

De la obediencia debida y la responsabilidad penal militar

About the obedience duty and the military criminal responsibility

Andrés Beltrán Guerrero*

Resumen

En este artículo estudiamos la jurisdicción penal militar haciendo énfasis en la obediencia debida como causal de justificación en caso de responsabilidad penal militar del personal que conforma la misma, determinando el campo de aplicación del eximente de responsabilidad en el evento de órdenes legítimas emitidas por las autoridades competentes de acuerdo con las formalidades legales y en los procesos penales donde no es posible alegar como excusa órdenes ilegítimas para justificar hechos delictivos. Igualmente, se describe el delito de desobediencia cuando se trata de órdenes legítimas.

Palabras clave

Obediencia debida, militares, jurisdicción penal militar, responsabilidad, orden legítima.

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Abstract

This article studies the military criminal jurisdiction making emphasis in the obedience duty as a justification cause in case of criminal responsibility of the military soldiers, determining the field of application of the responsibility exceptions in the event of rightful orders gave off by the competent authorities according to the legal formalities.

Key words

Obedience duty, military soldiers, military criminal jurisdiction, responsibility, rightful order.

Pregunta

¿Cuáles son las implicaciones de alegar la obediencia debida como eximente de responsabilidad en la jurisdicción penal militar?

Objetivo general

Determinar los alcances que tiene el eximente de responsabilidad de la obediencia debida en relación con la responsabilidad penal militar cuando está de por medio la comisión de un delito por un miembro de la Fuerza Pública.

Objetivos específicos

- Exponer la historia y el campo de aplicación de la jurisdicción penal militar.
- Conceptuar lo relacionado al eximente de responsabilidad de la obediencia debida y su oportunidad de ejercicio.
- Analizar la jurisprudencia directamente relacionada con el tema de investigación y su relación con la violación de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.
- Identificar la conformación de la Fuerza Pública y la aplicación del eximente de responsabilidad.

Introducción

Con el transcurrir del tiempo, la jurisdicción se ha venido ramificando y especializando en las diversas áreas

de aplicación del derecho, a fin de desarrollar una tarea más acuciosa para la descongestión de los despachos judiciales, y de buscar soluciones apropiadas a los conflictos que a diario se presentan en la sociedad. Es por esto que se creó la jurisdicción penal militar como una alternativa de respuesta a los problemas que pueden enfrentar los miembros de la Fuerza Pública y como una manera de disminuir las extensas funciones de la jurisdicción ordinaria.

Es necesario estudiar la jurisdicción penal militar haciendo énfasis en la obediencia debida como causal de justificación en caso de responsabilidad penal militar del personal que conforma la misma, determinando el campo de aplicación del eximente de responsabilidad en el evento de órdenes legítimas emitidas por las autoridades competentes de acuerdo con las formalidades legales y en los procesos penales donde no es posible alegar como excusa órdenes ilegítimas para justificar hechos delictivos. Igualmente, se describe el delito de desobediencia cuando se trata de órdenes legítimas.

El estudio en esta área permite ver un constante conflicto en el que es posible que se presente la vulneración de derechos fundamentales consagrados tanto en la Constitución Nacional como en normas internacionales. Es así como surgen instrumentos que garantizan la protección de dichos derechos que pueden verse afectados

por los particulares e incluso por el mismo Estado.

De la obediencia debida y la responsabilidad penal militar

La jurisdicción penal militar es muy antigua; los historiadores militares dan cuenta de su empleo en lugares como Atenas, Macedonia, Cartago, Persia, India, Roma y muchos otros escenarios, en donde las conductas ejecutadas por militares se hacían punibles y eran juzgadas por autoridades militares, especialmente en épocas de conflicto armado o de guerra.

En la Edad Media, bajo el poder de los señores feudales, la jurisdicción penal militar tiende a ser privada y a someterse a su voluntad, situación que cambia en la Edad Moderna con el nacimiento de ejércitos nacionales y con la Revolución francesa en que se comienza a hablar de un Derecho Penal Militar que protege las funciones de naturaleza pública y no como un privilegio de unos pocos.

Particularmente en Colombia, el desarrollo de este derecho tuvo su origen en las llamadas Leyes de Indias, en la legislación española, en que se contemplan los consejos de guerra. Posteriormente, con la entrada en vigencia de muchas leyes y muchos

decretos que regularon la materia, se expidió la Constitución de 1886 en la cual la justicia penal militar fue consagrada en el artículo 170, el cual disponía: “De los delitos cometidos por los militares 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”¹. Con base en esta norma se empezó a fundamentar el tema del fuero penal militar, según el cual una jurisdicción especial es la competente para juzgar a los militares en servicio activo, por los delitos cometidos en relación al servicio y siguiendo un procedimiento especial, de conformidad con normas especiales (Código Penal Militar)². Para entender la expresión *en relación al servicio*, se hablaba de relación de causalidad, es decir, por causa del servicio, con ocasión del servicio y de relación de funcionalidad, en ejercicio de funciones inherentes al cargo, todo esto significa que el militar comete el delito cuando está en servicio activo. Posteriormente, en sentencia de constitucionalidad de 1997, la Corte Constitucional deja sin piso jurídico estos presupuestos³.

Vale anotar que la justicia penal militar también se usó como instrumento para mantener el orden público (art 121, C.N. de 1886), mediante el conocimiento de

¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886.

² RODRÍGUEZ USSA, Francisco. Derecho penal comparado. Tomo I. s.l., Ediciones FRU. 1988. p. 85.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997.

delitos cometidos por los particulares, entre ellos: delitos contra la existencia y seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra la libertad individual, etc.

En la Carta de 1991 (art. 216) se establece que la “Fuerza Pública [estará] integrada exclusivamente por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”, y en su artículo 221: “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”. Por su parte, el artículo 213 de la misma -que trata de los estados de excepción-, en caso de perturbación del orden público, señala: “En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la jurisdicción penal militar”. También el artículo 116, el cual menciona las autoridades que imparten justicia en Colombia, nombra dentro de ellas a la justicia penal militar.

La obediencia debida como fundamento de aplicación en la justicia penal militar es un principio dirigido a garantizar la disciplina militar, a fin de conseguir el cumplimiento de las órdenes militares. Jurídicamente, la obediencia debida es causal de justificación del delito, que elimina la responsabilidad, por lo tanto la sanción por la comisión de un ilícito recae en

quien da la orden y no en quien la cumple. La doctrina de la Corte Constitucional, desde un principio, ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. Sin embargo, es necesario recordar que, en reiteradas jurisprudencias, se ha señalado que en algunos eventos no sólo se tiene el derecho sino el deber de rehusar el cumplimiento de una orden, so pena de incurrir en responsabilidad penal.

En concepto de la Corte, “un subalterno puede negarse 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 propia enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución”⁴.

Así, la obediencia ciega, como causal de exoneración, no se admite cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta. La legislación y la jurisprudencia comparada, por lo general, admiten el deber de obediencia cuando el subordinado se encuentra simplemente ante la duda sobre la licitud del

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-409 de 1992.

contenido de la orden. De igual manera ocurre con “la orden del servicio que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia”⁵. Por lo tanto, no será orden del servicio la decisión de matar a alguien que se está entregando sin oponer resistencia en tiempo de guerra.

De esta manera es claro que la exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad. La obediencia ciega del militar subalterno, lo mismo que su correlativa irresponsabilidad absoluta, son rechazadas por el derecho internacional humanitario, pues de permitirse, éste carecería de sentido.

El nuevo Código Penal Militar contiene disposiciones sobre las tareas especializadas de la justicia militar. Concretamente establece importantes normas en materia del fuero penal militar y policial, de acuerdo con lo

establecido por la Constitución en el artículo 221 y por la Corte Constitucional en su sentencia C-358 de 1997 sobre su alcance. El artículo 2 determina los criterios para resolver conflictos de competencia entre la justicia penal militar y la ordinaria; por eso para que un militar sea juzgado por la justicia penal militar la conducta debe ser claramente definida por los criterios estipulados en el articulado. En primer lugar, el delito debe pertenecer concretamente a aquellos considerados tradicionalmente como delitos militares. En segundo lugar, si no cumple con ese requisito debe ser juzgado por la justicia penal ordinaria. Únicamente aquellos delitos que sean propiamente militares en su naturaleza, pueden ser procesados por la justicia militar⁶.

Sin embargo, el artículo 3 va un poco más lejos al señalar que tres conductas, el genocidio, la desaparición forzada de personas y la tortura, clasificadas por la doctrina internacional como graves violaciones a los derechos humanos, serán de conocimiento exclusivo de la justicia ordinaria y, por lo tanto, excluidas del fuero penal militar. En consecuencia, no habría lugar para la existencia de conflictos de competencia para esas conductas. Respecto de tales delitos no podrá predicarse en ningún caso *relación con el servicio*, porque desconocen de plano la función de protección

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 1995.

⁶ Ibid.

asignada a la Fuerza Pública, aun en las más difíciles circunstancias. Por ello cuando tales delitos se cometan por miembros de la Fuerza Pública se entiende que actúan como ciudadanos corrientes y no estarán cobijados por el fuero establecido para ellos.

La obediencia debida aparece regulada de manera suficiente en las causales de justificación. Se reproduce la norma existente en los códigos penales vigentes, los cuales consagran que esta causal eximente de responsabilidad sólo podrá alegarse en caso de órdenes legítimas emitidas por las autoridades competentes de acuerdo con las formalidades legales. Con esta norma se mantiene el principio según el cual en los procesos penales no es posible alegar como excusa órdenes ilegítimas para justificar hechos delictivos. Al mismo tiempo se precisa la descripción del delito de desobediencia, aclarando que sólo se incurre en él en caso de órdenes legítimas.

En términos generales, los delitos que se pueden investigar y sancionar por medio de la justicia penal militar, están restringidos a los miembros de la Fuerza Pública y a sus funciones correspondientes, como lo son las actividades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden

constitucional- y de la Policía Nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica⁷.

La relación de causalidad 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 sentencia C- 578 la Corte Constitucional precisa: “es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por lo cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de actos del servicio, sino de la comisión de delitos en relación con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio”⁸. Por lo tanto, estos casos serán atribuibles a la jurisdicción ordinaria en razón a que hay contradicción entre las tareas

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación Penal. Proceso 26137. 6 de mayo de 2009.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 1995, cit.

constitucionales de la Fuerza Pública y los delitos cometidos.

Las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y por ello no pueden guardar ninguna conexidad con la función de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. Sobre este tema dice el artículo 33 del Estatuto Penal de Roma:

Órdenes superiores y disposiciones legales.

1. *Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:*
 - a) *Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;*
 - b) *No supiera que la orden era ilícita; y*
 - c) *La orden no fuera manifiestamente ilícita.*
2. *A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.*

Se trata entonces de la eximente de responsabilidad por obediencia debida, que excluye las órdenes manifiestamente ilegales, entre las cuales, por expresa consagración del

Estatuto, se entienden las que van dirigidas a cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad.

En el mismo sentido, la Constitución Política dice:

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

Conforme con lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que la eximente de responsabilidad penal no opera cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta, tal como se deduce del siguiente texto: “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 subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización”⁹.

Los requisitos que han de cumplirse para que opere la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber, según los señala la jurisprudencia nacional, coinciden, en términos generales, con los referidos en el artículo 33 del Estatuto de Roma.

Según la Corte Constitucional, dentro de estos requisitos se encuentran: “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”¹⁰.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la incompatibilidad de una obediencia militar ciega y absoluta con los principios constitucionales de la justicia. La obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, han sido consideradas como contrarias al derecho internacional humanitario, y, específicamente, han sido prohibidas en varios instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada mediante la Ley 70 de 1986, dispone en su artículo 2º numeral 3: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

Por su parte, los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, tampoco contemplan a favor de los militares que violen sus normas, la eximente de responsabilidad de la obediencia debida, pues en ambos se dispone que “nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual”¹¹.

Cabe recordar que el ámbito restringido sobre el cual opera la justicia penal militar ha llevado a considerar que en todos aquellos casos en los cuales no aparezca diáfana la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario, es decir, la duda se resuelve a favor de la justicia ordinaria, como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C- 358/ 97: “Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”.

Igualmente, hay que tener en cuenta la posición que asume la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual establece que la justicia penal militar debe tener una función restringida, es decir que no aplica a civiles, y excepcional, porque solo debe proteger los intereses jurídicos que se relacionan con los miembros de la Fuerza Pública.

Conclusiones

El tema objeto de este trabajo se presta al análisis de cuatro aspectos que son relevantes en el campo de aplicación de la jurisdicción penal militar: primero, acerca de las personas que están sometidas realmente al fuero militar y que en cumplimiento de sus funciones vulneran derechos fundamentales protegidos por la ley y por organismos internacionales. Segundo, los límites a que se ven sometidos los miembros de la Fuerza Pública para llevar a cabo los cometidos estatales y sus actividades, “dentro del servicio”. Tercero, del mismo modo se podría pensar de la aplicación del eximente de responsabilidad cuando proviene de orden legítima para cometer un delito o cuando es una orden ilegítima con el mismo fin. Por último, lo relacionado con la competencia en situaciones de esta índole, es decir, cuando se ven involucrados miembros de las fuerzas militares y de policía,

¹¹ Protocolo I, art. 75-4-b y Protocolo II, art.6-b.

ya que en caso de no tener la certeza suficiente de la conducta, será competente la jurisdicción ordinaria.

No podemos dejar de lado lo que ocurre algunas veces en la jurisdicción penal militar con relación al choque de jurisdicciones y a la impunidad. Como en el caso que la justicia penal militar absuelve, mientras que la

jurisdicción de lo contencioso administrativo condena a la Nación al pago de millonarias indemnizaciones por los mismos hechos. También en los casos en que la justicia penal militar absuelve y la Procuraduría General de la Nación condena. Todo esto demuestra el “choque de trenes” que no solo se da en la política sino en la justicia colombiana.

Lista de Referencias

COLOMBIA. Ley 70 de 1986.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

CONVENIOS DE GINEBRA. Protocolo I, art. 75-4-b y Protocolo II, art. 6-b.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 409 de 1992.

_____. Sentencia C 578 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 358 de 1997.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación Penal, proceso 26137, 6 de mayo de 2009.

ESTATUTO PENAL DE ROMA.

RODRÍGUEZ USSA, Francisco. Derecho penal comparado. s.l., Tomo I. Ediciones FRU, 1988.

