo al principio de proporcionalidad. En síntesis, la diferencia entre las conductas punibles dolosas y culposas se explica en virtud de sus distintos contenidos de injusticia, pues mientras en las primeras existe un claro momento subjetivo orientado a la vulneración del bien jurídico protegido, en las culposas ese momento no existe. De allí que en cumplimiento del principio de proporcionalidad las consecuencias punitivas no pueden ser —ni son en efecto— las mismas”⁶.

Ahora la responsabilidad penal, ha sido analizada por tribunales internacionales y consagrada taxativamente en tratados y convenios internacionales objeto del examen de constitucional de la Corte.

Así pues los mayores avances del concepto de responsabilidad penal individual en el marco del derecho internacional cuya sanción interesaban a toda la comunidad internacional se logra a partir de 1946, con la creación del Tribunal Militar de Núremberg y los demás Tribunales Militares creados en la post guerra, así como con la decisión de las Naciones Unidas de establecer una Comisión de Derecho Internacional para la elaboración de un código de delitos contra la paz y la seguridad del género humano, fundado en los principios desarrollados en el Tribunal de Núremberg, cuyos primeros resultados se dieron en 1950⁷.

Así bajo los elementos mencionados anteriormente se tiene que la responsabilidad penal, también puede ser combatida a nivel internacional, motivo por el que fue necesaria la creación de la Corte Penal Internacional, con una organización estructural tipificada en el Estatuto de Roma: *“El Estatuto de Roma representa la cristalización de*

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-64 de 2003. DELITOS DOLOSOS Y CULPOSOS

⁷ Sobre el particular: NGUYEN QUOC DINH, A. y otros “Derecho internacional Público”. LGDJ. París. 1994 p. 628.

un proceso de reflexión, a cargo de juristas de diversas tradiciones, perspectivas y orígenes, encaminado a ampliar el ámbito del derecho internacional con la edificación de un régimen de responsabilidad penal individual internacional respaldado por una estructura orgánica institucionalmente capaz de administrar justicia a nivel mundial, respetando la dignidad de cada nación pero sin depender de autorizaciones políticas previas y actuando bajo la égida del principio de imparcialidad”⁸.

En el mencionado Estatuto se plasmó la responsabilidad penal individual, bajo los siguientes parámetros:

Artículo 25: Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

1. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 2002. TRIBUNAL INTERNACIONAL – Responsabilidad penal individual

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Ahora es importante traer a colación la distinción que se maneja en la responsabilidad penal, que si bien no es del resorte de este trabajo, si constituye un aporte fundamental en la teoría general del delito.

Así pues el Código Penal se encargó de analizar las conductas que pueden ser cometidas por los denominados inimputables y allí es donde nace la distinción con los imputables, por lo que: *el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del*

delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, “esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”⁹.

2. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO PENAL MILITAR

Las casuales de exoneración de la responsabilidad penal, se encuentran expresamente consagradas en el Código Penal colombiano Ley 599 de 2000 y en el Código Penal Militar, tanto en la Ley 522 de 1999 como la Ley 1407 de 2007.

De la lectura entonces de los artículos 32, 33 y 34 respectivamente, se tipifican como causales de exoneración de responsabilidad penal las siguientes:

- Cuando se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-370 de 2002. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL – Distinción.

- Cuando se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
- Cuando se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
- Cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.
- Cuando se actúa por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

En el contexto penal entonces no cabría la responsabilidad cuando se logre probar la ocurrencia de una de las causales anteriormente mencionadas. Ahora en el análisis que se pretende realizar con el trabajo la causal que se ha de analizar posteriormente es el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente.

Ahora de manera general sobre las causales eximentes de responsabilidad penal se tienen pronunciamientos jurisprudenciales, así pues las diferentes causales de justificación y de exculpación que llevan a la exclusión de la pena están reguladas de igual forma en tratados internacionales como el Estatuto de Roma, ya referido precedentemente, principalmente en sus artículos 31 y 33.

Un estudio in extensu, sobre la exoneración de responsabilidad penal en el marco de la Corte Penal Internacional, la trae a colación la sentencia C-578 de la Corte Constitucional proferida en el año 2002.

Se habló en la referida sentencia que el artículo 31 del Estatuto de Roma establece cuatro causales eximentes de la responsabilidad penal que abarcan las hipótesis de insania, defensa propia o de un tercero (incluso del derecho de propiedad), siempre que sea razonable y proporcional al grado del peligro y estado de necesidad y la coacción dimanante por una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para sí o un tercero, siempre y cuando se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente, si no tuviere la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Además de estas causales, se ha mencionado que la Corte Penal Internacional puede tener en cuenta otras causales eximentes de responsabilidad que se desprendan del derecho aplicable, ahora las eximentes de responsabilidad deben ser analizadas puntualmente y su interpretación se basa siempre desde la dignidad humana: *“Como quiera que la Corte Penal Internacional constituye un instrumento para la protección de los derechos de las personas, en especial los de la vida y la integridad física, el Estatuto de Roma condiciona la interpretación y aplicación de esta causal de justificación para la comisión de crímenes internacionales a los siguientes requisitos: 1) sólo se aplica a crímenes de guerra; 2) el bien cuya protección justifica la respuesta a la agresión o amenaza debe ser “esencial” para la supervivencia propia o de un tercero o para realizar una misión militar; 3) la fuerza contra la que se reacciona tenga un carácter ilícito y su uso sea inminente; 4) la respuesta a la amenaza se debe hacer dentro de los límites del principio de proporcionalidad, según el grado de peligro para la persona, para el tercero o para los bienes protegidos. Estas exigencias hacen que la eximente sea compatible con las normas de derecho internacional humanitario”*¹⁰.

La doctrina nacional también se ha pronunciado sobre los eximentes de responsabilidad penal señalando que en el ámbito penal hay lugar a responsabilidades civiles como consecuencia de la ocurrencia del delito y por la misma realización de una conducta amparada en una causal de ausencia de responsabilidad penal se tiene que si se

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 2002. CORTE PENAL INTERNACIONAL – Eximentes de Responsabilidad Penal.

reconoce un estado de necesidad, tal reconocimiento se hace contener en una decisión que hace tránsito a cosa juzgada como la preclusión de la investigación; sin embargo, tal situación no da lugar a eliminar la posibilidad de la declaratoria de responsabilidad en sede de este derecho patrimonial¹¹.

Adicionalmente se tiene como punto de partida de la determinación de la responsabilidad penal y como causal de exoneración la voluntad de quien presuntamente comete un hecho delictivo y es un análisis del cual se debe partir para aplicar la correspondiente sanción: *“Relieva lo anterior entonces que si bien la anuencia de la supuesta víctima excluye la tipificación de punible contra la libertad individual y consecuentemente exime de responsabilidad al autor del supuesto atentado, aquella debe reunir la serie de condiciones antes reseñadas, esto es: que medie la aquiescencia; se produzca sobre un bien jurídico susceptible de disposición; que quien la da comprenda la situación que consiente; se genere antes o de modo simultáneo al hecho asentido y que no haya error, fuerza o violencia para que así pueda tenerse jurídicamente válida y constitutiva de la eximente ahora prevista en el artículo 32.2 de la Ley 599 de 2000”*¹².

3. EJECUCIÓN DE ÓRDENES SUPERIORES COMO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD PENAL

Antes de realizar un análisis sobre la procedencia de causales de exoneración de la responsabilidad penal o la aplicación de la misma en el caso de la comisión de delitos por órdenes militares derivadas de un superior, se hace necesario el análisis del

¹¹ Sobre el particular: SANCHEZ HERRERA. Esiquio Manuel y BERMUDEZ SANCHEZ. Nataly *“Las causales de ausencia de responsabilidad disciplinaria. Breves reflexiones. Lecciones de Derecho Disciplinario”*. Volumen 3. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, diciembre de 2007.p. 77 y 78.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, junio 20 de 2007, Rad. 23931. M.P. Alfredo Gómez Quintero. El consentimiento como causal generador de ausencia de responsabilidad

denominado fuero penal militar, su configuración y responsabilidad penal de los miembros de la Fuerza Pública.

3.1. FUERO PENAL MILITAR. Responsabilidad penal y juzgamiento

La Justicia Penal Militar vino a ser mencionada en la actual Carta Política así como el denominado fuero penal militar, que constituye un privilegio especial¹³, regulado en el artículo 221 bajo los siguientes parámetros: *“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 prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”*.

La doctrina también ha mencionado que el fuero penal militar se concreta en una exención judicial que como punto de partida se consagra constitucionalmente a favor de los miembros de la Fuerzas Militares y de Policía, lo cual se traduce en que los hechos punibles cometidos por ellos en desarrollo del servicio o con ocasión al mismo serán juzgados por Jueces militares y tribunales de misma índole¹⁴, que administren justicia de conformidad con lo normado en el CODIGO PENAL MILITAR¹⁵.

La aplicación fundamental que concede el denominado fuero, es el juzgamiento de igual forma especializado, que se constituye principalmente fundamentalmente por el cargo desarrollado por quien ha de ser sometido a tal juzgamiento¹⁶. Así pues, el desarrollo

¹³ Ver sobre el fuero en general: Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008. LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA DEL CONGRESO-Para determinar la estructura del procedimiento judicial a emplear en los casos de los aforados.

¹⁴ Sobre el particular: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-358 de 1997. FUERO PENAL MILITAR-El ser miembro de la fuerza pública en servicio activo no lo exime del derecho penal común

¹⁵ Sobre el particular.: RODRÍGUEZ USSA, Francisco. *“Estado de derecho y jurisdicción penal militar: introducción a los fundamentos teóricos del derecho penal castrense”*. Bogotá; Editorial Leyer, 1984. Pág 14.

¹⁶ *Ibid.*.

legal se vino a dar hasta 1999 con la expedición de la Ley 522 de 1999, la cual en su artículo 1 transcribió el artículo 221 de la Carta Política, de terminando a renglón seguido, los delitos que pueden cometer eventualmente quienes gozan del fuero penal militar, norma que estuvo vigente hasta el 1 de enero de 2010 – con las discusiones que se dan sobre su promulgación, publicación y vigencia- al proferirse la Ley 1407 de 2010, que en su artículo 1º, determinó el fuero penal militar bajo los mismos parámetros constitucionales. De igual manera se reiteró la conexidad que debe existir entre el hecho punible cometido y el servicio que se presta, pues estos han sido parámetros determinados por la jurisprudencia constitucional¹⁷ para determinar la aplicación del fuero penal militar¹⁸.

Es preciso señalar que la consagración del fuero penal militar no es dada desde la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, se ha determinado que su normativización se dio desde la conquista española, incluso en los diferentes regímenes existentes en Colombia, por ejemplo en la época Republicana desde 1821 hasta 1991, la regulación fue diversa, expresa en ocasiones algunas y tácita en otras, siendo importante manifestar que la inclusión de la Policía Nacional, para ser Juzgados por tribunales castrenses si vino a darse sólo en la carta política 1991, introduciéndose allí la novedad en la consagración del fuero penal militar¹⁹.

La doctrina más cercana a lo que aconteció hasta la expedición de la Constitución de 1886, se expresa en las siguientes líneas: *"(...) Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley", el primero, y que "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación*

¹⁷ Sobre el particular: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-533 de 2008. JUSTICIA PENAL MILITAR-Incompetencia para conocer de delitos que rompen nexo funcional entre el agente y el servicio/JURISDICCION PENAL MILITAR-Competencia se determina por factor funcional

¹⁸ Sobre el particular: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-1184 de 2001. DERECHO AL JUEZ NATURAL-Comprende derecho a acceder a jurisdicción

¹⁹Sobre el particular: LOMBANA SIERRA. José Ignacio. *"el Fuero penal militar en Colombia"*. Trabajo de Grado para optar por el título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. 2006, Págs. 18-24.

con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar", el segundo. Aunque la Constitución que rigió durante ciento tres años la vida jurídica del país no se refirió al aspecto disciplinario, es lógico que si aceptó la existencia de un Fuero Militar en lo penal, el régimen disciplinario debería recibir el mismo tratamiento, pues se trata de una función de comando en cuyo ejercicio se requieren especialización, experiencia y conocimiento profundo de las instituciones armadas y de sus integrantes humanos, lo que no es dominio de los funcionarios de la justicia ni de los organismos de control, Fiscalía y Procuraduría de la Nación. La Constitución de 1991 repitió literalmente, con algunas adaptaciones propias de la evolución de las instituciones castrenses, lo determinado sabiamente por la Carta del 86. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que, en lo relacionado con el régimen disciplinario, la Procuraduría General de la Nación tiene facultades disciplinarias sobre los militares como sobre cualquier funcionario público, con lo cual se consagró un concepto del Órgano Ejecutivo, instaurado desde 1988 como mandato constitucional²⁰.

Este fuero, no opera para quienes pertenecen a las escuelas de formación militar, por no configurarse uno de los elementos para su aplicación como es el encontrarse en servicio activo, requisito importante para que opere la mencionada protección, la reflexión sobre el particular se vino a dar hacia el año 2001, en sentencia de la Corte Constitucional cuyo tenor es el siguiente: *"(...) De ahí que haya dicho que son dos elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo: pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella; el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio.*

²⁰ VALENCIA TOVAR, Álvaro. *"Fuero Militar y Justicia Penal Militar. Una tradición histórica de la jurisprudencia colombiana"* Revista Credencial Histórica, Edición 152, Bogotá, Colombia. Pág. 3.

(...) Los alumnos en formación si bien hacen parte del personal de la Policía Nacional no pueden ser considerados como miembros activos de la fuerza pública. En consecuencia, los delitos que cometan en su condición de alumnos o estudiantes en cumplimiento de las tareas correspondientes dentro del plan de estudios académicos, no se derivan del ejercicio de la función militar o policial que les es propia a los miembros activos de la fuerza pública, pues están ausentes los dos elementos que estructuran el fuero militar que son: el carácter subjetivo relativo a la pertenencia a la jerarquías de la institución policial, y el funcional en cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio²¹.

Como figura jurídica que es, se encuentra determinado el fuero penal militar por ciertas características las cuales son en primer término que constituye una facultad funcional equivaliendo lo anterior a que se configura una excepción al principio de igualdad ante la ley, eso sí, amparado constitucionalmente, en segundo lugar se tiene que la función de juzgamiento se asigna de igual manera a jueces especializados de manera unificada y sistemática²², reglados por normas sustanciales y procesales especiales, y que dan como conclusión la unificación de la justicia penal militar en un Código Penal Militar, que desde 1991 a 2010 ha sido regulado en dos normas anteriormente mencionadas, como la Ley 522 de 1999 y 1407 de 2010.

Ahora el fuero penal militar no sólo se consagró con la finalidad de determinar un grado de protección en materia penal para los miembros de la fuerza pública²³, sino que reitera la pretensión de mantener la disciplina en las fuerzas castrenses, y a renglón seguido que aquellas personas que ostenten un carácter especializado sean juzgado de

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. POLICÍA NACIONAL. Escuelas de formación de la Fuerza Pública Sentencia C-1214 de 2001.

²² Sobre el particular: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-252 de 1994. FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Excesos

²³ Sobre el particular: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-878 de 2000. FUERO MILITAR-Alcance/FUERO MILITAR-Constituyente limitó su alcance/JURISDICCION PENAL MILITAR-Competencia/TRIBUNAL MILITAR-Elementos para que opere la competencia

conformidad con este carácter, tal función ha sido reiterada a nivel internacional²⁴ con algunas críticas: *“Según la información recibida, la justicia penal militar es severa en todo lo que se refiere a infracciones a los reglamentos internos de la policía o las fuerzas armadas; se manifestó incluso que esta severidad resulta a veces excesiva cuando quien está en causa es personal de rangos inferiores. Ahora bien, la situación es diferente cuando se trata de delitos en contra de la población civil (hurto, lesiones, homicidio, etc.), que en un alto porcentaje de casos termina con la cesación del procedimiento. Mientras que en el primer caso hay un interés de la propia institución militar en que los responsables sean castigados y por lo tanto resulta más fácil reunir las pruebas, en el segundo el encubrimiento, la parcialidad y la presión sobre los testigos parecen ser la norma”*²⁵

De la justicia penal militar, se ha dicho que cumple a cabalidad con principios importantes dentro de cualquier tipo de procedimiento como es su severidad, especialización, eficacia y el cumplimiento de la economía y celeridad procesal cuya teología, se reitera es velar por la conducta de los depositarios de las armas de la nación²⁶.

El tratadista Juan Carlos Pinzón Bueno, hace alusión a la definición del fuero penal militar en Colombia, bajo los siguientes parámetros: *“La Justicia Penal Militar es la normatividad especializada que se encarga de proteger bienes jurídicamente tutelados, en función del correcto funcionamiento de la disciplina militar y el juzgamiento de los militares o de quienes cumplan funciones inherentes a los mismos reglamentos y jerarquía, mediante la tipificación de reatos propios y el establecimiento tanto de una*

²⁴ Sobre el particular: ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados sobre la visita a Colombia” E/CN.4/1998/39/Add.2

²⁵ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Informe conjunto de la visita a Colombia de los Relatores Especiales sobre la Tortura y sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias”. E/CN.4/1995/111 16 de enero de 1995.

²⁶ PINZÓN BUENO. Juan Carlos. “Justicia Penal Militar” Revista Semana, Editorial del 11 de junio de 2011.

jurisdicción especializada, como de procedimientos y ritualidades probatorios específicos²⁷

La Corte Constitucional igualmente a hecho varios pronunciamientos sobre la justicia penal militar y el fuero penal militar, determinando lo siguiente: *En Colombia la estructuración constitucional de la Justicia Penal Militar responde a un modelo intermedio que se soporta sobre el reconocimiento constitucional de la institución del llamado fuero militar (art. 221 C.P.), justicia que está integrada por elementos orgánicos y funcionales, objetivos y subjetivos, cuya manifestación concreta se encuentra en la **existencia de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial - Cortes Marciales o Tribunales Militares - encargado de juzgar los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo - fuerzas militares y policía nacional - en relación con el mismo servicio, y con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.***²⁸

La Constitución establece el fuero militar como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, pues es un principio elemental de la hermenéutica constitucional que las excepciones son siempre de interpretación restrictiva, con el fin de no convertir la excepción en regla. El fuero militar no afecta las competencias y funciones de los organismos de control, puesto que ese fuero es exclusivamente penal y no se extiende a las otras esferas de actividad de los órganos estatales. Así, las funciones de la Procuraduría General de la Nación no se ven limitadas por el fuero militar, ni desde el punto de vista disciplinario -pues los miembros de la fuerza pública son servidores públicos que están entonces sujetos a la

²⁷ PEÑA VELASQUEZ. Edgar. "Comentarios al nuevo código penal Militar". Ediciones Librería el profesional. 1ª Edición; Bogotá, Colombia, 2001. Pág. 5.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. FUERO PENAL MILITAR, Consejo verbal de Guerra. Sentencia C-141 de 1995.

supervigilancia disciplinaria de esa entidad-, ni en relación con las otras funciones del Ministerio Público, en particular la relativa a su participación en los procesos penales”²⁹.

Una vez analizados los aspectos básicos del fuero penal militar, y sus características es importante realizar un análisis sobre las ordenes que se imparten por un superior a un miembro del ejército realizando con ello la comisión de un hecho punible.

3.2. El cumplimiento de órdenes superiores en la responsabilidad penal del miembro del Ejército Nacional

3.2.1. La obediencia debida

Dentro del esquema penal colombiano y como se vio precedentemente se tiene la denominada obediencia debida, cuya premisa conlleva a sopesarla en el caso de la responsabilidad penal alegando el cumplimiento de una orden, o en general de un mandato superior³⁰.

Ahora la obediencia debida no ha sido ajena a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como de los tratados y convenios internacionales. Sobre el particular la jurisprudencia constitucional se ha referido al alcance del artículo 91 de la Constitución Política que consagra el principio de obediencia debida en materia militar, cuyo tenor es:

“ARTICULO 91. *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 quedan exceptuados de esta*

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, FUERO PENAL MILITAR. Alcance, exclusión de la Fiscalía. Sentencia C-399 de 1995.

³⁰ Sobre el particular: GOMEZ RIVERO. María del Carmen. *“Aún un espacio de la Racionalidad para la Obediencia Debida ? De su Clásica Problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”* Novos Estudios Jurídicos. Volumen 9º. Madrid, España. P. 287.

disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.”

Así pues se tiene que es indispensable que dentro del esquema de seguridad de las Fuerzas militares sea observada una disciplina estricta y se respete el orden jerárquico de quienes en aras de la protección a la comunidad imparten órdenes, por lo cual y como regla general deben acatarse todas las órdenes impartidas por los superiores, quienes asumirán la responsabilidad correspondiente; no obstante la excepción a este principio es que la misma no es igual a obediencia ciega o irracional. la obediencia absolutamente irreflexiva³¹.

El fundamento de que no todas las órdenes deben ser acatadas irrazonablemente se encuentra en el artículo 18 ibídem y en los tratados internacionales suscritos por Colombia, que lo obligan de conformidad con el pacta sunt servanda, por lo que en casos concreto el militar subalterno puede sustraerse al cumplimiento de la orden superior: *“(...) 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 aquella 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. “Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su 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 requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución”³².*

³¹ Sobre el particular: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-431 de 2004. RESPONSABILIDAD PENAL – obediencia debida en las Fuerzas Militares

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-409 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Adicionalmente según tratados internacionales como el Convenio I de Ginebra, aprobado por la Ley 5ª de 1960 existen infracciones graves, contra las cuales los Estados han de tomar oportunas medidas, una de ellas "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 a gran escala, ilícita y arbitrariamente**" ello se extrae del artículo 50 del referido convenio.

Así las cosas, y en mención al tratado internacional vinculante al Estado Colombiano por el canon 93 de la Carta, desde ningún punto de vista puede seguirse prohijando concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense, con la excepción que: *"Los anteriores conceptos no deben entenderse como la posibilidad constitucional de que toda orden militar pueda ser discutida por quienes la reciben, ya que eso representaría una ruptura del concepto de autoridad, cuyo fundamento reside en la normatividad en que se apoya este fallo para sostener la obligatoriedad del servicio y la indispensable disciplina que exigen los altos fines señalados por la Constitución a las Fuerzas Armadas"*³³

La mencionada teoría ha sido reiterada en sentencias como la C-225 de 1995, mediante la cual la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, sentencia que limitó el principio de obediencia debida en el ámbito de la disciplina militar, a la observancia de las prohibiciones recogidas por el derecho internacional humanitario: *"El artículo 4º del tratado bajo revisión no sólo ordena una protección general a los no combatientes sino que, en desarrollo al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949, consagra*

³³ *Ibidem.*

una serie de prohibiciones absolutas, que pueden ser consideradas el núcleo esencial de las garantías brindadas por el derecho internacional humanitario. “Así, el numeral 1º prohíbe ordenar que no haya supervivientes. Por su parte, el numeral 2º literal a) señala que están prohibidos “los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”. Los literales b), c), d) y f) de ese mismo numeral proscriben los castigos colectivos, la toma de rehenes, los actos de terrorismo, el pillaje, y la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. Igualmente, el literal e) excluye “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”. Finalmente, el literal h) prohíbe la amenaza de realizar cualquiera de estos actos mencionados³⁴.

Es decir, al suscribir los convenios internacionales sobre derecho internacional humanitario y su vínculo directo con la protección a la vida, genera consecuencias jurídicas relevantes como el hecho de conciliar la disciplina castrense con el respeto a los derechos humanos: *“En efecto, esta Corporación ya había señalado que, como es necesario conciliar la disciplina castrense con el respeto de los derechos constitucionales, es inevitable distinguir entre la obediencia militar “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”³⁵*

Ahora bien, lo anterior puede explicar el por qué la norma exime al inferior del cumplimiento de las órdenes manifiestamente ilegales o inconstitucionales, debe examinarse el deber de exponer al superior las razones de la negativa a obedecer.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-225 de 1995.

³⁵ *Ibidem*.

Ahora en delitos graves, tales como crímenes considerados como lesa humanidad, la obediencia debida tiene límite, de hecho la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS hace referencia a la prohibición expresa de la obediencia debida como eximente de responsabilidad en los siguientes términos: *“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. Los Estado Partes velarán asimismo porque, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas”.*

Sobre el particular, la Corte Constitucional dijo: *“(…) ha dicho también la Corte, tal conclusión no se deriva exclusivamente de un análisis acerca del alcance que tiene la dignidad humana en el ámbito interno e internacional, sino que se fundamenta también en consideraciones normativas. En particular, debido a la existencia de reglas expresas que prohíben la aplicación de esta causal de exoneración de responsabilidad del inferior, y que, al estar contenidas en tratados de derechos humanos, constituyen garantías no contempladas explícitamente en la Constitución, y por lo tanto, prevalecen en el orden interno según lo disponen los artículos 93 y 94 constitucionales. En tal sentido, en un pronunciamiento reciente, la Corte se refirió específicamente sobre la prohibición de aplicar la causal de obediencia debida en el delito de desaparición forzada. Al estudiar la constitucionalidad de la regla contenida en el inciso segundo del numeral 4 del artículo 32 del nuevo Código Penal, que expresamente excluye la aplicación de obediencia debida de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura, dijo: La referencia expresa que se hace de ellos, en forma enunciativa, simplemente resulta coherente, como lo recuerda la vista fiscal, con el artículo 91 inciso primero de la Carta, así como con los diferentes textos de derecho internacional aplicables en nuestro ordenamiento en este campo (art. 93 C.P.), en los que expresamente se excluye la posibilidad de acudir a la obediencia debida para excusar*

los actos de genocidio, desaparición forzada y tortura, así como otras conductas claramente prohibidas en cualquier circunstancia³⁶”

3.2.2. Responsabilidad penal por obediencia debida y cumplimiento a un deber legal

Como se mencionó precedentemente una de las causales de responsabilidad penal y en materia penal militar de conformidad con el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 es: actuar bajo la orden impartida por autoridad superior.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que si bien la obediencia debida constitucional tiene su razón de ser dentro del esquema jurídico del Estado Social de Derecho, que pretende dirigir su cumplimiento dentro de los límites coherentes y racionales que lo orientan y adicionalmente que la estructura burocrática del Estado gira en torno al principio de jerarquización de su órganos en los que unos ,por su propia naturaleza, expiden mandatos y otros se encargan de ejecutarlos, quedando por ello el personal sometido a un orden jerárquico determinado por la facultad de mandar y el deber de obediencia, no obstante cuando el contenido de una orden es manifiestamente contrario a derecho, el funcionario público debe abstenerse de cumplirla, so pena de que al realizar la actuación contenida en el mandato se deriven consecuencias punibles, caso en el cual, responderá al igual que su superior: *“De lo anterior se desprende que, en uno y otro caso, la orden debe ser legítima; que aún cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende, un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demandan un Estado de*

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 580 del 2002. DESAPARICION FORZADA-Prohibición de aplicar causal de obediencia debida

*Derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodeen el hecho al momento de su ejecución*³⁷.

Bajo el marco internacional y con el multicitado Estatuto de Roma, se hace referencia al artículo 33 que consagra la eximente de responsabilidad por obediencia debida y cumplimiento de un deber legal, pero para que concurra la misma deben cumplirse tres condiciones concurrentes, la primera de ellas que el acusado debe estar obligado por ley a obedecer órdenes; a renglón seguido el acusado no debe saber que la orden era ilegal y finalmente, la orden no debe ser manifiestamente ilegal.

Esta disposición inicialmente parece entrar en contradicción con el artículo 91 de la Constitución Política, sin embargo bajo los parámetros jurisprudenciales es oportuno y se ajusta al ordenamiento jurídico colombiano el excluir la obediencia como causal de exoneración penal cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta puesto que causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible. En efecto, sobre el particular sostuvo la Corte:

“El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de junio de 1995. Rad. 9785.

subalterno porque si pese a su dolo aquella se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización.”

Ahora bien, la propia jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado que la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber ha de cumplir con algunos requisitos, que coinciden con los requisitos concurrentes del artículo 33 del Estatuto de Roma. Ellos son: *“La exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales”*³⁸

Se tiene que la obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, ha sido universalmente considerada en las prácticas, usos, costumbres y jurisprudencia como contraria al derecho internacional humanitario, así lo han manifestado diversos tratados internacionales como la

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispone.

De igual manera en relación con el delito internacional de genocidio, tampoco se ha admitido como válida la exculpación basada en la orden superior, como quiera que el castigo se aplica a “las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo II - [*En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.*] - (...) ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (Artículo, IV) (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Ley 28 de 1959). (...)

Un caso puntual sobre la responsabilidad del soldado y de los superiores en la condición de garantes y el conocimiento de los hechos, sin que se impartan ordenes tendientes a omitir una acción que amenace a la población, es el caso de la Masacre ocurrida en la Gabarra donde puntualmente se determinó: *Ciertamente, William Marino Wallens Villafañe aseveró que en el puesto de guardia hacia las 10:00 de la noche apareció un camión azul "350" carpado en el que se movilizaban varias personas armadas y con uniformes de camuflados, él requirió a sus ocupantes para saber hacia donde se dirigían y en respuesta escuchó que alguien dio la orden para que lo mataran, entonces él retrocedió y llegó una camioneta "Toyota" color gris, de la que descendió un sujeto moreno alto a preguntarle cuál era el camino para La Gabarra, luego una mujer le hizo señales para que los acompañara, así lo llevaron de guía, pasaron por el puente de la antigua "Alcabala N° 3" y allí lo hicieron bajar del vehículo, agrega que*

inmediatamente se comunicó con sus superiores y con el Mayor LLORENTE quien le ofreció apoyo del Batallón de contraguerrilla, el cual nunca llegó. El Tribunal advirtió además que no existió un control por parte del Ejército, pues permitió el paso normal de los vehículos, máxime que existía la prohibición de circulación de rodantes por esa vía y a esas horas de la noche por razones de seguridad”³⁹

En el caso concreto no hubo impartición de órdenes por parte e los superiores, se configuró la omisión al deber de protección máxime cuando se tenía conocimiento de la conducta desplegadas por miembros de las autodefensas: *"El hecho de haber permanecido las tropas al mando del mayor LLORENTE al interior de la base militar, cuando sabía de la presencia del grupo de paramilitares, fue facilitar la acción delictiva desarrollada por el bárbaro grupo de autodefensa, pues si su acción hubiese sido distinta y los hubiere enfrentado y perseguido, el comportamiento criminal no se habría realizado, o por lo menos habría encontrado serios tropiezos que no le hubiesen permitido la consumación de tan atroces actos que son dignos de vergüenza y repudio por cualquier sociedad que se considere civilizada, pero los resultados operacionales frente a la magnitud de la anunciada y perpetrada la masacre, entonces esta flagrante omisión, cuando se tenía no solo la obligación sino los medios para evitar la producción del resultado dañino, permite observar claramente el nexo causal entre el resultado que se ocasionó –múltiples homicidios- con la acción omisiva del Comandante de la base Contraguerrilla Mayor MAURICIO LLORENTE CHAVEZ, entonces el procesado al elegir omitir sus obligaciones, permitió la producción del mismo, más aún, se repite cuando se debió comportar conforme con su obligación".*

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SALA DE CASACIÓN PENAL Aprobado Acta No.224, Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil siete (2007).

CONCLUSIONES

El esquema de responsabilidad penal en el sistema jurídico colombiano se configura bajo el cumplimiento de tres requisitos generales, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, además y de conformidad con la doctrina, por la necesidad de la pena.

Entrantándose de la responsabilidad penal militar, las leyes 522 de 1999 y 1407 del año 2010, no se alejan de los supuestos anteriormente mencionados y como contentivas del procedimiento penal militar como sustancial, reiteran las posiciones del derecho penal general.

Ahora cuando se comete un delito, al concurrir los tres elementos mencionados habrá lugar a la imposición de la pena y por consiguiente la responsabilidad penal, esto como regla general, encontrando su excepción en las causales de ausencia de responsabilidad que las normas mencionadas traen expresamente en su articulado y que han sido plasmadas en Convenios Internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, de manera especial en el Estatuto de Roma.

En lo que respecta a la función del militar entonces, y en aras de su posición de garante, puede ser objeto de juzgamiento por la comisión de un delito, donde en efecto y de igual manera se deben analizar los supuestos mencionados para colegir que hay responsabilidad en el hecho, no obstante puede escudar su actuar y eximirse de la misma cuando ha concurrido la causal de haber obedecido una orden del superior. Es decir en cumplimiento del mandato constitucional sobre la obediencia debida consagrado en el artículo 91 de la Carta Política y en la causal de exoneración de responsabilidad.

De igual manera debe aclararse que es el mismo artículo 91 que hace referencia a lo que denomina además la responsabilidad constitucional, cuyo alcance se manifiesta en

que aquellos actos de cualquier autoridad que vulneren la constitución en detrimento de alguna persona vulnerando un derecho fundamental, lo hacen responsable tanto penal, civil, administrativa y disciplinariamente, sin que pueda alegar en su favor que recibió mandato superior e incluso en cumplimiento de un deber legal.

La perceptiva constitucional tiene su deontología en el esquema jurídico del Estado Social de Derechos plasmando en el artículo 1º, que en efecto conlleva a dirigir el cumplimiento de los fines estatales dentro de parámetros coherentes y racionales. Ahora es el mismo Estado Social que conlleva a que en Colombia se de una burocrática organización del Estado que gira en torno al principio de jerarquización de su órganos mediante la cual quienes ostentan los cargos superiores por su propia naturaleza, expiden mandatos y otros se encargan de ejecutarlos, quedando por ello el personal sometido a un orden jerárquico determinado por la facultad de mandar y el deber de obediencia, ésta es en efecto la regla general, que en caso de la función castrense debe mantenerse y cumplirse a cabalidad, lo que no significa y da lugar a acciones irracionales y contrarias al orden jurídico nacional e internacional.

Adicionalmente la estructura jerárquica como se dijo anteriormente reclama formalidades que deben tener las órdenes expedidas para que adquieran un carácter vinculante y ejecutante de la cual se desprenda la posibilidad de determinar responsabilidades penales y disciplinarias, ante su desobedecimiento o incorrecta ejecución. No obstante y como se vio a lo largo del presente trabajo cuando el contenido de una orden es manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico y más a principios fundamentales del derecho, como la vida, el funcionario público, sea cual sea su actividad estatal, debe abstenerse de ejecutarla, y en caso de no hacerlo es posible que se deriven consecuencias jurídicas punibles caso en el que en efecto debe responder igual que su superior.

Esta lectura permite llegar a la conclusión que cuando se ejecuta una orden vulnerante de derechos fundamentales por parte del militar, en el derecho penal se le trataría como copartícipe del superior en la modalidad de autor material del hecho, con el agravante que como en el caso de la Gabarra, puede responder eventualmente por acción o por omisión.

Es el mismo ordenamiento jurídico que permite al juez como operador jurídico determinar como causal de exoneración la orden impartida, la cual sin lugar a dudas y reiterando posturas citadas debe ser legítima y desde ningún punto de vista contener un elemento antijurídico, allí la obediencia debida pasa a supeditarse a valores y derechos constitucionales más relevantes que el principio constitucional de que trata el artículo 91.

El cumplimiento de la orden superior, no debe ser aplicada ilimitadamente, es decir como quedó analizado no puede haber excusa de un militar de rango inferior en el hecho de una orden de superior jerárquico, cuando se cometen crímenes de lesa humanidad y van evidentemente contra el orden jurídico constitucional colombiano, vulnerando derechos fundamentales que por el contrario antes de ser atacados por el cuerpo castrense deben ser protegidos.

En este orden de ideas, desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos se impone el deber de garantía predicable del Estado y de sus agentes, el cual no sólo se circunscribe al aspecto negativo de abstención a fin de no violar los derechos humanos y propender por su libre ejercicio, sino a las obligaciones de investigar, procesar y sancionar a los autores de tales infracciones y en caso de que se de una orden que atente contra estas obligaciones, abstenerse de ejecutarlas pues ello si conllevaría a la sanción y a imputar responsabilidad en los hechos, una delegación y una orden no puede ser ilegal, ilegítima y causante de daños en bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto se colige que tanto el ordenamiento jurídico interno como el internacional, considera irrazonable que un militar consciente de su acción, se escude en la orden del superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su responsabilidad penal por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios, más cuando ostenta la posición de garante de los derechos humanos, por ser competencia exclusiva de velar por el bienestar de la comunidad. En este caso, la responsabilidad penal se deriva porque quien tenía la posición de garante no evitó la producción del resultado dañino siendo obligado a hacerlo y estando en posibilidad de conseguirse un resultado distinto.

Ahora como elemento adicional, es importante hacer mención a la responsabilidad del superior, quien en efecto y como se mencionó precedentemente también puede incurrir en ella por omisión y por no haber tomado las medidas necesarias para reprimir la infracción.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO, Nodier. *“Inimputabilidad y Responsabilidad Penal”* Editorial Temis, Bogotá, 1984.

GOMEZ RIVERO. María del Carmen. *“Aún un espacio de la Racionalidad para la Obediencia Debida? De su Clásica Problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”* Novos Estudios Jurídicos. Volumen 9º. Madrid, España.

LOMBANA SIERRA. José Ignacio. *“el Fuero penal militar en Colombia”*. Trabajo de Grado para optar por el título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. 2006.

NGUYEN QUOC DINH, A. y otros *“Derecho internacional Público”*. LGDJ. París. 1994.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. "Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados sobre la visita a Colombia" E/CN.4/1998/39/Add.2

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. "*Informe conjunto de la visita a Colombia de los Relatores Especiales sobre la Tortura y sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias*". E/CN.4/1995/111 16 de enero de 1995.

PEÑA VELASQUEZ. Edgar. "*Comentarios al nuevo código penal Militar*". Ediciones Librería el profesional. 1ª Edición; Bogotá, Colombia, 2001.

PINZÓN BUENO. Juan Carlos. "*Justicia Penal Militar*" Revista Semana, Editorial del 11 de junio de 2011.

RODRÍGUEZ USSA, Francisco. "*Estado de derecho y jurisdicción penal militar: introducción a los fundamentos teóricos del derecho penal castrense*". Bogotá; Editorial Leyer, 1984.

ROXIN, Claus. "*Derecho Penal. Parte General*" Editorial Civitas. 1997.

SANCHEZ HERRERA. Esiquio Manuel y BERMUDEZ SANCHEZ. Nataly "*Las causales de ausencia de responsabilidad disciplinaria. Breves reflexiones. Lecciones de Derecho Disciplinario*". Volumen 3. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, diciembre de 2007.p. 77 y 78.

SANDOVAL FERNANDEZ. Jaime. "*Causales de ausencia de responsabilidad penal*" Revista de Derecho, Universidad del Norte, Vol. 19.

VALENCIA TOVAR, Álvaro. *“Fuero Militar y Justicia Penal Militar. Una tradición histórica de la jurisprudencia colombiana”* Revista Credencial Histórica, Edición 152, Bogotá, Colombia.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de junio de 1995. Rad. 9785.
- Sala de Casación Penal, junio 20 de 2007, Rad. 23931. M.P. Alfredo Gómez Quintero. El consentimiento como causal generador de ausencia de responsabilidad
- Sala de Casación Penal, Aprobado Acta No.224, Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil siete (2007).

CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia T-409 de 1992
- Sentencia C-252 de 1994.
- Sentencia C-225 de 1995.
- Sentencia C-141 de 1995.
- Sentencia C-399 de 1995
- Sentencia C-358 de 1997.
- Sentencia C-425 de 1997.
- Sentencia C-878 de 2000.
- Sentencia SU-1184 de 2001.
- Sentencia C-647 de 2001.

- Sentencia C-1214 de 2001
- Sentencia C-578 de 2002.
- Sentencia C- 580 del 2002.
- Sentencia C-370 de 2002.
- Sentencia C-64 de 2003.
- Sentencia C-431 de 2004
- Sentencia C-545 de 2008.