

LA ORDEN MILITAR Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

Teniente GERMAN A. RIVEROS RODRIGUEZ

Antes de precisar la problemática jurídica y aún reglamentaria de la responsabilidad consiguiente al cumplimiento del mandato u orden superior, conforme a nuestras normas constitucionales, legales y reglamentarias, concretamente la ejecución de órdenes militares por parte de los miembros de la Institución Castrense, es conveniente recordar someramente algunos principios y nociones que darán mayor claridad en el desarrollo del tema propuesto.

1º **Carácter de las normas constitucionales.**

Si la Constitución Política de una nación es el conjunto orgánico de normas o principios jurídicos que determinan el modo y la manera cómo debe ser ejercida la autoridad pública y contiene los principios esenciales y básicos de la organización del Estado, es lógico y obvio que sus preceptos son y deben ser **normativos**, es decir, deben desarrollarse, ampliarse o interpretarse por las leyes ordinarias o infraconsti-

tucionales; en otros términos, las leyes constitucionales y las constituciones en sí no deben ser, ni pueden serlo, reglamentarias, pues, tal carácter dificultaría y entorpecería la expedición de las otras normas de derecho positivo que rigen las naciones, tales como los decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, etc.

En forma antitécnica podemos observar que excepcionalmente nuestra Carta Fundamental consagra algunas normas de carácter reglamentario como las contenidas en los artículos 24, sobre la forma para capturar un delincuente; en el artículo 25 sobre testigos; en el 27 sobre las sanciones que pueden imponer en ciertos eventos los Funcionarios Públicos o Jefes Militares; en el 38, respecto de la presentación de libros de contabilidad y otros documentos inherentes a la tasación de impuestos.

Indudablemente, estas normas reglamentarias, prolijas y detalladas no tienen por qué aparecer en una Constitución, ya que esta, se repite, debe



Teniente Ejército

GERMAN A. RIVEROS RODRIGUEZ

Oficial abogado del Servicio de Justicia. Cursó estudios de bachillerato en el Colegio León XIII de Bogotá; Universitarios en las Universidades Nacional y Libre. Efectuó curso de Información Militar post-Universitario en la Escuela de Ingenieros Militares. Se ha desempeñado como Fiscal permanente de la Tercera Brigada, Asesor Jurídico del Comando del Ejército y Abogado Asesor del Gabinete del Ministerio de Defensa Nacional, desempeñándose en la actualidad en la sección de prestaciones Sociales.

ser normativa y la reglamentación de los principios generales de organización del Estado son materia de las Leyes y Códigos comunes.

En resumen, la normatividad de la Carta Fundamental implica que los principios o mandatos en ella contenidos sean reglamentados y desarrollados por normas inferiores en la escala de los ordenamientos positivos del Estado y aún admiten interpretación jurisprudencial y doctrinal por parte de la Entidad jurisdiccional encargada de su guarda e integridad que de acuerdo con el artículo 214 de nuestra Constitución Política no es otra que la Corte Suprema de Justicia.

Los anteriores asertos permiten concluir que las normas constitucionales

no deben entenderse únicamente conforme a su texto escrito, sino interpretarse para efectos de su aplicación y observancia conforme al viejo aforismo español de que "saber las leyes no es tan solamente en aprender el decorar las letras de ellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete Partidas: partida 1ª, Título 1º Ley 13).

2º Origen de la autoridad y el poder:

Indudablemente, el poder o la autoridad del Estado requieren y han requerido siempre una fuente o causa que lo justifique y vemos a través de la historia que fue: el mandato Divino o derecho providencial para los Gobiernos Teocráticos; el predominio del grupo más fuerte sobre el débil en los regímenes oligárquicos, aristocráticos o autocráticos, y la soberanía popular en las democracias.

En nuestro país el poder o autoridad del Estado, dada su constitución democrática y republicana, reside en su soberanía, que a su vez proviene de la soberanía o autodeterminación del pueblo, materializada en el sistema electoral de representación democrática.

La soberanía del Estado constituye y muestra el índice del poder de los gobernantes dentro de su territorio, poder que ha sido denominado "Imperium". Ese poder es directivo y ordenador y se halla rodeado de medios coercitivos para hacer cumplir sus normas. Es decir, la autoridad estatal se ejerce, dentro de la división tripartita de los poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, por la dirección de

los gobernantes y las órdenes que imparten a los gobernados.

Concluyendo, los poderes públicos en Colombia conforme el precepto suprallegal del artículo 2º de la Carta emanan de la soberanía de la Nación y se ejercen o llevan a la práctica dentro del marco y los límites que esta establece.

Es importante precisar el concepto de soberanía que para Labants, es: "El poder jurídico de una comunidad dentro de su competencia"; para Saint Girons consiste en "El derecho que tiene un pueblo de ser, después de Dios, el único árbitro de sus destinos" y que podemos definir, para efectos del presente estudio, como "una potestad de mando", porque el Estado tiene el poder de querer (poder de voluntad) y de imponer su voluntad a los ciudadanos con carácter de mandato imperativo; esa voluntad expresa del Estado es superior a las otras voluntades porque está respaldada por una fuerza coercitiva para su cumplimiento. Esta soberanía como fuente constitucional del poder ordenador y directriz del Estado solo está limitada en el ámbito internacional por las normas y compromisos del Derecho respectivo y, en el campo u órbita del país por los preceptos de la Carta Magna y de las leyes que se promulgan en desarrollo normativo de sus preceptos ordenadores.

Entonces, como bien lo anota el escritor francés, Coronel Gory, llegamos a inferir que esa autoridad soberana del Estado, ese "poder de hacerse obedecer" que tiene causalidad en un consentimiento, una delegación o una

usurpación, se ejerce por medio del mando, entendido como el "hacer acto de autoridad", y este, a su turno, cumplierse mediante el imperio inflexible y reglamentado de las órdenes, dentro de las cuales deben considerarse las específicas y sui géneris del ámbito militar, cuyas características, calidades, densidad y consecuencias analizaremos posteriormente.

Finalmente, cabe relieves lo atinente a la autoridad militar, poniendo de presente que esta proviene de la inherente al Estado, se ejerce por delegación en los Jefes Militares, se limita por la Constitución y las Leyes, y específicamente por los Reglamentos Castrenses, implica responsabilidades de orden legal y disciplinario y se efectúa o materializa por medio del Mando Militar, enmarcado dentro de las atribuciones propias del cargo y del grado y actuando a través de las Ordenes Militares, en sus distintos escalones y estadios.

Corroborando lo antes expuesto, el tratadista militar en mención sostiene lógicamente y atinadamente que: "Cuando el Jefe del Estado confiere un grado a un militar, le confiere al mismo tiempo la parte de autoridad pública inherente a ese grado a fin de que en el ejercicio de su mando y de sus atribuciones haga de ellas el uso que sea más provechoso para el interés general". ("Autoridad, subordinación y medios disciplinarios", pág. 12).

Como corolario de esto, podemos sentar el axioma de que la autoridad militar y en última instancia, las órdenes militares, encuentran justificación,

causalidad y fuente en el Poder Estatal, en el "Imperium" del Estado.

3º Autoridad y responsabilidad.

Como la soberanía, la autoridad del Estado y de los Funcionarios que la ejercen, se encuentra limitada por el orden jurídico contenido en las leyes, decretos, códigos, disposiciones, reglamentos y demás formas de expresión de los órganos del Estado.

Tales limitaciones conllevan, como es natural, obligaciones o responsabilidades en cabeza de las autoridades que ejercen y representan el poder del Estado y que nuestra Constitución señala en las siguientes normas, así:

a) Para los particulares:

Artículo 20. "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las Leyes".

Luego, los ciudadanos, solo en evento de que infrinjan la Ley de leyes o las leyes comunes responden de sus actos, según este principio constitucional.

b) Los funcionarios:

1º) Artículo 20. "Los funcionarios públicos lo son por las mismas causas y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de estas".

Es decir, a más de responder, éstos, por la violación de la Constitución y de las leyes, deben asumir las consecuencias propias al exceso en el cumplimiento de sus funciones o de la negligencia y omisión en su ejercicio.

Esta clase de responsabilidad, compete o incumbe a los militares en actividad, dada su calidad primigenia de funcionarios públicos, en el desempeño de sus cargos y ejercicio de funciones propias de estos, la que de otra parte no es incompatible, sino complementaria de la responsabilidad propia de su calidad especial y específica de militares.

2º) Artículo 51. "Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este Título". (Título 3º de la Constitución).

Esta última disposición confirma nuestra anterior aserción de que las normas constitucionales son normativas y por ello en este artículo, el constituyente facultó al legislador para que por las leyes convenientes se precise y determine la responsabilidad de todos los funcionarios que violen los derechos garantizados en la Carta Fundamental; en tal virtud, el Poder Legislativo expide leyes, códigos, reglamentos, etc., que precisan la responsabilidad penal, civil, disciplinaria, fiscal, etc., de toda clase de funcionarios, y aquí reside la fuente y génesis de los distintos códigos, inclusive nuestro Código Penal Castrense. Cabe anotar que esta responsabilidad general de los funcionarios estatales encuentra una necesaria aclaración y una justa e indispensable excepción en el precepto del artículo 21 de la Carta, que reza:

3º) Artículo 21. "En caso de infracción manifiesta de un precepto cons-

titucional 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 en el superior que da la orden".

Evidentemente, el inciso 1º de este artículo no faculta en modo alguno al funcionario subalterno para incumplir las órdenes superiores, ni lo hace responsable ya que se requiere que el mandato superior conlleve la infracción constitucional en forma **manifiesta**, notoria o evidente, y por ello no puede un empleado subalterno negarse a cumplir mandatos superiores para tratar de esquivar su responsabilidad, en todo caso, por cuanto únicamente cuando la infracción del precepto constitucional es manifiesta se hace responsable.

En relación con el inciso 2º de la norma comentada es del caso anotar que constituye una excepción al principio general de la responsabilidad administrativa y constitucional, cuyos alcances y consecuencias penales, son el objeto de este trabajo y se examinarán adelante.

Es necesario y oportuno recordar que la autoridad es el poder de hacerse obedecer y que en el ámbito militar ella se encuentra resumida en la fórmula práctica de que "...el subalterno debe obediencia a su superior en todo lo que este le mande por bien del servicio, la ejecución de los reglamentos militares y la observancia de las leyes...".

Dicha autoridad militar debe conjugar, según el Coronel Gory "la autoridad moral que da el carácter y la autoridad profesional que se adquiere con la superioridad del saber y de la experiencia" y, apoyarse en la fuerza, la razón equilibradas y dosificadas racionalmente en cada situación concreta.

La facultad o derecho de mandar, secuela necesaria del ejercicio de la autoridad, presupone la obligación o responsabilidad de hacerlo dentro de los límites legales y reglamentarios en que se encuentran circunscritos los cargos, grados y atribuciones militares. Caso de violación o exceso de tales deberes o limitaciones del mando hecho por medio de las órdenes militares aparece el fenómeno de la responsabilidad.

En sentido general o lato la responsabilidad es la capacidad de la persona de conocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo, inteligente y libre.

Responsabilidad penal es en consecuencia, la capacidad de sufrir las consecuencias penales de un hecho delictual, esto es, una pena.

Responsabilidad disciplinaria, acorde con la anterior noción, consiste en sufrir las consecuencias y, por ende, las sanciones disciplinarias inherentes a todo acto lesivo de las órdenes superiores de los reglamentos del servicio y en general de las instrucciones o disposiciones no consagradas específicamente como delito.

Resumiendo, podemos afirmar que la autoridad, y concretamente la autoridad militar implica, en cuanto a su ejercicio mediante órdenes del mismo

carácter, responsabilidades de distinto género y entidad.

Nos interesa entrar, una vez sentados los anteriores prolegómenos, a examinar la cuestión esencial de la responsabilidad penal frente a las órdenes militares, que es la materia de este estudio.

4º) Ordenes militares y responsabilidad penal militar.

En primer término debemos tratar de fijar la noción ontológica de la orden militar:

Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua "Orden es un mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar" y orden militar es una disposición verbal o escrita dictada por el superior con el objeto de que sus inferiores la cumplan o hagan observar.

Pero la orden para que pueda considerarse como tal y ser la expresión auténtica y obligatoria de la voluntad superior y de la autoridad castrense debe reunir los requisitos o calidades previstos en el artículo 13 del Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, esto es, debe ser lógica, oportuna, clara, precisa y concisa. Lógica en cuanto se conforme a las leyes naturales, morales y positivas y sea producto de la razón y la conciencia normal del hombre. Oportuna porque debe darse en tiempo a propósito y cuando conviene. Clara porque se distingue bien. Precisa o sea exacta y determinada. Y concisa o sea expresada exactamente en el número menor de palabra posible.

Además, conforme al Reglamento precitado, para que pueda hablarse de orden militar, esta debe ser impartida por quien tenga funciones de Comando y de acuerdo a las competencias establecidas en los Reglamentos del Servicio Castrense; debe darse dentro de la órbita propia de las facultades a cargo de quien la imparta; no puede invadir atribuciones ajenas y, esencialmente, no puede contrariar "el espíritu o letra de las leyes, reglamentos u órdenes superiores".

Presupuesto sine qua non, como es evidente, de la orden militar, es el que se refiere al servicio militar, que sea propia del mismo, y que el acto ordenado sea enteramente propio de aquel y de sus funciones específicas.

Sobra advertir que la orden debe cumplirse en el tiempo y forma prevista por quien la imparte, es decir, cabal y oportunamente, con la sola excepción de su notificación o demora en la ejecución por circunstancias de fuerza mayor.

Siendo la disciplina condición esencial para la existencia y funcionamiento de toda fuerza militar, y la observancia de las leyes, reglamentos y órdenes que consagran el deber profesional, lo que implica mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior, y las obligaciones del subalterno (Artículo 3º Regl. cit.), es evidente y necesario que las órdenes se cumplan con "exactitud y sin vacilación"; para el anterior efecto existe en la organización castrense la escala jerárquica necesaria en el mando, jerarquía inflexible que implica la "obe-

diencia jerárquica", que al decir de algún autor "consiste en una relación de respectiva superioridad y dependencia y nacida de un orden particular de oficios y funciones" y por ello nuestro Reglamento consagra como uno de los deberes militares esenciales la obediencia obligatoria" para todo el personal de las Fuerzas Militares, cualquiera que sea la repartición a la cual pertenezcan, el sitio en donde se encuentren y los vestidos que porten" (Artículo 21); pero esta obediencia no puede entenderse como ciega e irracional, sino por el contrario teniendo en cuenta las delimitaciones propias de la autoridad militar, las cualidades intrínsecas de la orden militar y la condición eminentemente humana del militar, debe ser racional y consciente y sobre todo no puede propiciar la realización de actos delictuales lesivos de los bienes jurídicos tutelados o amparados por las leyes penales.

Ello es evidente, pues, una orden militar que conllevara implicaciones penales dejaría de serlo por cuanto estaría ausente la lógica que se requiere como elemento constitutivo de ella; en tales condiciones no podría admitirse la no responsabilidad penal inferior, pues, si es verdad que en algunas actividades del Estado como sucede en la milicia se requiere disciplina y rapidez en la ejecución de lo mandado, no es menos cierto que no debe admitirse la absoluta y total inculpabilidad del que obedece, pues, el Estado se derrumbaría en sus fundamentos al aceptarse la ilimitada y ciega obediencia pasiva solo propia de los entes irra-

cionales, en aquellas situaciones que implican notoriamente la comisión de un delito.

El Código de Justicia Penal Militar, reglamentando la norma Constitucional del inciso 2º del artículo 21 de la Constitución contiene dos preceptos atinentes a la orden militar y la respectiva responsabilidad criminosa:

a) **Causa justificativa del hecho:**

El artículo 24 dice: "Que el hecho se justifica cuando se comete: 1º... por orden obligatoria de autoridad competente...

Es esta causal de justificación del hecho delictuoso, que no obstante tal carácter, no resulta contrario a derecho, pues la causa que movió al agente o actor excluye la antijuridicidad de la acción y la convierte en un acto jurídicamente lícito, excluido por ende de toda penalidad.

En este evento, el militar que incurre en delito por cumplir la orden obligatoria del superior, no incurre en responsabilidad penal, pero esa orden militar para que sea causal de justificación debe reunir las siguientes exigencias:

- 1º Que el hecho se haya ejecutado en virtud de orden militar.
- 2º Que la orden haya sido dada y cumplida por militares en servicio.
- 3º Que la orden sea obligatoria por tratarse de actos ejecutados por razón o con ocasión del servicio.
- 4º Que el acto ordenado no tenga el carácter manifiesto de delito.
- 5º Que entre el superior y el subalterno exista realmente una relación de jerarquía militar.

Siempre que se reúnan las anteriores condiciones opera la justificante de la orden superior en favor de quien deba cumplirla, recayendo la responsabilidad en quien emitió la orden; y por el contrario, si falta alguno de los requisitos preanotados, la excepción constitucional del inciso 2º del artículo 21 de la Carta y la circunstancia justificativa del numeral 1º del artículo 24 del C. de J. Penal Militar, no favorece al subalterno que cumple la orden, el cual queda incurso en responsabilidad penal.

Un ejemplo nos aclara el planteamiento anterior: Si un soldado recibe orden de disparar contra un prófugo o de allanar un edificio, dentro del servicio, etc., no incurre en responsabilidad penal, pues el hecho se justifica en virtud de la orden obligatoria que recibió. Pero si fuera del servicio, o por motivos ajenos a este, el mismo soldado ejecuta un hecho delictuoso por orden de un superior jerárquico, responde penalmente, junto con el superior porque en estas circunstancias la orden no podía ser obligatoria por cuanto el acto ordenado era extraño al servicio.

En el anterior caso hay responsabilidad penal del ejecutante porque actuó en una situación extraña al servicio mismo.

Igualmente incurriría en responsabilidad el anterior que cometiere delito al cumplir una orden proveniente de un superior con el cual no une ninguna relación jerárquica en el sentido castrense.

b) **Circunstancia eximente de responsabilidad penal:**

El artículo 30 del C. de J. Penal Militar, establece que "El subalterno que por cumplir una orden del servicio cometiere un delito solo será siguiente a la ejecución o en caso de concierto anterior, simultáneo o subsiguiente a la ejecución o en caso de exceso en la misma ejecución".

Esta es una circunstancia eximente de responsabilidad penal típica del Código de Justicia Penal Militar, en virtud de la cual en principio, el inferior que cumple una orden del servicio y consuma un ilícito penal no es responsable sino en caso de complicidad con el superior que la ha ordenado o de exceso en la ejecución del hecho.

Sin embargo, en el evento anterior y de acuerdo con la interpretación jurisprudencial y doctrinaria de esta disposición, el subalterno que cumple la orden conociendo manifiesta, notoria y palmariamente que de ella surgirá la perpetración del delito, incurre en responsabilidad penal conjuntamente con el superior ordenador.

A este respecto es del caso distinguir aquí que este artículo solo prospera en favor del inferior ejecutante, cuando del cumplimiento de la orden no surge nítida en su inteligencia y conciencia la evidencia del delito; en otros términos, cuando se trata de delitos denominados de "creación legal" que implican un proceso y acopio de conocimientos intelectuales como es el caso de ciertas formas de falsedad, de los delitos contra la administración pública o de otros ilícitos de indiscuti-

ble complejidad cuya tipificación legal escapa al común de las gentes.

Pero no puede admitirse esta circunstancia justificativa del hecho y la consiguiente exoneración de responsabilidad para el subalterno que por cumplir una orden cometa uno de los delitos llamados naturales, es decir, aquellos que son notorios y conocidos por todos los hombres, cualquiera que sea su condición, sexo, ilustración y raza, como sería el caso del homicidio, las lesiones, el robo, el incendio y otros.

Concluyendo, a la luz de la excepción del artículo 21 inciso 2º de la Constitución Nacional, del artículo 24, numeral 1º del Código de Justicia Penal Militar y del artículo 30 del mismo estatuto, no puede aceptarse, sin beneficio de inventario, es decir, sin ciertas reservas y limitaciones, que la responsabilidad derivada del cumplimiento de órdenes superiores en tratándose de militares, solo recae en el superior que las emite, respecto de la comisión de delitos penales. Esto es, que el principio constitucional de la no responsabilidad del subalterno, desde el aspecto penal no es absoluto y total y que cuando este cumple órdenes militares sí se hace responsable penalmente cuando de estas se colige y se desprende notoria y manifiestamente la comisión de un delito.

Es entendido que para efectos disciplinarios la responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta y dentro de la organización castrense, estrictamente jerárquica, la orden debe cumplirse invariable e inmediatamente, siempre y

en todas partes, solo que las consecuencias penales recaerán, como excepción a este principio militar del artículo 13 del Reglamento pertinente en la eventualidad de la posible consumación de un acto delictuoso y de acuerdo con las circunstancias antes analizadas, en el subalterno.

Precisamente el reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, en el inciso 2º de su artículo 15 y por vía de excepción, prevé y plasma un caso en que la orden militar necesariamente debe ser escrita; cuando un subalterno recibe una orden y sabe o presume que de su cumplimiento va a resultar, **"manifiestamente la comisión de un delito"**, entonces la orden y el alcance de la misma deben hacerse ver al superior que la imparte habida consideración a las consiguientes implicaciones penales; pero si este insiste, y el subalterno está obligado a cumplirla, tiene el derecho correlativo a que se le confirme o ratifique por escrito.

En este caso excepcional si el subalterno a sabiendas de lo delictual del acto ordenado lo consuma por el mandato superior, no incurre en responsabilidad penal pero no por virtud de la orden superior misma, ya que ella por conllevar una actividad delictiva aún siendo escrita lo haría penalmente responsable, sino porque con la citada constancia escrita puede demostrar que no fue voluntario su acto, sino que obró dentro de las circunstancias eximentes de responsabilidad conocida como la insuperable coacción ajena prevista en el artículo 22 nume-

ral 1º del Código Penal Castrense, la que se configura plenamente, no solo por la fuerza coercitiva que implica la orden sino, además, por la reiterada instigación o coacción del superior y el natural temor a incurrir en un mal grave cual es la comisión del delito militar de desobediencia u otro similar previsto en el Estatuto Penal Castrense.

Esta es la razón por la cual el Reglamento de Régimen Disciplinario ha mantenido, invariablemente, esa exigencia de la orden escrita para los casos en que su cumplimiento pueda generar delitos por parte del subalterno que la ejecuta.

Las leyes, la jurisprudencia y los doctrinantes, no ignoran que la naturaleza jerárquica, disciplinada y obediente de las Fuerzas Militares requiere la subordinación y cumplimiento de órdenes en forma precisa, eficaz y oportuna, pero no admiten tampoco, de acuerdo con principios de derecho natural y de dignidad humana, que la obediencia pueda extenderse hasta el punto de ejecutar actos que constituyan delitos, y como consecuencia, que no sean responsables penalmente los inferiores que cumplen órdenes militares que conlleven manifiestamente su ejecución.

La doctrina constante del Gobierno al respecto ha dicho:

"La obediencia pasiva a que están sujetos por razón de disciplina militar los miembros del Ejército, tiene límite. Por eso debe sancionarse en el inferior el exceso y el hecho mismo cuando no estaba obligado a obedecer

por no estar en servicio o tratarse de una acción notoriamente ilícita. De otra parte, los agentes de la Fuerza Armada se convertirán en sicarios, irresponsables de quienes quisieran aprovechar la autoridad de que están investidos para cometer delitos ("Concepto del Ministro de Gobierno Carlos Lozano y Lozano").

Finalmente, para comprobar o confirmar que el planteamiento de que el principio constitucional según el cual respecto de militares en servicio la responsabilidad recae únicamente sobre el superior que da la orden no es absoluto sino limitado, es del caso citar al tratadista **Stephen** quien en su "History of criminal law of England", dice:

"...El principio según el cual un soldado debe obedecer en toda circunstancia a su Jefe, sería fatal para la misma disciplina militar; justificaría a quien matase a un Coronel por orden del Capitán o desertara del campo de batalla por orden de un inmediato superior. No es menos monstruoso imaginar que las órdenes superiores excusan a un soldado que haya asesinado a ofensivos ciudadanos en tiempo de paz, o que se haya entregado a crueldades inhumanas, etc. El solo criterio razonable, que se presenta por sí mismo a la mente a este respecto, es que el soldado o subalterno queda cubierto tan solo por aquellas órdenes que puede racionalmente creer como lógicas y del servicio...".

Luis Maino penalista italiano afirma al respecto: "El Código Penal rechaza, pues, el principio absoluto de la obe-

diencia pasiva, principio inconciliable con el modo de pensar y de sentir actual y con la naturaleza espiritual y racional del hombre".

El tratadista colombiano **Antonio Vicente Arenas**, como miembro de la Corte Suprema de Justicia, máxima entidad jurisdiccional, expone al respecto:

"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 lícita o no. Los actos que de acuerdo con el sentido común elemental constituyen verdaderos delitos, están excluidos de la obediencia pasiva. Las violencias exageradas o inútiles y los excesos cometidos dentro circunstancias en que por excepción el superior podía ordenar ataques contra la vida o la propiedad excusan pero no justifican al subalterno si éste pudo percibir la exageración criminal de las órdenes recibidas".

Sin embargo, como podría objetarse que las anteriores afirmaciones son contrarias al inciso 2º del artículo 21 de la Constitución, el mencionado tratadista y magistrado, concluye que:

"La responsabilidad completa establecida por la Constitución se refiere tan solo a los actos que pugnan con los principios de la misma Carta Fundamental, verbigracia, a la supresión de las garantías ciudadanas estableci-

das en el título 3º que constituyen nuestro Habeas Corpus... pero debe advertirse que la impunidad o irresponsabilidad del inferior, no es de manera alguna una regla general de acuerdo con el texto transcrito (se refiere al inciso 2º del artículo 21). Así, pues, los actos erigidos en delitos por el Código Penal, han quedado tácitamente exceptuados de la vigencia de la norma...".

Por último, bástenos citar al tratadista foráneo Rossi quien al respecto y en armonía con los anteriores expone:

"Un soldado es también un ser moral y responsable... ¿Cuál puede ser la excusa de un subordinado que, por obediencia jerárquica ejecuta una orden inicua? ¿Alegará una Ley que le ordene obediencia, textualmente, aún en el caso de que la orden dada fuere evidentemente criminal? No; los apóstoles más ardientes de la obediencia pasiva no se han atrevido a escribir tales palabras en la ley y si se les propusiere semejante redacción de su pensamiento, no se atreverían a adoptarla. En una palabra, la obediencia jerárquica deja de ser excusa para el agente cuando la criminalidad de la orden dada sea tan palmaria que destruya la legitimidad del mandato". ("Derecho Penal", Vásquez Abad, Pág. 120).

Con Alimena se puede inferir que la obediencia jerárquica "deja de ser causa de justificación cuando la delictuosidad de la orden o su ilegalidad son evidentes".

Como conclusiones de lo anterior-

mente considerado pueden consignarse las siguientes:

Que no es absoluto el principio normativo de la Constitución de que respecto de militares en servicio la responsabilidad por las órdenes recaerá únicamente en el superior, sino que como se analizó en ciertas circunstancias, concretamente frente al delito, también se predica del subalterno que las cumple cuando ha sido manifiesta su densidad criminal.

Que, además, cuando el subalterno prevé que de la ejecución de una orden militar puede generarse la consumación de un delito, esta debe darse necesariamente por escrito, por parte de su superior a solicitud de aquél para demostrar, llegado el caso, su falta de responsabilidad penal, no por virtud de orden superior de autoridad competente, ya que la orden escrita demostraría probatoriamente su culpa criminal, sino por razón de la coacción insuperable del superior que insistió en la perpetración del delito con el cumplimiento de la orden irregular e ilógica, coacción que prueba el subalterno con el mandato escrito.

Tal concepto, se expone como base para un examen y la deseable contro-

versia sobre tan importante aspecto jurídico penal y disciplinario comprendido dentro de nuestra legislación militar.

BIBLIOGRAFIA

- Lecciones de Derecho Constitucional. (Alvaro Copete Lizarralde. Ediciones "Lerner", Bogotá, 1960).
- Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. (Imprenta FF. MM., Bogotá, 1965).
- Constitución Política de la República de Colombia. (Ed. Voluntad, Bogotá, 1961).
- Autoridad, Subordinación y Medios Disciplinarios (Coronel Gory, Imprenta FF. MM.).
- Código de Justicia Penal Militar. (Imprenta FF. MM., Bogotá, 1959).
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (Madrid, 1925).
- Derecho Penal Colombiano. (Carlos Lozano y Lozano, 1962, Edit. Temis).
- Derecho Penal Colombiano, parte general. (Antonio Vicente Arenas, Editorial Universidad Libre de Colombia, 1964).
- Derecho Penal (Vásquez Abad, 1946, Bogotá).